



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

La gestión contractual de los servicios públicos locales

José Luis Martínez-Alonso Camps

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

FACULTAT DE DRET



Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política
Línea de Investigación: Ciencia Política

LA GESTIÓN CONTRACTUAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

JOSÉ LUIS MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS

BARCELONA, 2016



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

FACULTAT DE DRET



Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política
Línea de Investigación: Ciencia Política

Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política

LA GESTIÓN CONTRACTUAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

Director y tutor: Dr. Jordi Capó i Giol

JOSÉ LUIS MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS

BARCELONA, 2016

RESUMEN

Desde los inicios de los Ayuntamientos democráticos en abril de 1979, los gobiernos locales han venido prestando un número creciente de servicios públicos y contribuido a la consecución de las finalidades del Estado social y a la consolidación de los sistemas locales de bienestar. La tesis revisa la legislación local y los efectos de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local de 2013, aprobada para adaptar el subsistema local a las exigencias de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, y constata el desapoderamiento competencial de los municipios y el debilitamiento de su posición institucional, pese a lo cual los actores locales muestran su resiliencia en la defensa de la prestación de los servicios públicos que les son propios. Sin negar el interés del debate sobre la disyuntiva de optar por la gestión directa o indirecta, se centra en el análisis teórico y empírico de esta última, plasmada en el contrato de gestión de servicios públicos (CGSP), con sus diferentes modalidades, partiendo de la idea de que lo realmente esencial para el Estado social es el mantenimiento del concepto de servicio público.

A partir de la obligada transposición de las Directivas Comunitarias 2014/23 y 24/UE, se aborda la gestión contractual de los servicios públicos en el vigente Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de diciembre de 2011 y en el Anteproyecto de la nueva Ley de Contratos de Sector Público de octubre de 2015 (ALCSP). Analiza la propuesta del Anteproyecto sobre la desaparición del CGSP, articulada a partir de la sujeción a la concesión de la explotación de servicios públicos en que se transfiera el riesgo operacional al contratista, y la subsunción en el contrato de servicios de aquellos en que no se produzca tal transferencia. Como alternativa a esta subsunción se plantea el mantenimiento del CGSP, en sus modalidades de gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta, y reintroduciendo, *de lege ferenda*, el arrendamiento, incorporando las exigencias sobre publicidad comunitaria, recurso especial de contratación y demás de la Directiva 24, y actualizando un régimen jurídico que conserva su unidad, imprescindible para garantizar los derechos de los usuarios y la continuidad y regularidad de los servicios públicos en el marco del Estado social.

La tesis se cierra con el estudio del efecto directo de las Directivas comunitarias, consecuencia de su falta de transposición antes de la fecha límite de abril de 2016, en un período transitorio de incierta duración. El ALCSP de octubre de 2015 llegó a ser dictaminado por el Consejo de Estado (marzo de 2016), que apreció objeciones

esenciales en su planteamiento de la dicotomía entre la concesión de servicios y el contrato de servicios, acogiendo argumentos avanzados en las alegaciones que presenté al Anteproyecto de abril de 2015 y en el artículo que publiqué en octubre siguiente. Sin embargo, el ALCSP no ha podido ser tramitado como proyecto de ley ante las Cortes Generales al hallarse el Gobierno en funciones y no resolverse la investidura gubernamental tras las dos citas electorales de diciembre de 2015 y junio de 2016, lo que, al cierre de esta tesis a inicios de septiembre de 2016, deja abierta la cuestión, a cuyo debate espera contribuir.

RESUM

Des dels inicis dels Ajuntaments democràtics a l'abril de 1979, els governs locals han prestat un nombre creixent de serveis públics i contribuït a la consecució de les finalitats de l'Estat social i la consolidació dels sistemes locals de benestar. La tesi revisa la legislació local i els efectes de la Llei de racionalització i sostenibilitat de l'Administració Local de 2013, aprovada per adaptar el subsistema local a les exigències d'estabilitat pressupostària i sostenibilitat financera, i constata el desapoderament competencial dels municipis i el debilitament de la seva posició institucional, malgrat la qual cosa els actors locals mostren la seva resiliència en la defensa de la prestació dels serveis públics que els són propis. Sense negar l'interès del debat sobre la disjuntiva d'optar per la gestió directa o indirecta, se centra en l'anàlisi teòrica i empírica d'aquesta última, plasmada en el contracte de gestió de serveis públics (CGSP), amb les seves diferents modalitats, partint de la idea que allò realment essencial per a l'Estat social és el manteniment del concepte de servei públic.

A partir de l'obligada transposició de les Directives Comunitàries 2014/23 i 24/UE, s'aborda la gestió contractual dels serveis públics en el vigent Text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic de desembre de 2011 i en l'Avantprojecte de la nova Llei de Contractes de Sector Públic d'octubre de 2015 (ALCSP). Analitza la proposta de l'Avantprojecte sobre la desaparició del CGSP, articulada a partir de la subjecció a la concessió de l'explotació de serveis públics en què es transfereixi el risc operacional al contractista, i la subsumpció en el contracte de serveis d'aquells en què no es produeixi aquesta transferència. Com a alternativa a aquesta subsumpció es planteja el manteniment del CGSP, en les seves modalitats de gestió interessada, concert i societat d'economia mixta, i reintroduint, de *lege ferenda*, l'arrendament, incorporant les exigències sobre publicitat comunitària, recurs especial de contractació i altres de la Directiva 24, i actualitzant un règim jurídic que conserva la seva unitat, imprescindible per garantir els drets dels usuaris i la continuïtat i regularitat dels serveis públics en el marc de l'Estat social.

La tesi es tanca amb l'estudi de l'efecte directe de les Directives comunitàries, conseqüència de la seva falta de transposició abans de la data límit d'abril de 2016, en un període transitori d'incerta durada. L'ALCSP d'octubre de 2015 va arribar a ser dictaminat pel Consell d'Estat (març de 2016), que va apreciar objeccions essencials en el seu plantejament de la dicotomia entre la concessió de serveis i el contracte de

serveis, aollint arguments avançats en les al·legacions que vaig presentar a l'Avantprojecte d'abril de 2015 i en l'article que vaig publicar a l'octubre següent. No obstant això, el ALCSP no ha pogut ser tramitat com a projecte de llei davant les Corts Generals en trobar-se el Govern en funcions i no resoldre's la investidura governamental després de les dues cites electorals de desembre de 2015 i juny de 2016, el que, al tancament d'aquesta tesi a inicis de setembre de 2016, deixa oberta la qüestió, al debat de la qual espera contribuir.

ABSTRACT

Since the beginning of the democratic local councils, back in April 1979, the local governments have been providing an increasing number of public services and have contributed to attaining the goals of the social state and to reinforcing the local welfare systems.

The thesis looks into the local legislation and the effects of the “Law of Rationalisation and Sustainability of the Local Administration”, dated 2013. The law was passed in order to adapt the local subsystem to the requirements of budgetary stability and financial sustainability. The work also confirms the competence divestment of the municipalities and the weakening of institutional supposition, in spite of the fact that the local agents display their resilience when defending the provision of public services in their area of responsibility.

Without denying the interest of the debate on the dilemma of choosing between direct or indirect management, the work focuses on the theoretical and empirical analysis of the latter, reflected on the “Management Contract of Public Services ” (CGSP), with its various modalities, on account of the idea that what is really essential for the social state is maintaining the concept of public service.

On the basis of the mandatory transposition of the Community Directives 2014/23 and 24/UE, the research deals with the contractual management of the public services in the applicable consolidated text of the “Law of Contracts of the Public Sector”, dated December 2011 and in the draft of the new “Law of Contracts of Public Sector”, dated October 2015 (ALCSP).

The work also examines the proposal for the draft concerning the derogation of the CGSP, articulated from the subjection to the concession of operation of those public services in which the operational risk is transferred to the contractor, and the subsumption for the service contract in those cases where such a transfer does not occur.

As an alternative to this subsumption, one considers the continuation of the CGSP (with its modalities of interested management, agreement and partially government-owned company), the reintroduction, “lex ferenda”, of the lease, and the incorporation

of the requirements on UE advertising, the special appeal on public procurement and others from the Directive 24. This means the update of a juridical regime that preserves its unity, which is essential to guarantee the rights of the users and the continuity and regularity of the public services within the framework of the social state.

The thesis concludes with the study of the direct effect of the EU directives, as they have not been transposed before the deadline of April, 2016, in a transition period of uncertain duration.

The ALCSP, of October 2015, was ruled in March 2016 by the Spanish Council of State, which estimated major objections regarding its approach to the dichotomy between the service concession and the service contract. It took into consideration arguments that I advanced in the allegations I submitted for the draft dated April 2015, and in my article, which was published in October that year. Nevertheless, it has not been possible to proceed with the ALCSP as a bill before the General Spanish Parliament, since there is an interim Government at present and the Government investiture has not succeeded after the general elections of December 2015 and June 2016. This leaves the question open at the conclusion of this work (beginning of September 2016), and the work aims to contribute to this debate.

SUMARIO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	33
ABREVIATURAS	45
CAPÍTULO 1. LA POLÉMICA EN TORNO A LA FUNCIONALIDAD EN EL ÁMBITO LOCAL DEL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y DE LA CONCESIÓN, EN PARTICULAR, EN EL MARCO DE LOS SISTEMAS LOCALES DE BIENESTAR	53
1.1. Planteamiento	53
1.2. El marco jurídico-político de los sistemas locales de bienestar	56
1.2.1. <i>El subsistema local en el marco de un sistema público: fundamentos jurídicos y principios políticos</i>	56
1.2.2. <i>La configuración del subsistema local en España: pluralidad, competencias y servicios públicos locales</i>	57
1.2.3. <i>Sistemas locales de bienestar: dimensiones sustantiva y procedimental</i>	59
1.3. La crisis económica y los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera	62
1.3.1. <i>El contexto de la crisis económica y la modificación constitucional: la consagración del principio de estabilidad presupuestaria</i>	62
1.3.2. <i>El desarrollo normativo, las medidas para conseguir la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera, y el comportamiento de las entidades locales</i>	63
1.4. Los sistemas locales de bienestar y la Ley de racionalización y sostenibilidad de la administración local	67
1.4.1. <i>La aprobación de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la administración local y su configuración (LRSAL)</i>	67
1.4.2. <i>La incidencia de la LRSAL en los sistemas locales de bienestar</i>	68
1.4.2.1. <i>El desapoderamiento competencial a los municipios en los ámbitos de servicios sociales, sanidad y educación</i>	68

1.4.2.2. Otras medidas restrictivas y sus efectos en la dimensión sustantiva de los sistemas locales de bienestar	70
1.4.2.3. El debilitamiento de la posición institucional y de la autonomía de los gobiernos locales	72
1.4.2.4. El papel de las Comunidades Autónomas y su reacción	75
1.4.2.5. Reforma o <i>contrarreforma</i> local: el futuro de las medidas dispuestas por la LRSAL	76
1.5. La centralidad del concepto de servicio público y su reconocimiento en la legislación española. Gestión indirecta de servicios públicos y su particular incidencia en el régimen local.	78
1.5.1. <i>La legislación básica de contratos</i>	78
1.5.2. <i>La legislación básica de régimen local</i>	80
1.5.3. <i>Vinculación entre la legislación de régimen local y las modalidades del contrato de gestión de servicios públicos.</i>	83
1.5.3.1 Consideraciones generales	83
1.5.3.2. La modificación del Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña por la L 16/2015	103
1.5.3.3. La aportación de la Ley Andaluza 5/2010, de autonomía local, sobre los servicios locales de interés general	109
1.5.3.4. Las entidades locales contratantes	113
1.5.4. <i>La incidencia de la regulación de la iniciativa pública y las actividades económicas en la gestión de los servicios públicos locales</i>	114
1.5.4.1. Determinaciones sobre la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas	114
1.5.4.2. Iniciativa pública, desarrollo de actividades económicas y sus condicionantes	117
1.5.5. <i>Otras vinculaciones y centralidad de la gestión de los servicios públicos.</i>	120
1.5.6. <i>La opción en favor de la gestión indirecta de los servicios públicos y la esencialidad del mantenimiento de esta categoría</i>	121

1.6. La disociación normativa: las tesis enfrentadas sobre la gestión contractual de los servicios públicos locales	122
CAPÍTULO 2. DERECHO COMUNITARIO, CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS Y DE SERVICIOS Y SU INCIDENCIA EN LA DE SERVICIOS PÚBLICOS, Y EN EL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS.	125
2.1. Introducción: asimetrías conceptuales y de regulación	125
2.2. Transposición y aplicación de la Directiva 2004/18/CE	130
2.3. Nuevas Directivas de adjudicación de contratos de concesión (2014/23/UE), sobre contratación pública (2014/24/UE) y de sectores excluidos (2014/25/UE)	138
2.4. Transposición de las nuevas Directivas, exigencias del Derecho comunitario e incumplimiento del plazo para hacerlo contextualizado en el marco de los Estados miembros de la UE	147
CAPÍTULO 3. LA GESTIÓN CONTRACTUAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES: REGULACIÓN ACTUAL Y FUTURA.	155
3.1. La regulación actual y los dilemas sobre las opciones a seguir	155
3.1.1. <i>Fases del proceso</i>	155
3.1.2. <i>Conflictos normativos en torno a la gestión contractual de los servicios locales.</i>	158
3.2. Propuestas sobre la nueva regulación	171
3.2.1. <i>Planteamiento</i>	171
3.2.2. <i>Concesiones de obras, de servicios y de servicios públicos</i>	172
3.2.3. <i>Las limitaciones del contrato de servicios para gestionar indirectamente servicios públicos locales</i>	173
3.2.4. <i>El contrato de gestión de servicios públicos: modalidades y adecuación a las exigencias comunitarias de publicidad y recursos contractuales</i>	174
3.2.5. <i>La opción por la conciliación normativa y el mantenimiento del régimen jurídico de los servicios públicos y de su contratación específica</i>	182
3.2.6. <i>Las opciones en favor de la concesión y del contrato de servicios para la gestión de servicios públicos en el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público (ALCSP)</i>	183

3.2.6.1. Planteamiento y articulación del ALCSP	183
3.2.6.2. La trascendencia de la noción de servicio público y la valoración del Consejo de Estado	187
CAPÍTULO 4. LA CONFIGURACIÓN EN EL ALCSP DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS Y LA SUBSUNCIÓN DE LA GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS EN QUE SE TRANSFIERA EL RIESGO OPERACIONAL AL CONCESIONARIO.	191
4.1. Planteamiento del articulado de la concesión de servicios	191
4.2. Concepto y regulación	192
4.2.1. <i>Concepto de concesión y riesgo operacional</i>	192
4.2.2. <i>Regulación</i>	197
4.3. Ámbito, objeto, duración y valoración económica de la concesión de servicios	198
4.3.1. <i>Introducción</i>	198
4.3.2. <i>Ámbito: servicios públicos y no públicos susceptibles de explotación económica</i>	198
4.3.3. <i>Objeto contractual</i>	207
4.3.3.1. <i>Introducción</i>	207
4.3.3.2. <i>Determinación del objeto y posibilidad de lotes</i>	207
4.3.3.3. <i>Prescripciones sobre los contratos mixtos</i>	213
4.3.4. <i>Duración</i>	216
4.3.5. <i>Valoración económica de la concesión</i>	228
4.3.5.1. <i>Introducción</i>	228
4.3.5.2. <i>Determinaciones generales aplicables en relación con el precio</i>	229
4.3.5.3. <i>Prescripciones relativas al valor estimado de las concesiones</i>	231
4.4. Pliegos y anteproyecto de obra y explotación	234
4.5. Efectos, cumplimiento y extinción y trascendencia del régimen jurídico de los servicios públicos	243
4.5.1. <i>Consideraciones introductorias</i>	243
4.5.2. <i>Régimen jurídico de la concesión de servicios públicos y su trascendencia</i>	245

4.6. Ejecución del contrato	246
4.7. Obligaciones generales	251
4.7.1. <i>Previsiones del ALCSP y necesidad de una configuración unitaria de las obligaciones del concesionario</i>	251
4.7.2. <i>Ejecutar las obras previstas en el caso de que la concesión las comprendiera</i>	254
4.7.3. <i>Prestar el servicio de conformidad con la legislación aplicable y con arreglo a las previsiones contractuales</i>	256
4.7.4. <i>Prestar el servicio de acuerdo con las modificaciones ordenadas por la corporación con posterioridad a la adjudicación de la concesión</i>	273
4.7.5. <i>Admitir el acceso de los usuarios al servicio y garantizar su derecho a utilizarlo</i>	278
4.7.6. <i>Indemnizar a terceros por los daños causados</i>	284
4.7.6.1. Consideraciones generales	284
4.7.6.2. La opinión del Consejo de Estado.	287
4.7.7. <i>Conservar los bienes afectos al servicio y cumplir el resto de obligaciones relativas a los mismos</i>	292
4.7.8. <i>Ejercer por sí la concesión con excepción de los supuestos autorizados</i>	298
4.7.8.1. Introducción	298
4.7.8.2. La subcontratación de prestaciones accesorias en la concesión de servicios públicos	300
4.7.8.3. La cesión del contrato y la concesión de servicios públicos	304
A) Introducción: regulación y evolución normativa.	304
B) Directiva 2014/23/UE sobre adjudicación de contratos de concesión.	313
C) Regulación del concepto de sucesión y cesión del contrato en el ALCSP.	315
D) Requisitos de la cesión de la concesión de servicios públicos.	319
E) Consecuencias derivadas de la cesión válidamente efectuada de la concesión de servicios públicos.	325

4.7.9.	<i>Cuidar del buen orden del servicio</i>	325
4.7.10.	<i>Respetar el principio de no discriminación por razón de nacionalidad en los contratos de suministros derivados de la concesión</i>	325
4.7.11.	<i>Obligaciones respecto de las zonas complementarias de explotación comercial</i>	327
4.7.12.	<i>Cumplir el resto de obligaciones establecidas</i>	330
4.8.	Prestaciones económicas y derechos ordinarios del concesionario	331
4.8.1.	<i>Introducción</i>	331
4.8.2.	<i>Las tarifas</i>	334
	4.8.2.1. Introducción	334
	4.8.2.2. Potestad tarifaria	334
	A) Introducción	334
	B) Normativa aplicable	335
	C) El régimen jurídico cambiante, los correlativos pronunciamientos de la jurisprudencia y el estado actual de la cuestión.	337
	D) Las opiniones doctrinales y la funcionalidad de las soluciones	346
	E) Las previsiones del ALCSP y del TRLCSP	356
	F) El criterio del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.	357
	4.8.2.3. Principios generales sobre la cuantificación del importe de la tarifa	360
	A) Autofinanciación del servicio	360
	B) Los costes de la prestación del servicio.	361
	C) La amortización de las inversiones precisas para el servicio.	363
	D) El legítimo beneficio del concesionario.	364
	4.8.2.4. Previsiones del ALCSP y del TRLCSP	365
4.8.3.	<i>Subvención, precio o pago</i>	367
4.8.4.	<i>El canon</i>	372

4.8.5.	<i>La revisión de precios</i>	378
4.8.5.1.	Introducción	378
4.8.5.2.	Régimen de revisión de precios vigente para los contratos iniciados antes del 1 de enero de 2014	383
4.8.5.3.	Régimen de revisión de precios vigente para los contratos cuyo expediente se haya iniciado a partir del 1 de enero de 2014 y sujetos a la DA 88 de la L 22/2013, de Presupuestos Generales del Estado para 2014.	384
4.8.5.4.	Previsiones sobre el régimen de revisión de precios vigente para los contratos iniciados a partir de la entrada en vigor del art. 89 del TRLCSP, en la redacción dada por la L 2/2015, de Desindexación, como consecuencia de la aprobación del real decreto previsto en la misma.	388
A)	La regulación del art. 89 del TRLCSP introducida por la L 2/2015, de desindexación de la economía española.	388
B)	Consecuencias y efectos esperados de la nueva regulación	391
C)	Aspectos más destacados del Proyecto de real decreto de desindexación de la economía española de 2015 (PRDEX).	393
D)	La tramitación del PRDEX/2015	397
4.8.5.5.	Recapitulación: el régimen de revisión de precios en el ALCSP	403
A)	La regulación del art. 103 del ALCSP, sobre procedencia y límites de la revisión de precios.	403
B)	El Dictamen del Consejo de Estado	406
C)	Otras previsiones	407
4.9.	Modificación del contrato de concesión de servicios públicos y mantenimiento de su equilibrio económico	408
4.9.1.	<i>Introducción</i>	409
4.9.2.	<i>Derechos económicos extraordinarios del concesionario</i>	409
4.9.2.1.	Derecho a una retribución adecuada: principios de riesgo y ventura y equilibrio económico y financiero de la concesión. La configuración tradicional	409

4.9.2.2.	Alteración del equilibrio económico y financiero: causas y grados de cobertura de su restablecimiento. La configuración tradicional	417
4.9.2.3.	La matización del restablecimiento económico derivada de las limitaciones a la potestad de modificación del contrato	423
4.9.3.	De la mutabilidad contractual a la intangibilidad esencial del contrato	424
4.9.3.1.	La aplicación del principio de mutabilidad contractual hasta la entrada en vigor de la Ley 2/2011, de economía sostenible	425
4.9.3.2.	El principio de intangibilidad esencial del contrato y su incidencia en la concesión	431
4.9.3.3.	El nuevo régimen de modificación de los contratos públicos	432
	A) Regulación general	432
	B) Regulación específica del contrato de gestión de servicios públicos	443
4.9.3.4	Recapitulación: la evolución legislativa según el Consejo de Estado	445
4.9.4.	<i>La modificación del contrato en la Directiva 2014/23/UE</i>	449
4.9.4.1.	Introducción y regulación	449
4.9.4.2.	Comentarios	453
4.9.4.3	La opinión del Consejo de Estado	460
4.9.5.	<i>Incidencia de las prescripciones generales sobre modificación de los contratos en el ALCSP</i>	463
4.9.5.1.	Introducción	463
4.9.5.2.	Potestad de modificación del contrato	465
4.9.5.3.	Modificaciones previstas en el PCAP	467
4.9.5.4.	Modificaciones no previstas en el PCAP	471
4.9.5.5.	Obligatoriedad de las modificaciones del contrato	481
4.9.5.6.	Procedimiento de modificación del contrato	484
4.9.5.7.	Recapitulación: consideraciones generales y valoración del Consejo de Estado	488

4.9.6.	<i>Modificación del contrato de concesión de servicios públicos y mantenimiento del equilibrio en el ALCSP.</i>	493
4.9.6.1.	Regulación	493
4.9.6.2.	Comentarios	494
4.9.6.3.	La opinión del Consejo de Estado	509
4.10.	Reversión	515
4.10.1.	<i>Concepto y tipología de bienes adscritos a la concesión</i>	515
4.10.2.	<i>Previsiones normativas y consignación en el pliego</i>	515
4.10.3.	<i>Reglas aplicables a la reversión</i>	518
4.11	Falta de entrega de contraprestaciones económicas y medios auxiliares	523
4.12.	Incumplimiento del concesionario y secuestro de la concesión de servicios públicos	527
4.12.1.	<i>Incumplimiento del concesionario</i>	527
4.12.2.	<i>Secuestro de la concesión: ampliación a causas no imputables al concesionario y régimen general de aplicación</i>	530
4.13.	Extinción y causas de resolución	532
4.13.1.	<i>Introducción</i>	532
4.13.2.	<i>Causas generales de resolución, aplicación y efectos</i>	538
4.13.2.1.	La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual	538
4.13.2.2.	La extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista	540
4.13.2.3.	La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento	542
4.13.2.4.	El mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista	546
4.13.2.5.	No aplicación de la causa sobre la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista	547
4.13.2.6.	Irrelevancia en la legislación básica de la no aplicación de la causa sobre la demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido	549

4.13.2.7. El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato según el TRLCSP	551
4.13.2.8. El incumplimiento de la obligación principal del contrato y las restantes esenciales consignadas de manera precisa, clara e inequívoca según el ALCSP	554
4.13.2.9. La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I del TRLCSP	557
4.13.2.10. La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme al artículo 202 y 203; o cuando dándose las circunstancias establecidas en el artículo 203, las modificaciones impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del mismo, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por ciento del precio inicial del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, según el ALCSP	560
4.13.2.11. Las establecidas expresamente en el contrato, según el TRLCSP	564
4.13.2.12. Las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en la Ley	565
4.13.2.13. Otras causas generales de resolución del contrato	566
4.13.2.14. Prioridad cronológica en la apreciación de las causas de resolución del contrato	569
4.13.2.15. El incumplimiento culpable del contratista y los efectos respecto de la garantía	570
4.13.3. <i>Causas específicas de resolución</i>	577
4.13.3.1. La ejecución hipotecaria declarada desierta o la imposibilidad de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria por falta de interesados autorizados para ello	577
4.13.3.2. La demora superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega al contratista de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato	579
4.13.3.3. El rescate del servicio por la Administración	581
4.13.3.4. La supresión del servicio por razones de interés público	591

4.13.3.5. La imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato	593
4.14. Efectos de la resolución en las concesiones de servicios públicos (I): planteamiento y regulación	594
4.14.1. <i>Planteamiento</i>	594
4.14.2. <i>Regulación</i>	600
4.15. Efectos de la resolución en las concesiones de servicios públicos (II): la indemnización al concesionario por la inversión efectuada; la denominada responsabilidad patrimonial de la Administración (RPA) y su evolución	602
4.15.1. <i>La regulación hasta octubre de 2015</i>	602
4.15.2. <i>El planteamiento del ALCSP/A/2015</i>	611
4.15.3. <i>La modificación del TRLCSP por la L 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público</i>	613
4.15.3.1. <i>Introducción</i>	613
4.15.3.2. <i>La RPA en los supuestos de resolución por causas no imputables a la Administración</i>	617
4.15.3.3. <i>La RPA en los supuestos de resolución por causas imputables a la Administración</i>	627
4.15.4. <i>El planteamiento del ALCSP/O/2015</i>	630
4.16. Efectos de la resolución (III): otras determinaciones sobre la concesión de servicios públicos	631
4.16.1. <i>Efectos derivados de las disposiciones específicas del servicio</i>	631
4.16.2. <i>Demora superior a seis meses en la entrega al contratista de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó la Administración</i>	632
4.16.3. <i>Indemnización por daños y perjuicios al contratista o concesionario</i>	633
4.16.3.1. <i>Introducción</i>	633
4.16.3.2. <i>La regulación del TRLCSP y del ALCSP/A/2015</i>	634
4.16.3.3. <i>La propuesta del ALCSP/O/2015</i>	638
4.17. Prerrogativa y procedimiento de ejercicio de la resolución de las concesiones de servicios públicos	640

4.18. Subcontratación en las concesiones de servicios públicos	642
4.18.1. <i>Accesoriedad de la subcontratación en la concesión de servicios</i>	642
4.18.2. <i>Regulación general de la subcontratación</i>	642
4.18.3. <i>Pagos a subcontratistas y suministradores</i>	646
4.18.4. <i>Comprobación de los pagos a los subcontratistas o suministradores</i>	647
4.18.5. <i>Concesiones de servicios que incluyan la ejecución de obras</i>	650
4.19. Otras previsiones relativas a la concesión de servicios públicos	651
4.19.1. <i>Adjudicación a sociedades de economía mixta</i>	652
4.19.2. <i>Concesiones del sector del agua y no sujeción a regulación armonizada</i>	655
4.19.3. <i>Recurso especial de contratación</i>	657
4.19.3.1. <i>Regulación</i>	657
4.19.3.2. <i>Comentarios y opinión del Consejo de Estado</i>	661
4.20. La Oficina Nacional de Evaluación	670
4.20.1. <i>Creación y naturaleza jurídica</i>	670
4.20.2. <i>Informe a emitir, tramitación y valoración</i>	673
4.21. Regulación supletoria	677
4.22. El régimen jurídico <i>extravagante</i> de la concesión de servicios no públicos y su necesaria reconducción	678
4.22.1. <i>La contextualización de la concesión de servicios no públicos: entre la Directiva 2014/23/UE y el ALCSP</i>	678
4.22.1.1. <i>Introducción</i>	678
4.22.1.2. <i>Las regulaciones respectivas.</i>	679
4.22.2. <i>La conceptualización de los servicios no públicos y su régimen jurídico <i>extravagante</i></i>	680
4.22.3. <i>La reconducción del régimen jurídico de los servicios no públicos</i>	685

CAPÍTULO 5. LA CONFIGURACIÓN EN EL ALCSP DEL CONTRATO DE SERVICIOS Y LA SUBSUNCIÓN DE LA GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS EN LA QUE NO SE TRANSFIERA EL RIESGO OPERACIONAL AL CONTRATISTA.	689
5.1. Planteamiento del articulado del contrato de servicios	689
5.2. Concepto y regulación	690
5.2.1. <i>Concepto</i>	690
5.2.2. <i>Regulación</i>	694
5.3. Ámbito, objeto y duración del contrato de servicios	695
5.3.1. <i>Introducción</i>	695
5.3.2. <i>Ámbito: servicios no públicos y servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos</i>	695
5.3.3. <i>Objeto contractual</i>	699
5.3.3.1. <i>Introducción</i>	699
5.3.3.2. <i>Determinación del objeto y posibilidad de lotes</i>	699
5.3.3.3. <i>Prescripciones sobre los contratos mixtos</i>	704
5.3.4. <i>Duración</i>	707
5.4. Contenido y límites	714
5.4.1. <i>Regulación</i>	714
5.4.2. <i>Comentarios</i>	714
5.5. Determinación del precio, valor estimado, variación de las unidades de ejecución y costes de inversión en servicios complejos.	717
5.5.1. <i>Introducción</i>	717
5.5.2. <i>Determinaciones generales aplicables en relación con el valor estimado del contrato</i>	718
5.5.3. <i>Prescripciones generales relativas al precio y al presupuesto base de licitación</i>	721
5.5.4. <i>Determinaciones específicas sobre el precio, variación de unidades de ejecución y costes de inversión en servicios complejos.</i>	723
5.6. Ejecución y responsabilidad del contratista	724

5.6.1.	<i>Regulación específica</i>	724
5.6.2.	<i>Comentarios sobre la regulación específica</i>	725
5.6.3.	<i>El cumplimiento de los contratos de servicios y su olvido por el ALCSP</i>	733
5.6.4.	<i>Previsiones generales sobre aspectos de la ejecución de especial relevancia: modificación, suspensión, subcontratación y cesión de los contratos de servicios</i>	735
	5.6.4.1. Modificación del contrato de servicios	735
	5.6.4.2. Suspensión del contrato de servicios	736
	5.6.4.3. Subcontratación	742
	5.6.4.4. Cesión del contrato de servicios	743
5.7.	Especialidades de los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos	743
5.7.1.	<i>Regulación</i>	743
5.7.2.	<i>Consideraciones generales</i>	744
5.7.3.	<i>Poderes de policía y obligaciones del contratista</i>	745
	5.7.3.1. Poderes de policía	745
	5.7.3.2. Obligaciones del contratista	745
5.7.4.	<i>Prestación de servicios y diferenciación entre los empleados del contratista y el personal al servicio de la Administración</i>	748
5.8.	Causas y efectos de la resolución	751
5.8.1.	<i>Introducción</i>	751
5.8.2.	<i>Causas generales de resolución, aplicación y efectos</i>	751
	5.8.2.1. Causas generales comunes al contrato de servicios y a la concesión de servicios	751
	5.8.2.2. Causas generales aplicables al contrato de servicios que no lo son a la concesión de servicios	753
5.8.3.	<i>Causas específicas de la resolución</i>	756
	5.8.3.1. Suspensión del inicio del contrato por causa imputable al órgano de contratación	757
	5.8.3.2. El desistimiento del contrato antes de iniciar la prestación del servicio	758

5.8.3.3. El desistimiento o la suspensión del contrato una vez iniciada la prestación del servicio	759
5.8.3.4. Resolución de los contratos complementarios cuando se resuelvan los contratos principales	759
5.8.3.5. La omisión del cumplimiento del plazo como causa de resolución en los contratos de actividad.	760
5.8.4. <i>Efectos de la resolución del contrato de servicios y procedimiento de ejercicio</i>	761
5.9. Insuficiencia de las determinaciones del contrato de servicios en relación con la gestión de servicios públicos	764
5.9.1. <i>Introducción</i>	764
5.9.2. <i>Disfunciones en la regulación del contrato de servicios</i>	765
5.9.2.1. Consideraciones sobre dicha regulación y las disfunciones que resultan de su aplicación a la gestión contractual de los servicios públicos	765
5.9.2.2. La opinión del Consejo de Estado	767
5.9.3. <i>Omisiones en la regulación del contrato de servicios</i>	768
5.9.3.1. Consideraciones sobre las omisiones en dicha regulación y las consecuencias que resultan en la gestión contractual de los servicios públicos	768
5.9.3.2. La opinión del Consejo de Estado	771
5.9.4. <i>Recapitulación</i>	771
CAPÍTULO 6. UN RÉGIMEN JURÍDICO UNITARIO DE LA GESTIÓN CONTRACTUAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y LA REGULACIÓN DE LAS CONCESIONES DE SERVICIOS.	774
6.1. Planteamiento	774
6.2. La opción de los contratos de concesión y de gestión de servicios públicos	777
6.2.1. <i>Introducción</i>	777
6.2.2. <i>Concesión de servicios públicos</i>	778
6.2.3. <i>Gestión interesada</i>	779
6.2.4. <i>Concierto</i>	783
6.2.5. <i>Sociedad de economía mixta</i>	787
6.2.5.1. La regulación básica y local	787

6.2.5.2. Las previsiones del ALCSP	797
6.2.5.3. Aplicaciones de la sociedad de economía mixta	800
6.2.6. <i>Arrendamiento</i>	802
6.2.7. <i>Concesión de servicios no públicos</i>	806
6.3. La opción de los contratos de concesión de servicios y de servicios y la necesaria aprobación de un (nuevo) régimen legal de los servicios públicos	807
CAPÍTULO 7. EL PERÍODO TRANSITORIO: EL EFECTO DIRECTO DE LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS Y SUS CONSECUENCIAS RESPECTO DE LA GESTIÓN CONTRACTUAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES.	811
7.1. Introducción	811
7.1.1. <i>Las Directivas 2014/23, 24 y 25 y 24/UE / y su falta de transposición</i>	811
7.1.2. <i>El efecto directo de las Directivas comunitarias y su problemática centrada en la gestión contractual de los servicios públicos locales</i>	814
7.2. Primacía del Derecho comunitario y efectos jurídicos de las Directivas	816
7.3. La transferencia del riesgo operacional como criterio de distinción entre los contratos comunitarios de concesión de servicios y público de servicios en relación con la gestión de servicios públicos locales	819
7.3.1. <i>Concepto de riesgo operacional y transferencia</i>	819
7.3.2. <i>Otras precisiones sobre el riesgo operacional y su transferencia</i>	820
7.3.3. <i>Definición del contrato de servicios</i>	825
7.3.4. <i>Juicio sobre transferencia del riesgo operacional y consecuencias derivadas</i>	826
7.4. Efecto directo respecto de las concesiones de servicios públicos locales	830
7.5. Efecto directo respecto de la gestión de servicios públicos locales en la que no se transfiera riesgo operacional	838
7.5.1. <i>Efectos y el dilema mientras llega la nueva LCSP</i>	838
7.5.2. <i>La subsunción en el contrato de servicios y sus consecuencias</i>	840

7.5.3.	<i>La opción por el CGSP actualizado y sus consecuencias</i>	842
7.5.4.	<i>Aplicación de las previsiones de la Directiva 2014/24/UE con efecto directo</i>	843
7.6.	El Decreto ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública de Cataluña	852
7.6.1.	<i>Aprobación, justificación y regulación en relación con la gestión contractual de servicios públicos</i>	852
7.6.2.	<i>Convalidación parlamentaria del Decreto ley 3/2016 y tramitación como proyecto de ley</i>	858
7.6.3.	<i>Valoración del Decreto ley 3/2016</i>	860
7.7.	Recapitulación: un período transitorio de incierta duración	873
8.	CONCLUSIONES	875
8.1.	Sobre la polémica en torno a la funcionalidad en el ámbito local del contrato de gestión de servicios públicos y de la concesión, en particular, en el marco de los sistemas locales de bienestar	875
	Primera. El marco jurídico-político de los sistemas locales de bienestar	875
	Segunda. La crisis económica, los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y el comportamiento de las entidades locales	876
	Tercera. Los sistemas locales de bienestar y la Ley de racionalización y sostenibilidad de la administración local	877
	Cuarta. Los servicios públicos locales: definición, régimen competencial y modalidades.	880
	Quinta. La centralidad del concepto de servicio público, su reconocimiento en la legislación española y su vinculación con las modalidades del contrato de gestión de servicios públicos, con particular incidencia en el régimen local	884
	Sexta. La disociación normativa: las tesis enfrentadas sobre la gestión contractual de los servicios públicos locales	888
8.2.	Sobre el Derecho comunitario, Directivas de concesiones y de contratación pública y su incidencia en el contrato de gestión de servicios públicos y en el de servicios; la gestión contractual de los servicios públicos locales: regulación actual y futura; el anteproyecto de ley de contratos del sector público (ALCSP)	889

Séptima. Derecho comunitario, concesiones de obras públicas y de servicios y su incidencia en la de servicios públicos, y en el contrato de gestión de servicios públicos; los aspectos fallidos de la transposición en la LCSP/2007	889
Octava. Nuevas Directivas de adjudicación de contratos de concesión (2014/23/UE) y sobre contratación pública (2014/24/UE) y su necesaria transposición	896
Novena. La regulación actual de la gestión contractual de los servicios públicos locales, los dilemas sobre las opciones a seguir y las fases del proceso	901
Décima. Planteamiento y articulación del ALCSP, y su crítica	903
8.3. Sobre la configuración en el ALCSP del contrato de concesión de servicios y la subsunción de la gestión de servicios públicos en que se transfiera el riesgo operacional al concesionario	907
Undécima. Planteamiento del articulado de la concesión de servicios	907
Duodécima. Concepto de concesión y riesgo operacional	908
Decimotercera. Ámbito de la concesión de servicios	910
Decimocuarta. Determinaciones sobre la división en lotes y contratos mixtos	912
Decimoquinta. Duración de la concesión	913
Decimosexta. Valoración económica de la concesión	915
Decimoséptima. Efectos, cumplimiento, extinción y trascendencia del régimen jurídico de los servicios públicos	916
Decimoctava. Ejecución del contrato y potestades de la Administración	917
Decimonovena. Necesidad de una configuración unitaria de las obligaciones del concesionario	919
Vigésima. Prestaciones económicas y derechos ordinarios del concesionario	921
Vigésima primera. Los derechos económicos extraordinarios del concesionario y su evolución normativa	923
Vigésima segunda. La modificación del contrato en la Directiva 2014/23/UE	925
Vigésima tercera. La propuesta de transposición sobre las modificaciones contractuales del ALCSP	927

Vigésima cuarta. Modificación del contrato de concesión de servicios públicos y mantenimiento del equilibrio en el ALCSP.	929
Vigésimo quinta. Otras incidencias en la ejecución de la concesión, extinción y causas generales de extinción	933
Vigésima sexta. Causas específicas de resolución de la concesión.	935
Vigésima séptima. Efectos de la resolución en las concesiones de servicios públicos (I y II): planteamiento, regulación e indemnización al concesionario por la inversión efectuada; la denominada responsabilidad patrimonial de la Administración (RPA)	937
Vigésima octava. Efectos de la resolución (III): otras determinaciones sobre la concesión de servicios públicos	941
Vigésima novena. Otras previsiones relativas a la concesión de servicios públicos	942
Trigésima. Regulación supletoria	944
Trigésima primera. El régimen jurídico <i>extravagante</i> de la concesión de servicios no públicos y su necesaria reconducción	945
8.4. Sobre la configuración en el ALCSP del contrato de servicios y la subsunción de la gestión de servicios públicos en la que no se transfiera el riesgo operacional al contratista.	947
Trigésima segunda. Planteamiento, concepto y ámbito del contrato de servicios	947
Trigésima tercera. Determinaciones sobre la división en lotes, contratos mixtos y duración	949
Trigésima cuarta. Determinaciones sobre el precio y los costes de inversión en servicios complejos	950
Trigésima quinta. Especialidades de los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos	951
Trigésima sexta. Omisiones en la regulación del contrato de servicios y sus consecuencias	954
Trigésima séptima. Causas y efectos específicos de la resolución del contrato de servicios	955
Trigésima octava. La necesidad de replantear la configuración en el ALCSP del contrato de servicios y la subsunción de la gestión de servicios públicos en la que no se transfiera el riesgo operacional al contratista.	956

8.5. Sobre la necesidad de un régimen jurídico unitario de la gestión contractual de los servicios públicos locales y la regulación de las concesiones de servicios	957
Trigésima novena. Planteamiento y opciones posibles	957
Cuadragésima. La opción de los contratos de concesión y de gestión de servicios públicos	958
Cuadragésima primera. La opción de los contratos de concesión de servicios y de servicios y la necesaria aprobación de un (nuevo) régimen legal de los servicios públicos	962
Cuadragésima segunda. La preferencia en favor de la opción de los contratos de concesión y de gestión de servicios públicos	963
8.6. El período transitorio: el efecto directo de las Directivas comunitarias y sus consecuencias respecto de la gestión contractual de los servicios públicos locales	964
Cuadragésima tercera. Primacía del Derecho comunitario y efectos jurídicos de las Directivas	964
Cuadragésima cuarta. El juicio sobre la transferencia del riesgo operacional y las consecuencias derivadas en orden a determinar el efecto directo de las Directivas comunitarias.	965
Cuadragésima quinta. Efecto directo respecto de las concesiones de servicios públicos locales	967
Cuadragésima sexta. Efecto directo respecto de la gestión de servicios públicos locales en la que no se transfiera riesgo operacional	968
Cuadragésima séptima. El Decreto ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública de Cataluña.	970
Cuadragésima octava. Recapitulación: un período transitorio de incierta duración.	973

9	EXPERIENCIAS DE CONTRASTE	975
9.1.	Introducción	975
9.2.	Ayuntamientos	978
9.3.	Otras entidades locales	997
10.	BIBLIOGRAFÍA	1001

INTRODUCCIÓN

El objeto de esta tesis es *la gestión contractual de los servicios públicos locales*. Ese objeto es susceptible de desagregar en dos grandes ámbitos. En primer lugar, la expresión *servicios públicos locales*, aunque presenta dificultades a la hora de acotar sus límites en el marco general de la acción pública, puede identificarse con un tipo concreto de actividad: la *desarrollada* por una entidad pública local, por sí o mediante un gestor contratado, para satisfacer las necesidades de los usuarios, conjunto de personas destinatarias de la misma; *caracterizada* objetivamente por integrar prestaciones técnicas, que reportan utilidades a los usuarios que las reciben; *configurada* bajo criterios de generalidad e igualdad y en unas condiciones de continuidad y regularidad; y *declarada* por la legislación como servicio público local o *asumida* como tal por la entidad en el ámbito de sus competencias. El ejercicio de esa actividad de servicio público ocupa una parte muy significativa del quehacer de las entidades locales españolas, cuyo papel como agentes de bienestar contribuye notablemente a la consecución de las finalidades del Estado social, caracterización que, junto con las de democrático y de Derecho, definen la forma en que se halla constituida España de acuerdo con la Constitución de 1978 (art 1.1).

El segundo ámbito que centra el objeto de la tesis es el de *la gestión contractual* de tales servicios, esto es, la prestación por un tercero, un particular, contratado por la Administración para desarrollar la actividad antes descrita. La definición de este segundo ámbito es muy genérica, no por deseo propio, sino impulsado por la realidad. Me explico. Tradicionalmente, han sido objeto de múltiples estudios las diferentes *formas de prestación de los servicios públicos*, y se ha aludido a la disyuntiva de optar por su *gestión directa* o por una de las *modalidades contractuales en que se clasifica la indirecta* (concesión, gestión interesada, concierto, arrendamiento y sociedad de economía mixta), características de la legislación local, y unidas todas ellas bajo el denominado contrato de gestión de servicio público, acepción más propia de la estatal, primero, y de la básica, después. Sin embargo, la vinculación entre objeto y contrato, expresada en la referencia común al servicio público, que ha venido rigiendo en España desde hace más de 60 años (desde el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales 1955 y Ley de Contratos del Estado de 1965, pasando por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas/LCAP de 1995, hasta el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011/TRLCSP hoy vigente), esa mutua dependencia, ha dejado de ser exclusiva desde hace unos años,

principalmente por la práctica seguida en ocasiones de subsumir ese objeto en el contrato de servicios en los supuestos en que no se traslada el riesgo en la explotación del servicio al contratista, aunque también en otras figuras en atención a diversos criterios (así, la concesión de obra pública al enfatizar la importancia del inmueble, o el contrato administrativo especial o la gestión patrimonial en otros casos). Y es por todo ello que debe hablarse, hoy por hoy, de una *gestión contractual de los servicios* públicos, puesto que el concepto de *gestión indirecta* ha quedado desbordado por la realidad.

Que esa sea la realidad no debe llevarnos, sin embargo, a aceptarla sin cuestionarnos sus posibles efectos negativos. Y de esa reflexión nació sin duda el propósito de desarrollar la orientación definitiva de la tesis y profundizar en el análisis. Con ser relevante el debate sobre la opción entre la gestión directa o la indirecta, su trascendencia es menor, a mi juicio, que la del concepto mismo de servicio público. Quiere decirse con esto, que lo realmente esencial para el Estado social es el mantenimiento del concepto de servicio público, de tal categoría si lo formulamos en términos jurídicos, con particular incidencia en el ámbito analizado, para asegurar la preservación de los sistemas locales de bienestar. De lo que nos ocupamos ahora, por tanto, es de la gestión indirecta de los servicios públicos, esto es, de la prestación por un tercero contratado por la Administración a la que antes se aludía, pero no contemplada como una mera externalización o *outsourcing*, sino sobre la base no solo de continuar siendo ésta la titular del servicio que busca la colaboración privada para su gestión, sino conservando la dirección y el conjunto restante de potestades sobre el mismo, como garantía de los derechos de los usuarios y de la continuidad y regularidad en su prestación. No se rehúye aquel debate gestión directa *versus* indirecta, abordado ya en otras ocasiones y que no descarto en el futuro, sino que, en el momento presente, parece especialmente necesario y urgente abordar el análisis de su gestión contractual.

Porque no es infrecuente en estos días oír expresiones como que *el servicio público ha muerto* u otras formulaciones menos contundentes pero que apuntan en el mismo sentido. Pues bien, resulta que ese cuestionamiento puede venir tanto directamente de la negación de la categoría general –el servicio público–, como de la configuración concreta de su prestación mediante el concurso del privado, que en España se ha articulado, como se recordaba antes y desde hace más de medio siglo, a través del contrato de gestión de servicio público (CSGP) y sus diferentes modalidades. Y lo cierto es que esta figura contractual se diseñó precisamente para garantizar una

adecuada prestación de su objeto, por lo que considero que su desaparición comportaría, cuando menos, una desprotección del servicio público. Y la consecuencia de ello es una idea que se proyecta a lo largo de toda la tesis, a saber, que esa práctica referida al contrato de servicios, a cuya utilización socorridamente se acude para cualesquiera prestaciones y como alternativa al CGSP, es insuficiente para dar la cobertura jurídica debida a la contratación de la prestación del servicio público. Porque el aludido contrato de servicios nace de una estructuración que, con pocas variaciones desde que fue normativamente articulado (Decreto 1005/1974), se mueve en términos de igualdad entre el contratista y la Administración, y en la que ésta es su única destinataria, razón por la cual se halla privada de sus potestades específicas. Una configuración que tiene su lógica, en suma, si se trata de la limpieza de oficinas, actividades logísticas o prestaciones intelectuales en beneficio exclusivo de la Administración (que no se diferenciarían objetivamente de las que recibiría un privado), pero que resulta manifiestamente insuficiente para regular relaciones contractuales cuyos destinatarios son los ciudadanos usuarios de servicios públicos, tales como las relativas a los servicios asistenciales o el suministro de agua potable, por poner dos ejemplos relevantes.

No es ese obviamente el único, ni seguramente el más importante de los embates que reciben en estos días la idea de servicio público y el Estado social, al cual dicha idea es consubstancial. La intensidad de la crisis iniciada en 2007-2008 y su duración han condicionado severamente el margen de actuación de los Estados, y amenazan seriamente, con sus lastres de la deuda, el déficit y el desempleo, la supervivencia económica de ese Estado social. También esta problemática se halla presente en el objeto de la tesis, bien que contextualizada en el subsistema local y bajo el prisma del análisis de los efectos jurídico-políticos que ha tenido en los servicios públicos, una de las manifestaciones de la legislación de la crisis, la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local de diciembre de 2013. Con todo, es siempre conveniente analizar las instituciones con perspectiva histórica, de cuyo ejercicio suele resultar una relativización de las circunstancias críticas que pareciera que las aquejan. Y así, a poco que se repasen los antecedentes, se comprobará que el concepto mismo de servicio público ha estado siempre vinculado a la idea de crisis; y quizás sea por ello que, a fuerza de los ataques recibidos, aquel ha continuado manteniéndose vivo.¹

¹ Por poner un ejemplo del ámbito jurídico, traigo a colación que el primer capítulo del ejemplar libro de Fernando Albi, *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales* (1960, Aguilar), lleva por título «La teoría clásica del servicio público y su crisis actual» (p. 5-20).

La controversia entre CGSP y contrato de servicios se enmarca en una revisión general de la legislación de contratos del sector público motivada, como es sabido, por la obligación de transponer las tres nuevas Directivas comunitarias en este ámbito (2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, 2014/24/UE, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, y 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE, todas ellas de 26.2.2014 y publicadas en el DOUE de 28.3.2014), transposición que debía tener lugar no más tarde de la fecha límite del 18 de abril de 2016. A fin de cumplir con la referida obligación, y centrándonos en las dos primeras Directivas, se elaboró un primer Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público (ALCSP), el cual fue sometido a información pública en abril de 2015, trámite durante el cual formulé alegaciones en oposición a la propuesta del Anteproyecto sobre la controversia en cuestión. El ALCSP preveía la desaparición del CGSP, articulada a partir de la sujeción a la concesión de la explotación de servicios públicos en que se transfiera el riesgo operacional al contratista, y la subsunción en el contrato de servicios de aquellos en que no se produzca tal transferencia. Como alternativa a esta subsunción, en las alegaciones planteaba el mantenimiento del CGSP, en sus modalidades de gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta, actualizando su régimen jurídico e introduciendo las exigencias sobre publicidad comunitaria y recurso especial de contratación, dando así cumplimiento a las Directivas y conservando un régimen jurídico unitario para la gestión contractual de los servicios públicos. Posteriormente, y sobre la base de las alegaciones, elaboré el artículo «Modificación de la Ley de Contratos del Sector Público y gestión de servicios públicos locales: propuestas y alternativas», que fue publicado en la *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 40 (octubre 2015). A finales de octubre de 2015, el Gobierno remitió un nuevo ALCSP al Consejo de Estado para su dictamen preceptivo, que fue emitido con fecha 10 de marzo de 2016 y bajo el número 1116/2015. Entre sus consideraciones es de destacar que el Alto órgano consultivo apreció objeciones esenciales en el Anteproyecto sobre su planteamiento de la dicotomía entre la concesión de servicios y el contrato de servicios, acogiendo argumentos y reproduciendo consideraciones formuladas en las alegaciones y el artículo antes mencionados. Pese a haberse cumplido el trámite del Dictamen del Consejo de Estado, el ALCSP no ha podido ser tramitado como proyecto ante las Cortes Generales al hallarse el Gobierno en funciones y no resolverse la investidura gubernamental tras las dos citas electorales de diciembre de 2015 y junio de 2016, lo

que, al cierre de esta tesis a inicios de septiembre de 2016, deja abierta la cuestión, a cuyo debate espera contribuir.

La controversia se lleva arrastrando desde la aprobación de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007, entiendo que como consecuencia de algunos aspectos fallidos de la transposición de la Directiva 2004/17/UE, y no es en absoluto una cuestión meramente teórica. Antes al contrario, la opción por una u otra modalidad contractual condiciona el planteamiento de la licitación para seleccionar al contratista, su adjudicación y las características de la relación que lo vinculará con la Administración titular del servicio público (duración, forma de retribución, derechos y obligaciones de las partes y ejercicio de las potestades administrativas, entre las más relevantes), y produce los consiguientes efectos jurídicos en dicha relación y en la que el contratista mantiene con los usuarios del servicio público cuya prestación gestiona. La alternativa en favor del contrato de servicios ha venido siendo planteada por sus defensores, en la que podríamos denominar *tesis restrictiva*, como una consecuencia ineluctable de la normativa y jurisprudencia comunitarias, de manera que la opción por no utilizar dicho contrato, sino una modalidad del CGSP en los supuestos en que no se transfiere el riesgo en la explotación del servicio al contratista, supondría una infracción de las mismas, lo que determinaría la nulidad del contrato. Frente a ese planteamiento, hay que recordar de entrada que en el ordenamiento jurídico comunitario la dicotomía se circunscribe a la oposición entre los contratos de concesión y de servicios, en función de si se transfiere o no el riesgo de explotación u operacional -en su última acepción- al contratista, así como que las determinaciones que rigen uno y otro contrato son, esencialmente, procedimentales, esto es, referidas al proceso de selección del contratista. Y acto seguido debe precisarse que lo que realmente determina la nulidad del contrato es la inobservancia de las exigencias sobre publicidad en el DOUE, el recurso especial de contratación (REC) y las demás garantías establecidas en la legislación comunitaria para asegurar la aplicación de los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia, por señalar los más relevantes. En consecuencia, y actualizando la *tesis tradicional*, la solución pasa por incorporar el cumplimiento de esos requisitos en la tramitación del procedimiento de licitación y mantener la opción por el CGSP, lo que asegura la aplicación de un régimen jurídico configurado para garantizar los derechos de los usuarios y la continuidad y regularidad del servicio público, bien entendido que la opción contractual debe elegir una de las modalidades distintas de la concesión, atendido que se está ante un supuesto de no transferencia de riesgo al contratista, esto es, la gestión interesada, el concierto o la sociedad de economía mixta. Se cumple así con los requerimientos comunitarios sin

renunciar a aplicar la modalidad contractual idónea para la gestión indirecta de servicios públicos. El problema surge, sin embargo, cuando no se da esa conciliación y se sitúa al operador jurídico en la tesitura de tener que escoger entre la concesión o el contrato de servicios en los términos regulados en el TRLCSP/2011, con sus planteamientos y consecuencias divergentes. Como un elemento más sobre la trascendencia de la controversia debe aludirse, también, a los posibles gravosos desenlaces y los perjuicios que, en el orden litigioso, pueden derivarse para la Administración convocante de la licitación, como consecuencia de la anulación del mismo o del contrato resultante, por parte de los órganos revisores, administrativos o jurisdiccionales.²

Una vez descritos el objeto de la tesis, sus motivaciones y el nudo argumental de la misma, es el momento de explicar la *metodología seguida*. Tras la obligada *reflexión teórico-política* sobre el Estado social y los sistemas locales de bienestar, los servicios públicos locales y su gestión contractual son considerados desde la *perspectiva jurídico-formal*, lo que obliga a pasar revista a los diferentes textos normativos, tanto estatales como autonómicos, y referidos al ámbito local principalmente, pero sin descartar la legislación sobre servicios públicos propios de los otros ámbitos y la comunitaria, así como a la doctrina científica y a la jurisprudencia. Se trata de una tarea ardua, pero su resultado, en forma de constatación de similitudes y diferencias, es muy interesante. Ese concepto jurídico se complementa con una *aproximación empírica al contenido material* de los diferentes servicios y a las modalidades de la contratación de su gestión, lo que se aborda, de un lado, a partir de la descripción de las prestaciones que integran los servicios y las características de las modalidades y, de otro, mediante el recurso a ejemplos extraídos de la realidad. Las referencias a estos ejemplos, denominadas *experiencias de contraste*, se efectúa a partir de la jurisprudencia (con frecuentes transcripciones textuales e indicación del fundamento jurídico correspondiente) y de la reproducción de anuncios publicados en los diarios oficiales (del Estado, provinciales y autonómicos), así como de la mención de demás datos extraídos de las consultas efectuadas a las páginas web de entidades locales, en particular, a su *perfil de contratante*, espacio que recoge los documentos del

² Como ejemplo de esas consecuencias puede citarse el caso del Ayuntamiento de Alcobendas, objeto de la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid núm 67/2014, de 10.4.2014, y de la STSJ de la Comunidad de Madrid núm. 232/2015, de 14.5.2015 (JUR 2015\1478741), con pronunciamiento discrepantes, de resultas de lo cual la Administración municipal hubo de satisfacer el precio del contrato al que realmente lo prestó y una indemnización al otro licitador descartado (véase el epígrafe 7.3.4. 3ª, nota al pie).

expediente administrativo de contratación (datos referidos a los objetos de los servicios públicos, a las entidades titulares de los mismos y a la relación contractual sobre su gestión, así como sobre su duración, forma de retribución y eventual modificación, entre los más relevantes). Las citas a esas experiencias de contraste se localizan a lo largo del texto en atención al aspecto analizado y, al final, a modo de recopilación, donde se ofrece casi un centenar de supuestos más (capítulo 9). Con ese análisis he intentado cumplir con las exigencias propias del Doctorado en Derecho y Ciencia Política, sobre las bases de la opinión largamente sostenida de la complementariedad de las aproximaciones jurídica y politológica, ésta también en sus vertientes referidas a la Ciencia de la Administración y a la Gestión Pública, y con la convicción del «valor de un proceso continuado de ajuste de las distintas aportaciones científicas».³

La tesis se estructura en ocho capítulos. El primero lleva por título *la polémica en torno a la funcionalidad en el ámbito local del contrato de gestión de servicios públicos y de la concesión, en particular, en el marco de los sistemas locales de bienestar*, y analiza los principio jurídico-políticos que sustentan estos sistemas en el Estado social y el subsistema local definidos en la CE (art. 1.1 y 137), los efectos de la crisis económica y los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local de 2013, aprobada para adaptar el subsistema local a las exigencias de los principios señalados, la evolución y el estado actual de las competencias de las entidades locales, constatando el desapoderamiento de que han sido objeto los municipios y el debilitamiento de su posición institucional, aunque también la resiliencia que muestran en la defensa de la prestación de los servicios públicos que les son propios. Sigue luego el análisis de la centralidad del concepto de servicio público y su vinculación con la gestión indirecta y el reconocimiento que de ello efectúa la legislación española. El capítulo se cierra con el planteamiento de las tesis enfrentadas, tradicional y restrictiva, sobre la gestión contractual de los servicios públicos locales y la disociación normativa que esta última supone.

El capítulo segundo, *Derecho comunitario, concesiones de obras públicas y de servicios y su incidencia en la de servicios públicos, y en el contrato de gestión de servicios públicos*, analiza esas materias con especial detenimiento en los contenidos esenciales de las nuevas Directivas sobre concesión y contratación pública (2014/23 y

³ Capo Giol (1990: 65).

24/UE), y la obligación de transposición de las mismas, para acabar con la mención a las consecuencias del incumplimiento del límite del plazo del 18 de abril de 2016 para hacerlo, y su contextualización en el marco de los Estados miembros de la Unión Europea.

El capítulo tercero, intitulado *la gestión contractual de los servicios públicos: regulación actual y futura*, describe los dilemas y los conflictos normativos en torno a esa gestión en el marco del vigente TRLCSP/2011, y formula las diferentes propuestas sobre la nueva regulación que debe llegar tras la transposición de las Directivas, para cerrar con el planteamiento de las opciones sobre la gestión contractual de servicios públicos que efectúa el ALCSP de octubre de 2015, en favor de la concesión y del contrato de servicios.

El capítulo cuarto, el más largo, analiza pormenorizadamente *la configuración en el ALCSP del contrato de concesión de servicios y la subsunción de la gestión de servicios públicos en que se transfiera el riesgo operacional al concesionario*, incluyendo todos los preceptos que directa o indirectamente regulan dicho contrato en el Anteproyecto, comparándolos con los del TRLCSP vigente, referidos genéricamente al CGSP, y completando el estudio con el de las demás determinaciones que resulten de aplicación, ya sea en ejecución de la legislación local, básica o autonómica, ya de otras fuentes normativas. Siguiendo la ordenación del propio articulado del ALCSP, se examinan los siguientes aspectos:

- concepto de concesión y riesgo operacional, ámbito, objeto –distinguiendo los servicios públicos de los que no tienen este carácter-, duración, valoración económica de la concesión y pliegos y anteproyectos de obra y explotación (epígrafes 4.1 a 4.4);
- efectos, cumplimiento y extinción y trascendencia del régimen jurídico de los servicios públicos, ejecución del contrato y obligaciones del concesionario (ep. 4.5. a 4.8);
- prestaciones económicas y derechos ordinarios del concesionario (tarifas, subvención, precio o pago y su revisión, así como el canon), y modificación del contrato de concesión de servicios públicos y mantenimiento de su equilibrio económico, en tanto que derechos extraordinarios (ep. 4.9 y 4.10);

- otros aspectos de la ejecución y la extinción y causas de resolución –generales y específicas- de la concesión (ep. 4.11 a 4.13).
- procedimiento y efectos de la resolución en las concesiones de servicios públicos, con mención especial al relativo a la indemnización al concesionario por la inversión efectuada, esto es, la denominada responsabilidad patrimonial de la Administración (RPA) (ep. 4.14 a 4.17);
- subcontratación, regulación supletoria y otras previsiones relativas a la concesión de servicios públicos (ep. 4.18 a 4.21); y
- régimen jurídico *extravagante* de la concesión de servicios no públicos y su necesaria reconducción (ep. 4.22).

El capítulo quinto se detiene en la otra alternativa, *la configuración en el ALCSP del contrato de servicios y la subsunción de la gestión de servicios públicos en la que no se transfiera el riesgo operacional al contratista*, y revisa la exigua regulación que le dedica, completándola con consideraciones sobre los requerimientos que tal objeto demanda, y un estudio sobre la novedad relativa a las especialidades de los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos, para concluir con el análisis de la insuficiencia de las determinaciones del contrato de servicios en relación con la gestión de servicios públicos, atendidas las disfunciones y omisiones advertidas en su regulación.

Después de haber analizado las propuestas normativas del ALCSP y sus disfunciones, se plantean las alternativas posibles y lo que, de *lege ferenda*, se considera como imprescindible: *un régimen jurídico unitario de la gestión contractual de los servicios públicos locales y la regulación de las concesiones de servicios*, que integra el capítulo sexto. La primera alternativa parte de una configuración de los contratos de concesión que, sobre la base de la transferencia del riesgo operacional al contratista (ex Directiva 2014/23/UE), diferencian su régimen jurídico en función de si el objeto contractual es un servicio público o no, y se debe complementar con la regulación del contrato de gestión de servicio público, reservado ahora para los supuestos en que no se transfiera el riesgo operacional al contratista, y cuyas modalidades son la gestión interesada, el concierto, la sociedad de economía mixta y el arrendamiento, convenientemente actualizadas con las exigencias de la Directiva 2014/24/UE, referidas al contrato comunitario de servicios. El análisis de esta primer alternativa

muestra, a mi juicio, que es posible la conciliación entre estas exigencias y el CGSP actualizado, lo que acredita su funcionalidad (ep. 6.2). Viene luego la segunda alternativa (ep. 6.3), que supone la opción en favor de los contratos de concesión de servicios y de servicios y la necesaria aprobación de un nuevo régimen legal de los servicios públicos, cuyo estudio revela, en mi opinión, que, además de provocar un conflicto normativo con las previsiones recogidas en la legislación vigente, una de dos: o no garantizaría los derechos de los usuarios y los principios de continuidad y regularidad de los servicios públicos o, de hacerlo gracias a la aprobación de un nuevo régimen legal de éstos que complementara la regulación del contrato de servicios, acabaría reconstruyendo materialmente el contrato de gestión de servicios públicos, lo que es un argumento más en favor de la primera alternativa.

El capítulo séptimo se titula *el período transitorio: el efecto directo de las Directivas comunitarias y sus consecuencias respecto de la gestión contractual de los servicios públicos locales*, y ha resultado de todo punto necesario atendido el vencimiento del plazo de abril de 2016 sin haberse verificado la transposición de las mismas. Para determinar esas consecuencias se analizan, sucesivamente, la primacía del Derecho comunitario y la caracterización de ese efecto directo, concretado en las determinaciones cuya formulación sea clara, precisa, completa e incondicional, y cuáles son las aplicaciones concretas de las Directivas 23 y 24 que los operadores jurídicos han de observar indefectiblemente, distinguiendo ese efecto directo respecto de las concesiones de servicios públicos locales, de un lado, y de la gestión de los otros servicios en la que no se transfiera riesgo operacional, de otro. Para finalizar, se incluye la valoración del Decreto ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública de Cataluña, que también ha venido a incidir sobre el tema. Es innecesario extenderse sobre la complejidad de este capítulo, aunque en realidad su trascendencia es mayor para los propios operadores jurídicos en Cataluña que, en estos momentos, deben conciliar la parte vigente del TRLCSP/2011 y del resto de legislación española, las determinaciones de las Directivas con efecto directo y las novedades de ese Decreto ley 3/2016; todo un reto, científicamente apasionante y, en el plano de la realidad profesional, tremendamente arriesgado. Pero por estas razones, su tratamiento era inexcusable, con más razón atendido que se trata de un período transitorio de incierta duración, al confirmarse, al cierre de esta tesis a inicios de septiembre de 2016, la no investidura gubernamental.

En el capítulo octavo se incluyen las *conclusiones* que, en número de 48, se agrupan de manera correlativa a los capítulos de la tesis, para facilitar su contextualización. Tal

como se ha adelantado, el capítulo noveno, sobre las *experiencias de contraste*, responde al objetivo de la dimensión empírica con el que se quería cumplir, mediante esa recopilación de casi un centenar de supuestos, que complementan los citados a lo largo de los capítulos anteriores. Aparte del valor altamente ilustrativo de esas experiencias, supone un reconocimiento al trabajo, riguroso y también creativo, de las personas que desde distintas responsabilidades en las entidades locales gestionan servicios públicos. Para acabar, en el capítulo décimo se incluye la *bibliografía* con los textos y documentos consultados y citados en la tesis, incorporando el vínculo si es posible su acceso electrónico.

Desde que en 1995 finalicé los cursos de doctorado, tenía pendiente la presentación de la tesis, cuya formulación definitiva me ha ocupado los cuatro últimos años. Y digo definitiva porque su inicio coincide con el de mi carrera profesional, pues no en vano de la gestión de un servicio público –sanitario-asistencial, concretamente- trataba el primer asunto importante que me encargaron en el Ayuntamiento de Prats de Lluçanès (Barcelona), a raíz de mi nombramiento como secretario en 1981, y la denominación de *gestión y organización de los servicios públicos* tenía una de las primeras asignaturas que pasé a impartir en la Universidad de Barcelona, tras mi incorporación como profesor asociado en el Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política, en 1992. También en la Diputación de Barcelona, donde presto mis servicios desde 1984, y en otros foros, universitarios y de las escuelas y centros de formación para funcionarios, he tenido la oportunidad de contrastar criterios y experiencias sobre esa materia. Con todo ese bagaje encaré el análisis de los efectos que en la gestión indirecta de los servicios públicos habían de provocar las nuevas Directivas comunitarias que se estaban tramitando, y la consiguiente modificación de la legislación de contratos del sector público que debía seguir a la aprobación de éstas. Y el resultado de ese análisis, con las características señaladas, es lo que ofrezco a los lectores de esta tesis.

Soy consciente de que esta es una tesis extremadamente larga. A esa realidad solo introduzco dos precisiones. En primer lugar, el efecto de lo que podríamos denominar la *ultraactividad de la legislación de servicios públicos locales*, esto es, la combinación de unos períodos de duración de los contratos que alcanzan los 50 años, el principio jurídico según el cual a todo contrato le resulta aplicable el régimen jurídico que presidió su adjudicación (CC, art. 4.3 y DT2^a, y Auto del Tribunal Supremo de 22.11.1989, Ar. 7947), y una legislación que ha ido siendo objeto de cambios desde 1985 (promulgación de la LBRL), pasando por 1995 (LCAP) hasta llegar al vigente

TRLCSP (2011), lo que explica que una concesión adjudicada por 50 años, por ejemplo, en 1984 se rija hoy todavía y hasta 2034 en parte por el Reglamento de Servicios de 1955, inaplicable en Cataluña desde 1995 (aprobación del Reglamento autonómico de obras, actividades y servicios) para las concesiones adjudicadas con posterioridad a esta última fecha. La segunda precisión, en parte ya adelantada, tiene que ver con el conjunto de circunstancias que caracterizan este particular período que se está viviendo en relación con los servicios públicos locales, para cuyo análisis es necesario un tratamiento que resulte adecuado a su complejidad.

Queda por último el capítulo de los agradecimientos, que se refiere a todas las personas que en mis dos vidas profesionales me han apoyado para que esta tesis llegara a su fin. Como ya he escrito en alguna ocasión, tengo la suerte de poder desarrollar mi carrera profesional en dos instituciones, la Diputación de Barcelona y la Universidad de Barcelona, y creo sinceramente que los servicios que en ellas presto se complementan y mutuamente se enriquecen. Hay tantas personas en estas instituciones a quienes manifestar mi aprecio, que su cita alargaría en extremo esta introducción, aprecio que también debe extenderse a aquellas otras del mundo académico o local con las que he tenido la oportunidad de compartir experiencias y debatir sobre *pasiones comunes* relativas a la acción pública. Sí quiero expresar mi agradecimiento al Dr. Jordi Capo i Giol, mi director de tesis, por su apoyo y por haber esperado pacientemente a que finalmente la depositara.

Y esta introducción la concluyo expresando mi gratitud a mi mujer, María José, por su aliento vital y comprensión generosa, y con un recuerdo para nuestros hijos, Helena y Víctor, que nos vienen demostrando su compromiso con el trabajo y el esfuerzo.

Barcelona, 3 de septiembre de 2016.

ABREVIATURAS

- A**
- ACCO:** Autoridad Catalana de la Competencia.
 - AGE:** Administración general del Estado.
 - ALBGAL:** Anteproyecto de Ley Básica del Gobierno y la Administración Local, fechado el 3 de mayo de 2006; www.map.es/iniciativas; consulta efectuada el 16 de septiembre de 2006.
 - ALCSE/A/2015:** Anteproyecto de Ley de Contratos en los sectores específicos del agua, la energía, los transportes y los servicios postales de 17.4.2015, sometido al trámite de información pública (del 25 al 14.5.2015, BOE núm. 98, del 24.4.2015).
 - ALCSE/O/2015:** Anteproyecto de Ley de Contratos en los sectores específicos del agua, la energía, los transportes y los servicios postales de 21.10.2015, sometido a Dictamen del Consejo de Estado, emitido el 10.3.2016 (núm. 1115/2016).
 - ALCSP/A/2015:** Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público de 17.4.2015, sometido al trámite de información pública (del 25 al 14.5.2015, BOE del 24.4.2015).
 - ALCSP/O/2015:** Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público de 21.10.2015, sometido a Dictamen del Consejo de Estado, emitido el 10.3.2016 (núm. 1116/2015).
 - ALRYSAL:** Anteproyecto de Ley para la racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (Consejo de Ministros de 13.7.2012, Informe).
 - Ar:** Número de referencia del Repertorio de Jurisprudencia de la editorial Aranzadi.
 - ARSAL:** Anteproyecto de ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local; versión de 24.5.2013, objeto del Dictamen del Consejo de Estado núm. 567/2013, de 26.6.
- B**
- BOE:** Boletín Oficial del Estado.
 - BOP:** Boletín Oficial de la Provincia.
- C**
- CA:** Comunidades autónomas.
 - CC:** Código Civil.
 - CCOMS:** Concesión comunitaria de servicios.
 - CDJ:** Consideración jurídica.
 - CDO:** Considerando.

CE: Constitución española de 27 de diciembre de 1978.

CES: Consejo Económico y Social.

CEAL: Carta Europea de Autonomía Local, hecha en Estrasburgo el 15 de octubre de 1985, ratificada por España el 20 de enero de 1988 y publicada en el BOE nº 47, de 24 de febrero de 1989.

CGSP: Contrato de gestión de servicios públicos.

CNC: Comisión Nacional de la Competencia (a partir de la L 3/2013, CNMC).

CNMC: Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

COB: Concesión de obra (ALCSP).

COP: Contrato de concesión de obras públicas (TRLCAP).

CS: Concesión de servicios.

CSP: Contrato de concesión de servicios públicos.

D **D:** Decreto.

DA: Disposición adicional.

DC 23: Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, del Parlamento Europeo y del Consejo de 26.2.2014, publicada en el DOUE de 28.3.2014.

DC 24: Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 26.2.2014, publicada en el DOUE de 28.3.2014.

DC 25: Directiva 2014/25, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 26.2.2014, publicada en el DOUE de 28.3.2014.

DD: Disposición derogatoria.

DF: Disposición final.

DLEG: Decreto legislativo.

DOG: Diario Oficial de la *Generalitat* de Cataluña.

DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea.

E **EA:** Estatutos de autonomía.

EAC/1979: Estatuto de autonomía de Cataluña, aprobado por la Ley orgánica 4/1979, de 18 de diciembre.

EAC/2006: Estatuto de autonomía de Cataluña, aprobado por la Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio.

EACV: Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, aprobado por la Ley orgánica 1/2006, de 10 de abril.

EBEP: L 7/2007, de 12.4, del Estatuto Básico del Empleado Público.

EC: Experiencias de contraste (ejemplos extraídos de la realidad de la gestión local, descritos principalmente en el epígrafe 9).

EDPP: Entidades de derecho público sometidas al derecho privado.

EM: Exposición de motivos

Ep.: Epígrafe.

EPE: Entidade/s pública/s empresarial/es.

F **FJ:** Fundamento jurídico.

G **GENCAT:** Generalitat de Catalunya.

GENVAL: Generalitat Valenciana.

I **IDESCAT:** Instituto de Estadística de Catalunya.

IJCCA: Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

INE: Instituto Nacional de Estadística.

IPC: Índice de Precios al Consumo, publicado por el INE.

IVA: Impuesto sobre el valor añadido.

J **JCA:** Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

JCCA: Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

L **L:** Ley.

LAULA: LAnd 5/2010, de 11.6, de Autonomía Local de Andalucía.

LBRL: de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local; estatal (núm. 7).

LRSAL: de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local; estatal (núm. 27).

L 30/1992: de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común; estatal.

L 2/1995: de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada; estatal.

L 11/1999: de 21 de abril, de modificación de la L 7/1985; estatal.

L 53/1999: de 28 de diciembre, de modificación de la LCAP/1995; estatal.

L 57/2003: de 16 de diciembre, de modificación de la L 7/1985; estatal.

LAnd: Ley de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

LAnd/2010: de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (núm. 5).

LArag: Ley de la Comunidad Autónoma de Aragón

LArag/1999: de 9 de abril, de Administración Local (núm. 7).

LAst: Ley de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias.

LCant: Ley de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

LCAP/1995: de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas; estatal (núm. 13).

LCat: Ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

LCLeón: Ley de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

LCLM: Ley de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

LCSP: Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

LExt: Ley de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

LFNav: Ley de la Comunidad Foral de Navarra.

LFNav/1990: de 2 de julio, de la Administración local de Navarra (núm. 6).

LFNavCont/2006: de 9 de junio, de Contratos públicos (núm. 6).

LGal: Ley de la Comunidad Autónoma de Galicia.

LGal/1997: de 22 de julio, de Administración local (núm. 5).

LIB: Ley de la Comunidad Autónoma de les Illes Balears.

LIB/2006: de 20 de diciembre, Ley municipal y de régimen local de las Illes Balears (núm. 20).

LIBGal: Libro Blanco del Gobierno Local; julio de 2005; www.map.es/iniciativas; consulta efectuada el 15 de septiembre de 2006.

LMad: Ley de la Comunidad Autónoma de Madrid.

LMad/2003: de 11 de marzo, de Administración local (núm. 2).

LMur: Ley de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

LPVasco: Ley de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

LRioja: Ley de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

LRioja/2003: de 3 de marzo, de la Administración local (núm. 1).

LVal: Ley de la Comunidad Autónoma de Valencia.

LEF/1954: de 16 de diciembre, de expropiación forzosa; estatal.

LGP/1977: de 4 de enero, general presupuestaria; estatal (núm. 11).

LGT/2003: de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones; estatal (núm. 32).

LJCA/1998: de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contenciosa administrativa; estatal (núm. 29).

LODE/1985: de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación; estatal orgánica (núm. 8).

LOE/2006: de 3 de mayo, de educación; estatal orgánica (núm. 2).

LOEPSF/2012: de 27 de febrero, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera; estatal orgánica (núm. 2).

LOFAGE/1997: de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración general del Estado; estatal (núm. 6).

LOGSE/1990: de 3 de octubre, de ordenación general del sistema educativo; estatal orgánica (núm. 1).

LOTIC/1979: de 3.10, del Tribunal Constitucional; estatal orgánica (núm. 2).

LOU/2001: de 21 de diciembre, de universidades; estatal orgánica (núm. 6)

LPA: de 17 de julio de 1958, de procedimiento administrativo; estatal.

LPACAP: de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; estatal (núm. 39).

LRHL/1988: de 28 de diciembre, reguladora de las haciendas locales; estatal (núm. 39).

LRJSP: de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; estatal (núm. 40).

LTAIPBG/2013: de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; estatal (núm. 19).

LVal: Ley de la Comunidad Autónoma de Valencia.

LVal/2010: de 23 de junio, de Régimen Local de la Comunitat Valenciana (núm. 8).

M **MAP:** Ministerio de Administraciones Públicas.

MINHAP: Ministerio de Hacienda y de Administraciones Públicas.

O **OA:** Organismo/s autónomo/s.

OBCP: Observatorio de Contratación Pública.

OED: Organización especial desconcentrada.

OEP: Oferta de empleo público.

P **PAC:** Programa de actuación comarcal.

PCAP: Pliego de cláusulas administrativas particulares.

Pfo.: Párrafo.

PIL: Acrónimo de personificación/ones instrumental/es local/es.

PLCSP: Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público (pendiente de aprobación al cierre de esta tesis).

PPTP: Pliego de prescripciones técnicas particulares.

PRORSAL: Proyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, aprobado por el Consejo de Ministros en su reunión de 26.7.2013.

R **RBASO/2002:** Reglamento de bienes, actividades, servicios y obras de las entidades locales de Aragón, aprobado por el D 347/2002, de 19 de noviembre.

RD: Real decreto.

RDL: Real decreto-ley.

RDLEG: Real decreto legislativo.

ROF/1986: Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, aprobado por el RD 2568/1986, de 28 de noviembre; estatal.

RPDTC/1988: Reglamento de demarcación territorial y población de los entes locales de Cataluña, aprobado por el D 140/1988, de 24 de mayo.

RPA: Responsabilidad patrimonial de la Administración.

RPAT/1988: Reglamento de patrimonio de los entes locales, aprobado por el D 336/1988, de 17 de octubre.

RPC: Reglamento del Parlamento de Cataluña; Texto refundido publicado en el Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña (BOPC) núm. 664, del 30.7.2015.

RPEL/1990: Reglamento del personal al servicio de las entidades locales de Cataluña, aprobado por el D 214/1990, de 30 de julio.

ROAS/1995: Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales, aprobado por el D 179/1995, de 13 de junio.

RS/1955: Reglamento de servicios de las corporaciones locales, aprobado por el D de 17 de junio

S **SIAL:** Sistema de Información de la Administración Local.

SMP: Acrónimo de sociedad/es mercantil/es pública/s.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STJCE: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

STSJ: Sentencia de Tribunal Superior de Justicia.

T **TA:** Texto articulado.

TACRC: Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, versión consolidada 2016 (DOUE 7.6.2016 c 202/1)).

TIC: Tecnologías de la información y de la comunicación.

TIR: Tasa interna de retorno o rentabilidad.

TR: Texto refundido.

TR/1986: Texto refundido de las disposiciones legales vigente en materia de régimen local, aprobado por el RDLEG 781/1986, de 18 de abril; estatal.

TRET/1995: Texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores, aprobado por el RDLEG 1/1995, de 24 de marzo; estatal.

TRET/2015: Texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores, aprobado por el RDLEG 2/2015, de 20 de octubre; estatal.

TRLSA/1989: Texto refundido de la Ley de sociedades anónimas, aprobado por el RDLEG 1564/1989, de 22 de diciembre; estatal.

TRLCAP/2000: Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, aprobado por el RDLEG 2/2000, de 16 de junio; estatal.

TRLCat/2003: Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, aprobado por el DLEG 2/2003, de 28 de abril.

TRLSC/2010: Texto refundido de la Ley de sociedades de capital, aprobado por el RDLEG 1/2010, de 2 de julio; estatal.

TRLCSP/2011: Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el RDLEG 3/2011, de 14 de noviembre.

TRLHL/2004: Texto refundido de la Ley de Haciendas Locales, aprobado por el RDLEG 2/2004, de 5 de marzo.

TUE: Tratado de la Unión Europea, versión consolidada 2016 (DOUE 7.6.2016 c 202/1).

V **VEC:** Valor estimado del contrato.

CAPÍTULO 1. LA POLÉMICA EN TORNO A LA FUNCIONALIDAD EN EL ÁMBITO LOCAL DEL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y DE LA CONCESIÓN, EN PARTICULAR, EN EL MARCO DE LOS SISTEMAS LOCALES DE BIENESTAR

1.1. Planteamiento

Trata esta tesis de la contratación de la gestión de los servicios públicos locales, tema cuya trascendencia y actualidad resultan indiscutible a tenor de la incidencia de tres factores:

- De un lado, por el hecho de cumplirse más de dos años y medio de la aprobación de la L 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local (LRSAL), que centra una parte significativa de sus determinaciones en los servicios públicos.
- De otro, de resultas de la polémica sobre el tipo contractual que ha de vincular a la entidad local titular del servicio público con el particular prestatario del mismo: si aplicando alguna de las modalidades del *contrato de gestión de servicios públicos*, esto es, la concesión, la gestión interesada, el concierto o la sociedad de economía mixta (ex art. 277 del Texto refundido de la Ley de contratos del sector público, TRLCSP, aprobado por el RD Legislativo 3/2011, de 14.11), o si, por el contrario, debe acudir al *contrato de servicios* en el supuesto de que el prestador no asuma el *riesgo en la explotación del servicio* (ex art. 10, TRLCSP).
- Finalmente, hay que referirse a la necesidad de la transposición de las tres nuevas Directivas comunitarias (2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, 2014/24/UE, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, y 2014/25, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE, todas ellas de 26.2.2014 y publicadas en el DOUE de 28.3.2014).

Esa transposición debía tener lugar antes de la fecha límite del 18 de abril de 2016, para lo cual por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (MINHAP) se

constituyó ya a principios de marzo de 2014 un grupo de expertos plural.⁴ En la reunión de 17.4.2015, el Consejo de Ministros recibió dos informes del ministro de Hacienda y Administraciones Públicas sobre los Anteproyectos de Ley de Contratos del Sector Público (ALCSP/A/2015) y de Contratos en los sectores específicos del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (ALCSE/A/2015), los cuales fueron sometidos al trámite de información pública (del 25 al 14.5.2015, BOE núm. 98, del 24.4.2015).⁵

A ese trámite de información pública de abril de 2015 siguió un período durante el cual se fueron sucediendo informes de diversos órganos y organismos, tanto de las diversas Administraciones, como de Autoridades independientes y del Poder Judicial. Finalmente, cerrados y fechados el 21.10.2015 los textos de los nuevos Anteproyectos de Ley de Contratos del Sector Público (ALCSP/O/2015) y de Contratos en los sectores específicos del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (ALCSE/O/2015), fueron remitidos al Consejo de Estado para su Dictamen preceptivo por el Pleno, en tanto que «*anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo (...) del derecho comunitario europeo*» (ex LO 3/1980, de 22.4, del Consejo de Estado, art. 21.2).⁶ En los nuevos Anteproyectos se

⁴ Véase la noticia en <http://www.europapress.es/economia/noticia-hacienda-inicia-trabajos-elaborar-nueva-legislacion-contratacion-publica-20140302134747.html>; consulta efectuada el 28.9.2014.

⁵ Sobre la referencia al Consejo de Ministros, véase <http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/documents/2015/refc20150417.pdf> (consulta efectuada el 23.4.2015); para los textos, fechados el 17.4.2015, los enlaces son: del ALCSP, <http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Proyectos/Borrador%20Anteproyecto%20de%20Ley%20de%20Contratos%20del%20Sector%20P%C3%ABlico-%2017%20abril%202015.pdf> y del ALCSE, <http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Proyectos/BORRADOR%20ANTEP%20LEY%20DE%20SECTORES%20DE%2017%20DE%20ABRIL%20DE%202015.pdf>; en ambos casos, consulta efectuada el 25.4.2015.

A esos Anteproyectos les habían precedido sendos otros dos, identificados con la mención *MARZO DE 2015*, que fueron hechos públicos de manera oficiosa junto a sus respectivas *Memorias del análisis de impacto normativo* y diversos anexos, del que destaca el IV: *Tabla de correspondencias*. Dichos textos circularon profusamente por Internet y, entre las direcciones más completas, destaca la de <http://contratodeobras.com/descargas/>, con la mención *BORRADOR DE LOS ANTEPROYECTOS DE LAS NUEVAS LEYES DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO Y SECTORES ESPECIALES*, *descargas 12.3.2015*; consulta efectuada el 30.3.2015.

Volviendo a los textos sometidos a información pública, hay que elogiar que se hayan incorporado sendas tablas de correspondencias que correlacionan los artículos de los ALCSP y ALCSE con los de los respectivos textos vigentes, TRLCSP/2011 y LCSE/2007, y los de las Directivas 23, 24 y 25 2014/UE.

⁶ El *Observatorio de Contratación Pública* (Obcp) dio noticia de esa remisión el 30.10.2015 (véase

incorporaron modificaciones, tanto correctoras de algunas deficiencias del texto de abril anterior, como variaciones de criterio.⁷ En la exposición que sigue se centrará el estudio en los textos sometidos al Consejo de Estado, dejando constancia de las modificaciones significativas introducidas en los mismos respecto de los que los precedieron (ALCSP/A/2015 y ALCSE/A/2015, respectivamente).

En la sesión de 10.3.2016, el Pleno del Consejo de Estado aprobó los Dictámenes núms. 1116/2015 y 1115/2015 sobre, respectivamente, el *Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público* y el *Anteproyecto de Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales*.⁸

La transposición de las Directivas ofrece el marco adecuado para clarificar normativamente las cuestiones planteadas y resolver las polémicas hoy existentes, todo ello en aras a proporcionar a las entidades locales y a los particulares que gestionan sus servicios públicos las certezas necesarias que, en lo que concierne a su contratación y prestación, demanda el principio de seguridad jurídica (ex art. 9.3 de la CE). Incumplida la obligación de transponer las Directivas no más tarde del 18.4.2016, es indudable que la problemática sobre las cuestiones aludidas se ha agudizado. Y así, los operadores jurídicos deben incluir, a partir de dicha fecha, las consecuencias derivadas del efecto directo de las Directivas y cuya observancia es incuestionable. En el plano científico, esta complicación añadida es un factor más sobre la necesidad de su estudio.⁹

<http://www.obcp.es/index.php/mod.noticias/mem.detalle/id.881/recategoria.1062/reلمenu.2/chk.114be27cd9b080c8e2e51ab60cd4234d>).

⁷ A diferencia de los textos de abril de 2015, los de octubre siguiente no fueron publicados. La consulta a los mismos me ha sido posible, no obstante, tras su remisión por la Dirección General de Patrimonio del Estado del MINHAP, mediante sendas resoluciones de 15 de enero y 24 de febrero de 2016 (relativas a los ALCSP/O/2015 y ALCSE/O/2015, respectivamente), como consecuencia de haber ejercido el *derecho de acceso a la información pública* (ex 12 y ss de la L 19/2013, de Transparencia, acceso a la información y buen gobierno / TAIPBG).

⁸ La consulta de los Dictámenes núm. 1116/2015 y 1115/2016 me resultó posible tras su remisión por la Dirección General de Patrimonio del Estado del MINHAP, mediante sendas resoluciones de 19.4 y 9.5.2016, respectivamente, al haber ejercido igualmente el derecho de acceso a la información pública.

⁹ Las dificultades para formar gobierno tras las elecciones del 20.12.2015, ciertamente han postergado el cumplimiento de la obligación de la transposición, bien que vista la sucesión de fechas es evidente que, aunque los resultados electorales hubieran sido otros y no hubieran habido dificultades para la investidura gubernamental, tampoco se habría cumplido en plazo al ser necesaria la tramitación parlamentaria de los correspondientes proyectos de ley de contratos del sector público y de sectores excluidos.

Formulado pues el planteamiento objeto de la tesis, éste requiere de la oportuna contextualización y de ahí la necesidad de recordar que, junto a la importancia de los aspectos relativos a una *selección del contratista* acorde con los principios y garantías de publicidad, igualdad de trato, objetividad y los demás propios del ámbito, debe atenderse a la trascendencia en la *ejecución del contrato*, en su doble vertiente de prestación debida a la Administración y que tiene como finalidad la satisfacción de los derechos de los usuarios de los servicios públicos en el Estado social (ex art. 1.1 de la CE).

Y es por ello que, con carácter previo al estudio de los aspectos contractuales de la gestión indirecta de esos servicios públicos, sea imprescindible una visión, aunque sea sucinta, del subsistema local y del marco de los sistemas locales de bienestar en la España actual, en sus dimensiones jurídico-política y económica.

1.2. El marco jurídico-político de los sistemas locales de bienestar¹⁰

1.2.1. El subsistema local en el marco de un sistema público: fundamentos jurídicos y principios políticos

La utilización del término *subsistema local* sirve para describir un conjunto de instituciones públicas que, en torno a los municipios, se caracterizan por su multiplicidad (provincias, comarcas, mancomunidades, consorcios, etc.) y son susceptibles de ser agrupadas a partir de unos intereses comunes (los llamados *intereses locales*). Una vez identificado, permite insertar este subsistema en el sistema político-administrativo, coexistiendo, por tanto, con los subsistemas autonómico y central (o general, según algunos autores). Sobre este subsistema local hay que precisar que tiene una naturaleza o dimensión doble: administrativa y política; de ahí que, junto con la denominación de administraciones locales (personas jurídico-públicas), haya de emplearse la de gobiernos locales (instituciones políticas legitimadas democráticamente).

¹⁰ Este capítulo supone una síntesis actualizada de mis trabajos sobre este marco jurídico-político (MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, 1998: 315-322; 2013 y 2016).

Este es el modelo de subsistema local que se corresponde con el diseño de la Constitución de 1978, desarrollado por la L 7/1985 (reguladora de las bases del régimen local, LBRL), y que, hasta septiembre de 2011, se estructuró sobre la base de los principios de *autonomía local*, referido a municipios y provincias (137, 140 y 141 CE), *subsidiariedad* (2.1, LBRL y 4.3, Carta europea de autonomía local) y, referidos a cómo tienen que discurrir las relaciones intergubernamentales, los de *coordinación, cooperación y lealtad institucional* (103.1 CE, 10 y 55 LBRL).

Con la reforma constitucional de septiembre de 2011, se introdujo como principio estructural el de *estabilidad presupuestaria*, que para las entidades locales supone presentar equilibrio presupuestario (135 CE). Desarrollada esta reforma mediante la LO 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEPSF), la concreción de estos principios en el ámbito local se produjo con la modificación de la LBRL, mediante la L 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), que comportó también una reducción de la proyección del principio de subsidiariedad (de la *máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos* se pasó a la escueta mención al principio de *proximidad*, art. 2.1 de la LBRL).

1.2.2. La configuración del subsistema local en España: pluralidad, competencias y servicios públicos locales

Con casi 16.500 actores en abril de 2016, y evidenciando una tendencia a la reducción (ver tabla 1), la multiplicidad es una característica del subsistema local español, a la que se le añaden las de diversidad y heterogeneidad, resultado de la concurrencia de tres factores; resumidamente, la obligatoriedad jurídica de municipios y provincias (salvo en las Comunidades Autónomas uniprovinciales); la realidad de un mapa municipal muy fragmentado; y el efecto de la libre disponibilidad y los poderes de decisión de aquellos actores obligatorios, que *crean* o instituyen personificaciones instrumentales locales (por acrónimo, PIL: organismos autónomos, entidades públicas empresariales, mancomunidades, consorcios y sociedades mercantiles íntegra o mayoritariamente públicas).

Tabla 1: Administraciones y demás actores locales en España¹¹

	Municipios	DP	CI	C	AM	ELM	AM	PIL	TOTAL
Julio 2013	8117	41	11	81	3	3727	80	4849	16909
Mayo 2015	8122	41	11	82	3	3711	81	4592	16643
Abril 2016	8125	41	11	82	3	3706	77	4439	16484

DP: diputaciones provinciales; **CI:** cabildos y consells insulares; **C:** comarcas; **AM:** áreas metropolitanas; **ELM:** entidades locales menores; **AM:** agrupaciones de municipios; **PIL:** personificaciones instrumentales locales.

Según la LBRL, «son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias» (85.1). Sin perjuicio del análisis más detallado que se desarrolla después, puede adelantarse que los servicios públicos municipales se configuran sobre la base de una atribución competencial al ayuntamiento (LBRL, 25 y siguientes) y siempre que la actividad que desarrolle tenga contenido prestacional. El resto de los servicios públicos locales se articulan a partir de las funciones y competencias de diputaciones (LBRL, 31 y 36) y, en su caso, de otros entes (así, en el caso de Cataluña, las comarcas), cuya definición material viene dada por las competencias municipales.

No toda la acción pública local se identifica con los servicios públicos, toda vez que aquella incluye otras actividades; básicamente, las de fomento, intervención administrativa, iniciativa pública económica y ejercicio de funciones públicas. Sentada esta precisión, es innegable la importancia que la actividad prestacional tiene en la acción de los gobiernos locales y cómo su aportación ha constituido uno de los pilares básicos del Estado del Bienestar en España.

¹¹ Fuente: <https://serviciostelematicos.minhap.gob.es/BDGEL/asp/default.aspx>; consultas efectuadas: 23.7.2013, 29.5.2015 y 17.4.2016.

1.2.3. *Sistemas locales de bienestar: dimensiones sustantiva y procedimental*

Desde los inicios de los Ayuntamientos democráticos en abril de 1979, los gobiernos locales han venido prestando un número creciente de servicios públicos, en el marco de la LBRL y de las legislaciones autonómicas dictadas en su desarrollo. Pese a las dificultades económico-financieras y a las derivadas de la atomizada estructura de la planta municipal, lo cierto es que el ejercicio de esa actividad y su papel como agentes de bienestar han contribuido notablemente a la consecución de las finalidades del Estado social, caracterización que, junto con las de democrático y de Derecho, definen la forma en que se halla constituida España de acuerdo con la Constitución de 1978 (1.1).

El resultado de esa actividad prestacional conforma lo que se ha venido en llamar *sistemas locales de bienestar*, para cuyo análisis cabe distinguir las *dimensiones sustantiva y procedimental*.¹²

La *dimensión sustantiva* se identifica con los contenidos de las políticas que son implementadas en los sistemas de bienestar, lo que referido específicamente a los servicios públicos tiene su plasmación en un amplio abanico de prestaciones que tienen como destinatarios a la ciudadanía (servicios universales) o a una parte de ella, reconocida concretamente como usuarios de las mismas.

La *dimensión procedimental* se refiere al entramado de actores que participan en las diferentes fases del proceso de prestación de los servicios, lo que permite diferenciar dos grandes ámbitos:

- a) el relativo a la *colaboración público-privada*, calificada, en términos jurídicos, como *gestión indirecta de los servicios públicos*, bajo diferentes fórmulas contractuales (concesión, gestión interesada, concierto o sociedad mixta o, en los últimos años, contrato de servicios);
- b) el que atiende a la *distribución de responsabilidades* entre las diferentes administraciones, ya sea en términos de reparto de competencias (descentralización, si se manifiesta en favor de la más cercana a la ciudadanía), ya se articule en formas de cooperación, a través de personificaciones instrumentales (mancomunidades, consorcios o sociedades mercantiles

¹² NAVARRO Y RODRÍGUEZ (2009).

íntegramente públicas) o mediante la formalización de convenios interadministrativos.

La *dimensión sustantiva* de los sistemas de bienestar la constituye un conjunto de prestaciones que responden a una finalidad común, que cabe definir «como el esfuerzo público destinado a garantizar el bienestar y la calidad de vida de la ciudadanía sin que esta deba recurrir a otros agentes provisos de servicios, especialmente, el mercado, pero también la familia».¹³

Los contenidos prestacionales de esos sistemas de bienestar se han ido conformando a lo largo del tiempo en las siguientes áreas de actuación:¹⁴

- educación, seguridad social, sanidad, vivienda y empleo;
- actividades socio-culturales para la infancia, jóvenes y mayores, integración entre vida doméstica y laboral y atención a población dependiente, reconocimiento de nuevas formas de convivencia o convivencia inter-cultural como producto de la inmigración;
- intervención sobre la familia, en lo que se ha venido en llamar el *reto o dilema de la des-familización*, que se traduce en la reducción de cargas de cuidado que tradicionalmente realiza la mujer en el hogar y en el conjunto de medidas sustantivas incluidas en la conocida como Ley de la Dependencia (L 39/2006).

El papel que corresponde a los gobiernos locales en la prestación de una parte de esos servicios es ciertamente relevante y de ahí que quepa hablar con propiedad de unos auténticos sistemas locales de bienestar en España. Y lo cierto es que la dimensión sustantiva de dichos sistemas ha estado amparada normativamente en la LBRL y en la legislación autonómica dictada en su desarrollo, lo que ha legitimado las políticas implementadas por los gobiernos municipales en los ámbitos antes descritos.

¹³ NAVARRO Y RODRÍGUEZ (2009:13).

¹⁴ Sobre la dimensión sustantiva de los sistemas locales de bienestar véase: ALEMÁN (2009), NAVARRO Y RODRÍGUEZ (2009) y NAVARRO YÁNEZ (2014), así como el *Catálogo de Referencia de Servicios Sociales* aprobado el 16.1.2013 por el *Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención de la Dependencia* (Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad: 2014).

Sobre la *dimensión procedimental* de los sistemas locales de bienestar hay que precisar que, hasta la LRSAL, el sistema de distribución de competencias diseñado por la LBRL (25 a 28 y 36) se había apoyado en dos principios básicos:

- a) La *preeminencia del municipio* como matriz del subsistema local, cuyo máximo exponente venía dado por el reconocimiento y garantía constitucional de la autonomía municipal (CE, 137 y 140).
- b) Una definición funcional de la *provincia* cuya directriz básica se centraba en la *cooperación y asistencia a los municipios*, y con carácter preferente en asegurar la adecuada prestación de los servicios públicos municipales y en garantizar los principios de solidaridad y equilibrio intermunicipales, que encontraba su reconocimiento constitucional siempre en razón de su proyección al conjunto de municipios de su demarcación.

A partir de esos dos principios básicos se vinieron implementando diferentes políticas públicas de asistencia y concertación local, con reparto de responsabilidades entre las Comunidades Autónomas y los gobiernos locales, y articulación de una multiplicidad de instrumentos (planes de obras y servicios, programas de actuación y otros) y fórmulas asociativas (convenios, consorcios y otras acciones concertadas). Ciertamente, el marco de distribución de competencias en los ámbitos sociales, sanitarios, educativos y el resto de los que integran esos sistemas de bienestar tenía un elevado grado de complejidad y podía generar algunas duplicidades e ineficiencias. Con todo, su articulación en red y como *sistema* partía de la base de la cooperación intergubernamental y la *imprescindibilidad* de los diversos actores que intervenían. Y en cuanto al resultado alcanzado son innegables los logros obtenidos en los niveles de bienestar en España, aunque comparativamente fueran inferiores a los de la media europea.¹⁵

¹⁵ ESPUELAS afirma que «a principios de los años ochenta, el gasto social español alcanzó el 85% de la media Europea, pero a partir de entonces la brecha con Europa se ha mantenido prácticamente constante, con ligeras fluctuaciones» (2013: 11). En el gasto social dicho autor incluye las partidas relativas a cubrir las necesidades de vejez, supervivencia, incapacidad e invalidez, protección social, sanidad, familia, desempleo y políticas activas de empleo (2013: 37). En cuanto al gasto educativo, habla de «un proceso de convergencia, que se detuvo a principios de los noventa en niveles ligeramente inferiores a los de la media de países europeos» (2013: 66).

1.3. La crisis económica y los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.¹⁶

1.3.1. El contexto de la crisis económica y la modificación constitucional: la consagración del principio de estabilidad presupuestaria

Tras décadas de crecimiento económico continuado generalizado y mejora de las condiciones de vida, el Estado del Bienestar occidental sufre un *shock* en 1973. A partir de ese momento, de manera recurrente se hablará ya de la crisis del Estado social o del Bienestar y no sólo dejará de ser realidad el crecimiento de servicios públicos, sino que el debate se centrará en los recortes de prestaciones e incluso en su supresión, como manifestaciones más palpables de los procesos de *retrenchment* o de recorte de gastos. En las décadas siguientes se sucederán los ciclos de recesión y recuperación económica, con la aparición en sus formulaciones más acabadas de los fenómenos de globalización, deslocalización y *dumping* social.

La intensidad de la crisis iniciada en 2007-2008 y su duración han condicionado severamente el margen de actuación de los Estados. Sin que sea este el foro para analizar sus múltiples causas (crisis crediticia, hipotecaria y de confianza en los mercados, elevación de precios de las materias primas y crisis energética, como las generalizadamente admitidas), sí hay que dejar constancia de sus efectos jurídico-políticos en la configuración del Estado social.¹⁷

Las consecuencias de la crisis y los compromisos derivados de la pertenencia de España a la Unión Europea tienen como máxima manifestación normativa, y efecto más visible en la configuración del Estado social construido en España, la reforma, en

¹⁶ Se actualizan los datos y se amplían las consideraciones formuladas en MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS (2013 y 2016).

¹⁷ La evolución del Estado social y las dimensiones del debate sobre el papel del Estado y la actividad de servicio público las he analizado en MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS (2007: 41-53); sobre el impacto de la crisis en el Estado social véase LORENTE y CAPELLA (2009), MIGUEZ *et. al.* (2012), BAYLOS GRAU (2013), PONCE SOLÉ (2013) y ESTEVE PARDO (2014). Sobre la periodificación del *Estado del Bienestar* se ha señalado que «cabe establecer, en retrospectiva, que a los *treinte glorieuses*, o período de la Edad de Oro del capitalismo del bienestar europeo (1945-1975), le sucedió una Edad de Plata (1976-2007) que mantuvo una encomiable resiliencia ante los persistentes ajustes para contener los gastos sociales y evitar retrocesos de las políticas del bienestar. Tras el *crack* económico de 2007, la cuestión a ponderar es si la presente Edad de Bronce del *welfare* (2008-¿?) podrá mantener los rasgos constitutivos de bienestar social consolidados en la segunda mitad del siglo XX (...) (,o si) es tan solo un preludio de la vuelta a la prehistoria del bienestar social» (MORENO FERNÁNDEZ, 2016: 106 y 109).

septiembre de 2011, del art. 135 de la Constitución, hasta entonces referido únicamente a la necesidad de autorización legal para que el Gobierno pudiera emitir deuda pública o contraer crédito. El nuevo redactado del art. 135 dispone, en síntesis, lo siguiente: todas las Administraciones públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria, el Estado y las Comunidades Autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos por la Unión Europea, las entidades locales deberán presentar equilibrio presupuestario y la devolución de la deuda pública gozará de prioridad absoluta.

1.3.2. El desarrollo normativo, las medidas para conseguir la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera, y el comportamiento de las entidades locales

Tras la modificación constitucional, se acometió la reforma de la legislación sobre estabilidad presupuestaria que culminó con la aprobación de la ya mencionada Ley Orgánica 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEPSF). A estos efectos interesa resaltar cómo esta ley, siguiendo la diferenciación marcada ya en el art. 135 de la CE, disciplina de manera especialmente intensa a las entidades locales, tal como resulta de las consideraciones y los indicadores siguientes:¹⁸

- El objetivo de déficit para los entes locales es del 0%, puesto que se les exige equilibrio presupuestario, límite que no rige para el Estado y las Comunidades Autónomas para los que se admite un déficit estructural en determinadas circunstancias (art. 11 y DT 1ª).
- El objetivo del volumen de deuda pública que puede alcanzar el conjunto de las Administraciones Públicas es del 60% del PIB y se distribuye así: 44% para la Administración Central, 13% para el conjunto de las Comunidades Autónomas y 3% para el conjunto de las Corporaciones Locales (13.1 de la LOEPSF).

Se trata de objetivos a cumplir en 2020 (LOEPSF, DT 1ª), pero para lo cual se han ido estableciendo medidas rigurosas. Por ello importa analizar tanto la diferente exigencia

¹⁸ En relación con el principio de estabilidad presupuestaria se ha resaltado su configuración como “límite constitucional, cuya contravención podrá acarrear inconstitucionalidad y nulidad” (Consejo de Estado, Dictamen núm. 164/2012, de 1.3, IV, D), *nuevo canon de constitucionalidad y mandato constitucional que vincula a todos los poderes públicos* (Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 157/2011, de 18.10, FJ 3).

para cada uno de los niveles territoriales, como su comportamiento en el cumplimiento de tales medidas. Así, empezando por el segundo indicador, el límite que se fija para el sector público local en el *volumen de deuda pública* es muy reducido (el 3%). Si desde el punto de vista de las exigencias se refleja la distribución señalada, en el plano efectivo, los volúmenes reales de deuda pública muestran un marcado desajuste en las cifras de la Administración Central y en las autonómicas y menor en las locales, que además son las que señalan la tendencia más positiva a la reducción de la deuda (ver tabla 2):

Tabla 2: Porcentajes exigido y real de deuda pública neta sobre el PIB (meses de diciembre 2013 – 2014 – 2015)¹⁹

Porcentaje del PIB	Total		Ad. Central (incluye Seg. Social)		Ad. auton.		Ad. locales	
		D		D		D		D
Exigido LOEPSF	60 %	-	44 %	-	13 %	-	3 %	-
Real								
Diciembre 2013	93,7%	56,1%	69,3%	57,5%	20,3%	56,2%	4,1 %	36,7%
Diciembre 2014	99,3%	65,5%	72,8%**	65,4%	22,7%	74,6%	3,7%	23,3%
Diciembre 2015	99,2%	65,3%	71,7%***	62,9%	24,2%	86,1%	3,3%	11%

D: Desviación al alza respecto del porcentaje exigido.

* Ad. Central: 72,6 % y Seguridad Social -3,3 % = 69,3 %.

** Ad. Central: 75,1 % y Seguridad Social – 2,3 % = 72,8 %.

*** Ad. Central: 73,1 % y Seguridad Social – 1,4 % = 71,7 %.

¹⁹ Fuente: Banco de España. Administraciones Públicas. 11.7 Deuda según el Protocolo de Déficit Excesivo (PDE) y activos financieros. Porcentajes del PIB en deuda neta;

<http://www.bde.es/webbde/es/estadis/infoest/a1107.pdf>; consulta el 17.4.2016.

Para los datos en MEUR, véase: Banco de España. Administraciones Públicas. 11.6 Deuda según el PDE y activos financieros. Importes;

www.bde.es/webbde/es/estadis/infoest/a1106.pdf

Una vez contextualizados los datos sobre la deuda pública, el otro indicador de los aspectos económico-financieros relevantes es el relativo al *déficit público*. Pues bien, resulta que el comportamiento de las entidades locales durante los últimos años ha sido mucho más disciplinado que el del resto de Administraciones públicas (ver tabla 3).

Tabla 3: Déficit previsto de las Administraciones públicas 2011-2014 (en % del PIB)²⁰

	2011	2012	2013	2014	Objetivo 2014
Administración Central	-5,13	-4,21	-4,22	-3,50	-3,50
Comunidades Autónomas	-3,31	-1,86	-1,52	-1,66	-1
Corporaciones Locales	-0,45	0,22	0,52	0,53	0,0
Seguridad Social	-0,07	-0,99	-1,11	-1,06	-1
TOTAL ADMINISTRACIONES PÚBLICAS	-8,96	-6,84	-6,33	-5,69	-5,5

En relación con el ejercicio de 2015, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (MINHAP) ofreció los datos del déficit siguientes (en % del PIB y sin computar las ayudas financieras):²¹

²⁰ Fuente: Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, “Actualización del Programa de estabilidad, 2013-2016” (2013: 18), ejercicio 2011, http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/comun/pdf/programa_estabilidad_2013_2016.pdf; “Actualización del Programa de estabilidad, 2014-2017” (2014: 26), ejercicio 2012, <http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/GabineteMinistro/ACTUALIZACION.pdf>; “Actualización del Programa de estabilidad, 2015-2018” (2015: 21), ejercicios 2013 y 2014, http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/GabineteMinistro/Varios/PE%202015-18%2030_04_2015.pdf

²¹ Las referencias del MINHAP son las siguientes:

a) Nota de prensa MINHAP (7.4.2016):

http://www.minhap.gob.es/ca-ES/Prensa/En%20Portada/2016/Paginas/20160407_COMISION_HACIENDA.aspx; <http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/GabineteMinistro/Notas%20Prensa/2016/MINISTRO/07-04-16%20NP%20Comparecencia%20Ministro%20D%C3%A9ficit%202015.pdf>; consulta: 19.4.2016

b) Déficit público actualizado (a 7.4.2016)

http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/GabineteMinistro/Notas%20Prensa/2016/ES_TADISTICAS/07-04-16%20Presentacion%20actualizada%20AAPP2015.pdf; consulta: 19.4.2016

Administración Central	-2,53
Comunidades Autónomas	-1,66
Corporaciones Locales	0,44
Seguridad Social	-1,26
TOTAL ADMINISTRACIONES PÚBLICAS	-5,01

Recapitulando sobre los datos expuestos deben formularse las siguientes consideraciones:

1ª La elección de las fechas de referencia no es irrelevante. Así, los datos de diciembre de 2013 son indicativos de la situación económico-financiera en el momento en que concluye la tramitación parlamentaria del proyecto de ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (PRORSAL), que había sido aprobado por el Consejo de Ministros en la reunión de 26 de julio de 2013.²² Las otras fechas, 31 de diciembre de 2014 y de 2015, se toman transcurridos ya, respectivamente, uno y dos años de vigencia de la LRSAL.

2ª Los datos de la deuda pública en diciembre de 2013 muestran el reducido peso que tiene el subsistema local (sólo el 4,1%), aunque, en todo caso, con una desviación inferior (36,7%) a la de la Administración Central (57,5%) y las CCAA (56,2%). Los datos a diciembre de 2014 y 2015 evidencian que la deuda pública se había ido reduciendo (al 3,7% y al 3,3%, respectivamente) y que había ido mejorando igualmente su desviación (del 23,3% al 11%, respectivamente), frente a los de la Administración Central (del 65,4% y el 62,9%, respectivamente) y las CCAA (del 74,6% y 86,1%, respectivamente), en ese bienio 2014-2015.

La única apreciación a añadir es la relativa a la relevancia que, en el conjunto de Ayuntamientos, tenía el de Madrid, en relación con la deuda pública: en marzo de 2013, concentraba el 21,03 % del conjunto de municipios (7455 MEUR), que había

²² El proceso de elaboración del PRORSAL fue bastante *tortuoso*, con un elevado número de anteproyectos (11) y objeto de críticas tanto por sus planteamientos maximalistas como por sus deficiencias técnicas; sobre dicho proceso véase MARTÍNEZ-ALONSO (2013).

rebajado, en diciembre de 2014, al 18,66% (5936 MEUR) y en diciembre de 2015, al 16,39% (4767 MEUR).²³

3ª Los datos del déficit reflejan que, desde 2012, el conjunto de las entidades locales obtuvieron no ya el equilibrio presupuestario exigido, sino superávits que se han ido manteniendo (en % sobre el PIB: 2012/0,22; 2013/0,52, 2014/0,53 y 2015/0,44), a diferencia de los déficits de la Administración Central, sin incluir la Seguridad Social (2012/-4,21; 2013/-4,22, 2014/-3,50 y 2015/-2,53) y las CCAA (2012/-1,86; 2013/-1,52, 2014/-1,66 y 2015/-1,66).

4ª Considerados los datos expuestos, no se acaba de entender la *obsesión* por acometer este tipo de reforma del gobierno local cuando su incidencia en el conjunto de factores económico-financieros era, de un lado, tan reducida y, de otro, ese conjunto de actores, en su gran mayoría, mostraban un comportamiento ajustado a los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

1.4. Los sistemas locales de bienestar y la Ley de racionalización y sostenibilidad de la administración local²⁴

1.4.1. La aprobación de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la administración local y su configuración (LRSAL)

Iniciada la tramitación parlamentaria a principios de septiembre de 2013, el proceso de aprobación por las Cortes Generales se desarrolló con gran celeridad y finalizó con la promulgación de la LRSAL, cuya entrada en vigor se produjo el 31 de diciembre de 2013. Respecto del proyecto, debe señalarse que la ley mantuvo los *mismos objetivos*, cuyo detalle es el siguiente (Preámbulo de la LRSAL, 3r pfo.):

²³ Fuente: Banco de España: Corporaciones locales 14.6 Deuda según el PDE. Resumen general; <http://www.bde.es/webbde/es/estadis/infoest/a1406b.pdf>; consultas 5.8.2013, 21.5.2015 y 17.4.2016.

Para la distribución de la deuda en el subsistema local con ocasión de la tramitación del PRORSAL puede consultarse mi trabajo (MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, 2013: tablas 4 y 5).

²⁴ Se enmarca este epígrafe en la consideración jurídico-política de los *sistemas locales de bienestar* y la incidencia en los mismos de la LRSAL, actualizando anteriores trabajos (MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, 2013 y 2016). Constituye el antecedente para abordar luego el análisis jurídico detallado de la gestión indirecta de los servicios públicos locales.

- a) Clarificar las competencias municipales para evitar duplicidades con las de otras Administraciones, previsión que al ser la que más incide en la configuración de los sistemas locales de bienestar, será objeto de análisis específico en el apartado siguiente.
- b) Racionalizar la estructura organizativa de la Administración local de acuerdo con los principios de eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera.
- c) Garantizar un control financiero y presupuestario más riguroso.
- d) Favorecer la iniciativa económica privada evitando intervenciones administrativas desproporcionadas.

Confirmados pues sus objetivos, lo que sí se produjo fue una cierta *suavización* de los planteamientos maximalistas iniciales de la reforma local, tanto en los términos de sus exigencias, como en los plazos para aplicarlas, que se alargaron, y todo ello referido principalmente a las medidas relativas a la *clarificación de competencias* y a la *racionalización de la estructura organizativa*.

1.4.2. *La incidencia de la LRSAL en los sistemas locales de bienestar*

1.4.2.1. El desapoderamiento competencial a los municipios en los ámbitos de servicios sociales, sanidad y educación.

La principal de las medidas propuestas en la LRSAL que afecta a los sistemas locales de bienestar consiste en el desapoderamiento competencial a los municipios en los ámbitos de sanidad, servicios sociales y educación. Sobre estos ámbitos, y sin perjuicio del análisis jurídico más pormenorizado que se efectúa más adelante (epígrafe 1.5.3.), deben avanzarse las siguientes consideraciones:

1º Contrastando las determinaciones anteriores de la legislación básica estatal sobre competencias propias de los municipios en estos ámbitos (LBRL) con las introducidas por la LRSAL resulta que:

- desapareció la referencia a la *participación en la gestión de la atención primaria de la salud* (anterior 25.2, letra i de la LBRL);
- la competencia relativa a la *prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social* (anterior 25.2, letra k) se modificó reduciéndola a la *evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata en*

situaciones o riesgo de exclusión social (redactado actual del 25.2, letra e de la LBRL), y la misma modificación se operó respecto del actual servicio obligatorio para los municipios de población superior a 20.000 h (26.1.c, LBRL);

- la garantía para los municipios de *participar en la programación de la enseñanza, e intervenir en sus órganos de gestión y en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria* (anterior 25.2, letra n, LBRL), quedó circunscrita a esta última actuación de vigilancia, con pérdida, pues, de las otras, y con el añadido de la *obligación de cooperar en la obtención de solares para nuevos centros docentes y el mantenimiento de los edificios a ellos destinados* (redactado actual del 25.2, letra n, LBRL).

2º Formalmente, se dispuso la transferencia a favor de las Comunidades Autónomas de las competencias municipales sobre educación, salud, servicios sociales e inspección sanitaria (DA 15, DT 1ª, 2ª y 3ª, respectivamente, LRSAL). Debe precisarse, sin embargo, que la tramitación parlamentaria introdujo diversos condicionamientos a estos procesos de *asunción de competencias por las Comunidades Autónomas* que preveía la LRSAL, con la consecuencia práctica de tornarlos más complejos y diferidos en el tiempo.²⁵

3º Como comentario general debe decirse que el desapoderamiento competencial a los municipios en los ámbitos de servicios sociales, sanidad y educación y su transferencia a las Comunidades Autónomas (CA) mediante la LRSAL planteaba serios problemas de constitucionalidad: de un lado, atendida la vinculación directa entre las competencias propias y los principios de autonomía local y municipal, reconocidos y garantizado además el segundo por la Constitución (137 y 140, respectivamente);²⁶ de otro, en la medida en que se estaba *disponiendo* de las competencias autonómicas a través de una ley ordinaria del Estado, lo que no se consideraba acorde con el sistema constitucional de distribución de competencias.²⁷ El

²⁵ Así, en los tres primeros supuestos (DA 15, DT 1ª y DT 2ª) se subordinaba a las futuras «*normas reguladoras del sistema de financiación autonómica y de las Haciendas locales*»; a su vez, en el caso de la transferencia de competencias en salud, se preveía que el proceso se completaría en un máximo de cinco años, a razón de un 20% anual; en el de servicios sociales, el término se fijaba el 31.12.2015; en educación, no se establecían fechas sino que se remitían a los términos que fijasen las normas sobre financiación antes mencionadas.

²⁶ Sobre la inconstitucionalidad del desapoderamiento y los traslados de competencias, véase FERNANDEZ-ESPINAR (2014: 206-217), VELASCO (2013: 37-53) y ZAFRA (2013 y 2014: 55-77), así como las SSTC núm. 32/1981 (FJ 3 y 4), 11/1999 (FJ 2) y 95/2014 (FJ 5).

²⁷ Véase TOSCANO (2014: 97), VELASCO (2014a: 53 y 54) y ZAFRA (2014: 77-87).

Tribunal Constitucional en su Sentencia 41/2016, de 3 de marzo, ha declarado la inconstitucionalidad de la *transferencia a favor de las CA* de las competencias municipales sobre educación, salud, servicios sociales e inspección sanitaria, y de la *disposición de las competencias autonómicas* (FJ 13), en los términos que se analizarán detenidamente más adelante.

4º Por otra parte, y situándonos en el plano de la realidad, ¿se representaba viable la asunción por las CA de esos servicios que habían venido siendo prestados por las entidades locales? Y todo ello una vez evidenciada ya la crítica situación económico-financiera de aquéllas, entre cuyas manifestaciones más visibles se cuentan los recortes, precisamente, en los ámbitos asistencial, sanitario y educativo.

5º En cualquier caso, consumado el desapoderamiento, la LRSAL habilitó la posibilidad de que los municipios pudieran *recuperar* parte de esas competencias, si bien por la vía de la *delegación*, con la correspondiente dotación presupuestaria y con sujeción a una larga lista de prescripciones normativas (nuevo redactado 27 letras c) a d) y DT1ª.4 y DT2ª.4 de la LBRL); en una posición, por tanto, de subordinación y sometida a controles.

1.4.2.2. Otras medidas restrictivas y sus efectos en la dimensión sustantiva de los sistemas locales de bienestar

a) Supresión de la legitimación de los municipios para realizar actividades complementarias.

En su redacción anterior, la LBRL preveía que *“los municipios pueden realizar actividades complementarias de las propias de otras Administraciones públicas y, en particular, las relativas a la educación, la cultura, la promoción de la mujer, la vivienda, la sanidad y la protección del medio ambiente”* (art. 28). La formulación genérica de este precepto había permitido diseñar políticas locales complementarias de las de la Comunidad Autónoma, pero con un margen amplio de actuación. Y el reconocimiento legal de esta legitimación se había visto reforzado, además, por la interpretación del Tribunal Constitucional (STC 214/1989, de 21.12).²⁸

²⁸ Dijo el Tribunal: *“este art. 28 se configura como una cláusula competencial genérica que, más allá de las competencias que por imperativo de los arts. 2.1º y 25 de la Ley, el legislador sectorial debe reconocer a las entidades municipales, habilita a los municipios para que puedan*

Pese a su indiscutible funcionalidad, la LRSAL dispuso la supresión del art. 28 de la LBRL, lo que se correspondía con el esquema básico del proyecto gubernamental: reducción de las competencias propias de los municipios y eventualidad restringida del ejercicio de competencias por delegación. Fuera de ese esquema cabe una posibilidad, pero sujeta a múltiples condicionamientos. Se trata de las que los anteproyectos denominaban *competencias impropias* y que la LRSAL definió de manera negativa y sujeta a los requisitos siguientes (nuevo redactado del 7.4, LBRL):

*“Las entidades locales sólo podrán ejercer **competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación** cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, de acuerdo con los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública. A estos efectos, serán necesarios y vinculantes los informes previos de la Administración competente por razón de materia, en el que se señale la inexistencia de duplicidades, y de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera sobre la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias.”*

b) El condicionamiento de la cláusula de apoderamiento competencial general.

En su redacción anterior, el art. 25 de la LBRL establecía que *“el Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover **toda clase de** actividades y prestar **cuantos** servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal”*.

Con la LRSAL, en el referido precepto se prevé que *“el Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover actividades y prestar los servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal **en los términos previstos en este artículo**”*. Es evidente que este inciso añadido priva de cualquier virtualidad autónoma a la declaración de la primera parte del precepto, lo que, unido a la supresión de los términos cuantitativos que se incluían antes de la modificación, constituyen sendos

desarrollar actividades complementarias de las propias de otras Administraciones” (STC 214/1989, FJº 12).

condicionamientos de la cláusula de apoderamiento competencial, que queda así desvalorizada.

- c) La sujeción a los principios de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera y eficiencia económica.

La sujeción a estos principios es una constante en la LRSAL, y entre sus determinaciones, cabe citar los nuevos redactados de la LBRL relativos a la distribución competencial y la autonomía local (2.1), competencias locales distintas de las propias y delegadas (7.4), coordinación de las entidades locales (10.3), competencias propias (25.3 y .4), competencias delegadas (27.1), convenios y consorcios (57.2), formas de gestión directa de los servicios públicos locales (85.2), ejercicio de la iniciativa económica (86) y contenido y seguimiento del plan económico-financiero (116.bis.1).²⁹

1.4.2.3. El debilitamiento de la posición institucional y de la autonomía de los gobiernos locales.

El conjunto de todas esas medidas dispuestas por la LRSAL afecta de lleno a la posición institucional de los gobiernos locales y, en este ámbito específico, tanto a la dimensión sustantiva como a la procedimental de los sistemas locales de bienestar. El debilitamiento en suma de los gobiernos locales queda evidenciado en las siguientes manifestaciones:

- a) La pérdida de la preeminencia del municipio, que sufre un desapoderamiento competencial severo, con una acotación de los posibles sectores y ámbitos de actuación, así como una desvalorización de su autonomía, resultante de la pérdida de garantías y de su sujeción a la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.
- b) Una mutación en la definición funcional de las diputaciones que, sin perder sus competencias de cooperación y asistencia a los municipios (36.1.b de la LBRL en

²⁹ Este último precepto dispone, para “*las corporaciones locales incumplidoras del objetivo de estabilidad presupuestaria, del objetivo de deuda pública o de la regla de gasto*”, la inclusión en el referido Plan de severas medidas (supresión de competencias impropias, racionalización organizativa y propuesta de fusión con municipio colindante, entre otras).

la redacción dada por la LRSAL), reciben el mandato legal de *coordinar la prestación de los principales servicios obligatorios de los municipios de población inferior a 20.000 habitantes*, con la conformidad de los municipios afectados, mal que, en su formulación legal, estaba incurso en un confuso proceso sobre las formas de gestión de los mismos, a desarrollar por sí o de forma compartida con los ayuntamientos, con el informe preceptivo de la Comunidad Autónoma y la decisión del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (redacción del 26.2 de la LBRL dada por la LRSAL).³⁰

El proceso resultaría aclarado una vez eliminada la actuación del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (MINHAP) en virtud de la STC núm. 116/2016, de 9.6, que no apreció vulneración de la autonomía municipal (FJ. 12).³¹

³⁰ Aparte de lo enrevesado del proceso, hasta el propio Consejo de Estado apreció fundamentos jurídicos suficientes para plantear la inconstitucionalidad de este precepto a fin de determinar el alcance de la expresión «conformidad de los municipios afectados» (Dictamen núm. 338/2014, de 22.5, V.B).

³¹ La STC núm 116/2016, de 9.6, fue dictada a raíz del recurso interpuesto por la Junta Andalucía. La síntesis del pronunciamiento es la siguiente: la Junta denuncia que la regulación prevista vulnera la autonomía municipal y que la intervención del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas invade competencias de las Comunidades Autónomas. El Tribunal Constitucional rechaza la primera de las alegaciones porque la norma ofrece al ayuntamiento la posibilidad de oponerse, por lo que la aplicación de las técnicas de coordinación dependerá en cualquier caso de “la voluntad municipal”. Sin embargo, sí aprecia la existencia de vulneración de las competencias autonómicas porque el Estado, en virtud de la competencia que le confiere el art. 149.1.18 CE, puede establecer “las bases”, pero no tiene competencia ejecutiva, por lo que anula la actuación ministerial. Concretamente, la STC se pronuncia en los siguientes términos (FJ 12, d):

«Hemos de responder solo la cuestión de si la regulación controvertida desconoce la garantía constitucional de la autonomía municipal (arts. 137 y 141 CE) y las competencias estatutarias de la Junta de Andalucía, que son las únicas vulneraciones estrictamente jurídico-constitucionales razonadas en el recurso. Según la demandante, el precepto vaciaría el núcleo esencial de la autonomía local a la vista del arraigo y relevancia de los servicios coordinados y de que los municipios con menos de 20.000 habitantes representan el 96,19 por 100 de las entidades locales españolas. Se afirma, también, que el criterio económico no parece que pueda ser el único determinante en decisiones de esta envergadura. Además, el Estado estaría atribuyéndose una competencia ejecutiva que desborda las bases del régimen local con vulneración consecuente de las competencias estatutarias de las Comunidades Autónomas. Tampoco el art. 26.2 LBRL determina precisamente las circunstancias habilitantes de una u otra técnica de “coordinación” (voluntaria). Sin embargo, ello no pone en riesgo la autonomía local constitucionalmente garantizada (arts. 137 y 140 CE) habida cuenta de que el precepto asigna al municipio la posibilidad de oponerse a cualquiera de esas técnicas y, por tanto, también a las que pudieran limitar más fuertemente su autonomía. Conforme al art. 26.2 LBRL, la puesta en marcha de las fórmulas de gestión que planifica la provincia depende, precisamente, de la autonomía municipal. El criterio determinante no es el económico, tampoco la decisión de otras Administraciones públicas; es la voluntad municipal misma. El municipio puede dar o no su conformidad a un plan que condicionará el modo en que ha de gestionar sus servicios. Hay una posible pérdida de autonomía, pues el municipio puede quedar sujeto a la técnica de “coordinación” correspondiente y, en ese caso, solo podría revertir la situación justificando el menor coste efectivo de la gestión incondicionada. Sin embargo, esa pérdida es consentida y, en cuanto tal, no lesiva de la garantía consagrada en los arts. 137 y 141 CE. La

En mi opinión, y contrariamente a lo que sostiene la propia LRSAL (Preámbulo, pfo. 12), las diputaciones no salen reforzadas. Este juicio no puede nacer sino del desconocimiento de cómo se articula el subsistema local y de concebirlo como un *juego que suma cero*, esto es, en términos estrictos de poder, de suerte que la parcela que uno de los actores gana es siempre a costa de lo que pierde otro. El subsistema

pérdida de autonomía municipal se producirá solo eventualmente y únicamente si la acepta el ayuntamiento o, lo que es lo mismo, “con la conformidad de los municipios afectados”.

A este respecto, hay que hacer notar que la competencia provincial regulada en el art. 26.2 LBRL se corresponde con la sucintamente enunciada en el art. 36.1 h) LBRL, cuyo tenor tampoco arroja dudas sobre el carácter voluntario o consentido de estas fórmulas (llamadas) de coordinación: “Cuando la Diputación detecte que estos costes son superiores a los de los servicios coordinados o prestados por ella, ofrecerá a los municipios su colaboración para una gestión coordinada más eficiente de los servicios que permita reducir estos costes”. Por lo demás, conectan directamente con estas fórmulas voluntarias los estímulos financieros previstos en la disposición adicional decimoquinta, sobre “gestión integrada o coordinada de servicios”, del del Real Decreto Legislativo 2/2004, en la redacción dada por el art. 2.5 de la Ley 27/2013.

No puede excluirse en abstracto que los planes provinciales que sean aprobados al amparo de la norma legal de referencia, eventualmente, puedan diseñar mecanismos disuasorios de tal intensidad que solo formalmente preserven los márgenes de autonomía municipal que asegura el art. 26.2 LBRL. Pero, en tal caso, el problema que tal circunstancia pudiera plantear para la autonomía municipal constitucionalmente garantizada (arts. 137 y 140 CE) afectaría estrictamente, no al impugnado art. 26.2 LBRL, sino a los planes que hubieran desvirtuado materialmente la exigencia de “conformidad” que este impone. Por consiguiente, desde la perspectiva de la autonomía local, el precepto analizado no es inconstitucional.

Corresponde ahora determinar si la regulación enjuiciada vulnera las competencias que tienen estatutariamente atribuidas las Comunidades Autónomas. Respecto del régimen local, el art. 149.1.18 CE autoriza al Estado a adoptar normas, pero sin agotar la disciplina. La competencia alcanza solo a la regulación, y ni siquiera toda ella; está limitada a las bases y no a la función ejecutiva [por todas, SSTC 214/1989, FJ 1; y 41/2016, FFJJ 3 a), 5, 6 c) y 7 c)]. Consecuentemente, el art. 26.2, párrafo segundo LBRL, al atribuir la indicada función al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, no puede ampararse en este título competencial.

Respecto de los concretos servicios sometidos al plan de aprobación ministerial, el Estado carece también de las competencias sectoriales que pudieran dar cobertura a la tarea ejecutiva que ha querido atribuirse en el párrafo segundo del art. 26.2 LBRL. Son las Comunidades Autónomas quienes tienen conferidas las competencias ejecutivas en las materias a las que se refiere la mayor parte de los servicios enumerados en el art. 26.2 LBRL: “gestión en materia de protección del medio ambiente” (art. 148.1.9 CE), “sanidad e higiene” (art. 148.1.21 CE), proyección, construcción y explotación de los “aprovechamientos hidráulicos” y “aguas minerales y termales” (art. 148.1.10 CE), “ordenación del territorio, urbanismo y vivienda” (art. 148.1.3 CE), “ferrocarriles y carreteras cuyo itinerario se desarrolle íntegramente por el territorio de la Comunidad Autónoma” (art. 148.1.5 CE) y “obras públicas de interés de la Comunidad Autónoma en su propio territorio” (art. 148.1.4 CE). El art. 149.1.23 CE reconoce al Estado competencia en materia de medio ambiente, pero esta alcanza solo a las bases, sin que, por tanto, éstas pueda dar cobertura a tareas de ejecución como la ahora enjuiciada (por todas, STC 33/2005, de 17 de febrero, FFJJ 8 y 9). Otro tanto cabe afirmar respecto de los títulos coordinación general y bases de la sanidad interior (art. 149.1.16 CE) (SSTC 32/1983, de 28 de abril, FJ 2; 42/1983; de 20 de mayo FJ 3).

En consecuencia, debemos declarar la inconstitucionalidad y nulidad de los siguientes incisos del art. 26.2 LBRL, en la redacción dada por el art. 1.9 de la Ley 27/2013: “al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas” y “para reducir los costes efectivos de los servicios el mencionado Ministerio decidirá sobre la propuesta formulada que deberá contar con el informe preceptivo de la Comunidad Autónoma si es la Administración que ejerce la tutela financiera.”»

local ha sido hasta ahora un fértil campo en el que se desarrollan, esencialmente, relaciones de cooperación y concertación entre los diferentes actores, con un papel muy destacado de las diputaciones en el ejercicio de estas funciones, y siempre en torno al municipio, que constituye la matriz del subsistema. El producto de esas relaciones cooperativas siempre ha resultado mayor que el efecto de la simple suma de las partes, porque, efectivamente, se ha configurado como un *juego de resultado positivo*.³²

- c) Finalmente, la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y la LRSAL incorporan numerosos controles y regulaciones, sobre la base de la intervención del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (MINHAP), que confirman el debilitamiento de la posición institucional y de la autonomía de los gobiernos locales.³³

Se comprenderá por lo expuesto que la LRSAL provoque reacciones contrarias de los gobiernos locales, cuyo máximo exponente lo constituye el *conflicto en defensa de la autonomía local*, planteado contra dicha ley por el Ayuntamiento de Barcelona y 2392 Ayuntamientos más ante el Tribunal Constitucional,³⁴ rechazo al que se ha unido la crítica de la mayoría de la doctrina científica, aspectos sobre los que volveremos después.

1.4.2.4. El papel de las Comunidades Autónomas y su reacción

³² Sobre la configuración de ese subsistema como *una sola comunidad política local*, y cómo «la regulación de las competencias provinciales en la Ley incurre en una contradicción insalvable: simultáneamente se atribuye a la misma entidad local competencia para asistir a los municipios con baja capacidad de gestión y, por la misma causa, baja capacidad de gestión municipal, se le atribuye, suplantando a los municipios, la directa prestación del servicio», véase ZAFRA VÍCTOR (2014: 63-77 y 86).

³³ Además de la omnipresencia del MINHAP en la LOEPSF/2012 y la legislación que la desarrolla, con la LRSAL se prevé su intervención, entre los supuestos más relevantes a añadir, en los art. 25.4 (leyes sobre competencias municipales), 116 bis.1 (contenido y seguimiento del plan económico-financiero) y 116 ter 2. y 3. (coste efectivo de los servicios) de la LBRL.

³⁴ El Pleno del Tribunal Constitucional acordó admitir a trámite dicho conflicto (BOE 223, del 13.9.2014), sobre el cual el Consejo de Estado emitió, con carácter perceptivo y no vinculante, el Dictamen núm. 338/2014, de 22.5, todo ello en aplicación de la LO 2/1979, del Tribunal Constitucional (art. 75 bis a 75 quinqués).

Hasta la LRSAL, la estructura jurídica de los sistemas locales de bienestar se apoyaba en la legislación básica estatal, pues esta no ya posibilitaba, sino que alentaba el desarrollo normativo por las Comunidades Autónomas. Y lo cierto es que éstas, con carácter general, habían ampliado los títulos competenciales de los gobiernos locales, tal como se detallará más adelante.

Pero en este tema, la LRSAL generó un problema interpretativo de primer orden; concretamente, si la relación de materias sobre las que el municipio tiene competencias propias, detalladas en el art. 25.2 de la LBRL, constituía un máximo, limitativo de las competencias autonómicas, o si, por el contrario, fijaba un mínimo, susceptible de ampliar por el legislador autonómico, criterio este último que ha confirmado el Tribunal Constitucional (STC 41/2016, de 3.3, FJ 10), como luego pormenorizadamente se verá.

Para acabar de complicar la situación en su vertiente autonómica, la LRSAL contiene diversas cláusulas de excepción (DA 1ª a 6ª y 16ª, referidas a País Vasco, Navarra, Aragón, Ceuta y Melilla, municipios de Madrid y Barcelona, e Islas Canarias y Baleares), lo que ha llevado a hablar de la *aplicación asimétrica* de la misma.³⁵

Atendidos los aspectos conflictivos señalados, no es de extrañar que la LRSAL haya concitado la reacción de las Comunidades Autónomas desde la interposición de recursos de inconstitucionalidad hasta reacciones normativas de diversos tipos, cuyas manifestaciones posteriormente se especificarán.

1.4.2.5. Reforma o *contrarreforma* local: el futuro de las medidas dispuestas por la LRSAL

Como queda acreditado, la reforma emprendida por la LRSAL ha afectado de manera intensa al subsistema local y, entre sus medidas, destacan una reducción severa de las competencias municipales, un debilitamiento de la posición institucional de los gobiernos locales y una subordinación de sus políticas públicas a los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, así como al de eficiencia económica. Medidas que comprometen seriamente el futuro de los sistemas locales de bienestar en España, con mayor motivo si se considera la crítica situación económico-

³⁵ VELASCO CABALLERO (2014b).

financiera de las Comunidades Autónomas. No es de extrañar por ello que, al enjuiciar dicha ley y el conjunto de medidas dispuestas, se las haya calificado como «una contrarreforma, una auténtica involución en la autonomía municipal».³⁶

Pero es que, en el plano de la realidad, además, el control del déficit público y los superávits alcanzados por los actores del subsistema local cuestionan de manera evidente si las medidas tan drásticas impulsadas por el Gobierno Central, e impuestas por la LRSAL, eran realmente necesarias. De otro lado, la aplicación de esa reforma local plantea problemas de encaje tanto con la legislación autonómica, como con los gobiernos locales, que en general disienten de sus planteamientos maximalistas y se muestran reacios a renunciar a sus políticas públicas prestacionales, evidenciando así su resiliencia. Y en ese escenario se van desarrollando las diferentes estrategias de los actores, los gobiernos central, autonómicos y locales.

No es posible pronunciarse en términos categóricos y generales sobre el grado de aplicación de las prescripciones de la LRSAL, atendidas la pluralidad y heterogeneidad propias del *mundo local*.³⁷ En este subsistema caben todas las hipótesis: desde la observancia estricta de los mandatos legales de restricción en la acción pública local, hasta el mantenimiento del statu quo anterior a la ley por parte de la comunidad local concreta, ajena al complicado proceso de recalificación de las competencias municipales y a la intervención de la Comunidad Autónoma. También encontraremos, naturalmente, planteamientos que intentan conciliar las demandas ciudadanas y un ordenamiento jurídico local, de por sí ya muy denso, y cuya complejidad se ha visto aumentada con la LRSAL y las normativas autonómicas dictadas al respecto. Por otro lado, el retraso acumulado en la resolución de los asuntos por el Tribunal Constitucional no permite esperar un pronunciamiento inmediato sobre todos los conflictos planteados en torno a la ley, por lo que seguirán abiertos durante algún tiempo. Aunque es cierto también que se han formalizado acuerdos entre la Administración del Estado (AGE) y algunas Comunidades Autónomas sobre las normas dictadas por éstas respecto de la LRSAL, evitando así su impugnación por aquélla ante el Tribunal Constitucional (ex LO 2/1979, 33).³⁸

³⁶ ZAFRA VÍCTOR (2015: 25).

³⁷ MAGRE FERRAN (1999: 13).

³⁸ Como ejemplos de tales acuerdos pueden citarse los adoptados en el seno de las Comisiones Bilaterales de Cooperación entre la AGE y la CA de Andalucía (véase BOE núm. 70, del 23.3.2015, 3071, Resolución del MINHAP que publica el acuerdo) y entre la AGE y la CA de Galicia (BOE 84, del 8.4.2015, 3770, idem).

Por lo demás, las elecciones de mayo de 2015 alteraron sensiblemente el mapa político local, con la irrupción relevante de partidos (Podemos y Ciudadanos) y el acceso a diversas alcaldías de movimientos ciudadanos y nuevos liderazgos, entre los que destacan *Ahora Madrid* y *Barcelona en Comú*. La mayoría de fuerzas emergentes defienden postulados opuestos a los de la LRSAL, ley que, tras su aprobación, todos los partidos en la oposición prometieron derogar si accedían a la mayoría parlamentaria necesaria para ello. Y cabe prever que sobre ésta, entre otras cuestiones, verse la *agenda política* de la siguiente legislatura, una vez se clarifiquen las opciones para formar gobierno, tras las elecciones de junio de 2016.

Mientras tanto, el rechazo a la reforma volvió a manifestarse de forma rotunda en el seno de la organización local más representativa, la *Federación Española de Municipios y Provincias* (FEMP): una vez renovados sus cargos de resultados de las elecciones locales del 24 de mayo de 2015, en el plenario del 19 de septiembre siguiente se aprobó una Resolución en la que se reclamaba la inmediata derogación de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local.³⁹

1.5. La centralidad del concepto de servicio público y su reconocimiento en la legislación española. Gestión indirecta de servicios públicos y su particular incidencia en el régimen local.

1.5.1. La legislación básica de contratos

De la regulación de la legislación básica de contratos contenida en el TRLCSP, y referida al contrato de gestión de servicios públicos (CGSP), destacan las previsiones relativas a:

a) Objeto (TRLCSP, 8.1):

«El contrato de gestión de servicios públicos es aquél en cuya virtud una Administración Pública o una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, encomienda a una persona, natural o

³⁹ La referida Resolución aprobada por el plenario de la FEMP puede consultarse en (pág. 4): <http://www.femp.es/files/11-5909-fichero/Resoluciones%20Aprobadas%20Septiembre.pdf>

jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración o Mutua encomendante.

Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales sólo podrán realizar este tipo de contrato respecto a la gestión de la prestación de asistencia sanitaria».

b) *Ámbito (TRLCSF, 275.1)*

«La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos».

c) *Modalidades de la contratación (TRLCSF, 277):*

«La contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar las siguientes modalidades:

a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura.

b) Gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato.

c) Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.

d) Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas».

Esa regulación reproduce exactamente la de los preceptos correlativos de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (art. 8.1, 251.1 y 253), que mantenían su redacción inicial con la única modificación de las menciones a las mutuas, introducida en el art. 8.1 por la Ley 2/2011, de Economía Sostenible (disposición final

quincuagésima quinta). Tales redactados coinciden, en lo esencial, con sus precedentes normativos.⁴⁰

1.5.2. La legislación básica de régimen local

En su redacción inicial, la L 7/1985, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL), optaba por relacionar las modalidades de gestión indirecta de servicios públicos locales, mención que incluía el arrendamiento (art. 85).⁴¹ La redacción se mantuvo inalterada hasta que fue modificada por la L 57/2003, de Medidas para la modernización del gobierno local (art. 1.1), que introdujo, como variaciones esenciales, la incorporación de la figura de la entidad pública empresarial, la remisión a la legislación básica de contratos para la gestión indirecta de servicios públicos y la prohibición de que se prestasen mediante sociedad mercantil local los servicios públicos que implicasen ejercicio de autoridad (LBRL, 85, apartados 2.A.c, 2.B y 3, respectivamente).⁴²

⁴⁰ Así, del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP, art. 154, 155 y 156), aprobado por el RD Legislativo 2/2000, la L 13/1995 (LCAP, art. 155 y 156 y 157) y el Texto articulado de la Ley de Contratos del Estado (art. 62, 63 y 66), aprobado por el D 923/1965.

⁴¹ Concretamente, la LBRL disponía lo siguiente:

«Artículo 85.

1. Son servicios públicos locales cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las Entidades locales.

2. Los servicios públicos locales pueden gestionarse de forma directa o indirecta. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad.

3. La gestión directa adoptará alguna de las siguientes formas:

a) Gestión por la propia Entidad local.

b) Organismo autónomo local.

c) Sociedad mercantil, cuyo capital social pertenezca íntegramente a la Entidad local.

4. La gestión indirecta adoptará alguna de las siguientes formas:

a) Concesión.

b) Gestión interesada.

c) Concierto.

d) Arrendamiento.

e) Sociedad mercantil y cooperativas legalmente constituidas cuyo capital social sólo parcialmente pertenezca a la Entidad local».

⁴² Concretamente, la nueva redacción era la siguiente (en negrita las modificaciones):

«Artículo 85.

1. Son servicios públicos locales **los que prestan las entidades locales** en el ámbito de sus competencias.

2. Los **servicios públicos de la competencia local** podrán gestionarse mediante alguna de las siguientes formas:

A) Gestión directa:

a) Gestión por la propia entidad local.

b) Organismo autónomo local.

La remisión al TRLCAP/2000, con la correlativa supresión de la mención a las modalidades de contratación local y, en particular, a su peculiaridad relativa al arrendamiento inauguró la polémica sobre la subsistencia del mismo.⁴³ Con la misma determinación, la penúltima modificación en este ámbito de la gestión indirecta tuvo lugar con la adecuación de la mención a la *Ley de Contratos del Sector Público*, introducida en el art. 85.2.B de la LBRL por la propia LCSP/2007 (disposición final primera).

Finalmente, el art. 85.2.B de la LBRL ha vuelto a ser objeto de actualización, mediante la inclusión de la referencia al *texto refundido de la Ley de Contratos del Sector*

c) **Entidad pública empresarial local.**

d) *Sociedad mercantil local, cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local o a un ente público de la misma.*

B) Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el artículo 156 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

3. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta ni mediante sociedad mercantil de capital social exclusivamente local los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad».

⁴³ Por citar algunos de los elementos esenciales de la polémica, en contra de la subsistencia del arrendamiento se pronunció la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA) de la Administración General del Estado (AGE) (Informes 24/2005, de 29.6 y 16/2012, de 27.9); a favor, SOSA WAGNER (2004: 60 y 2008: 317–318) y la JCCA de Cataluña (Inf. 6/2006, de 20.11). La discusión ha venido a cerrarla el Tribunal Constitucional, bien que con un pronunciamiento bastante parco, al negar la inconstitucionalidad de la modificación introducida por la L 57/2003 en los siguientes términos (STC núm. 161/2013, de 26.9, FJ 11):

«La impugnación de la disposición final primera de la Ley de medidas para la modernización del gobierno local en cuanto declara básico el artículo 85.2 b) LBRL, va a ser analizada en este fundamento. El Gobierno recurrente afirma que la declaración como legislación básica de un precepto que exige que la gestión indirecta de los servicios públicos se realice mediante las formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos de la Ley de contratos de las Administraciones públicas, elimina la competencia autonómica para el desarrollo de las bases en materia organizativa.

La gestión indirecta consiste en encomendar a un tercero la función de prestación de determinados servicios de competencia de la Administración y tiene por objeto una prestación típica de los contratos regulados por la legislación de contratos públicos según el art. 149.1.18 CE. Por esta razón, la definición de los contratos mediante los que se podrá instrumentar la gestión indirecta es esencial para determinar la intensidad con que se aplicarán los preceptos de la legislación contractual, tanto en cuanto a la preparación y adjudicación del contrato como en cuanto al régimen jurídico aplicable. Por tanto, forma parte de la legislación básica del Estado en materia de contratos. No puede admitirse la conclusión a la que nos llevaría el argumento de la parte recurrente de que las bases deben ser más reducidas en lo que respecta a la contratación local por la necesidad de dejar espacio a las Comunidades Autónomas para regular los aspectos organizativos locales.

En consecuencia, la disposición final primera de la Ley de medidas para la modernización del gobierno local, en cuanto declara que el artículo 85.2 b) LBRL constituye legislación básica del Estado, no es contraria a la Constitución».

Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, incorporada por la LRSAL/2013 (art. 1º.21).

Si la anterior ha sido evolución referida a las modalidades de gestión, lo cierto es que la LRSAL no introduce innovación alguna respecto del concepto de servicio público, por lo que mantiene su vigencia la tautológica mención del art. 85.1 de la LBRL: «*son servicios públicos locales los que prestan las Entidades locales en el ámbito de sus competencias*». ⁴⁴ La falta de una definición legal básica constituye una de las primeras dificultades para abordar el análisis de los servicios públicos, en particular para poder discernir el objeto del contrato de gestión de los mismos, y cuya delimitación necesariamente deberá venir determinada por una caracterización doctrinal o jurisprudencial. ⁴⁵

En un intento de precisar más su concepto, y diferenciada del resto de actividades públicas (así, las de intervención administrativa, fomento, económica y de ejercicio de funciones públicas), por *actividad de servicio público en el ámbito local* debe entenderse aquella actividad:

- desarrollada por una entidad pública local, por sí o mediante un gestor contratado, para satisfacer las necesidades de los usuarios, conjunto de personas destinatarias de la misma,
- caracterizada, objetivamente, por venir constituida por prestaciones técnicas, que reportan utilidades a los usuarios que las reciben,
- configurada bajo criterios de generalidad e igualdad y en unas condiciones de continuidad y regularidad,

⁴⁴ Se pierde así una nueva oportunidad de introducir en la legislación básica el concepto comunitario de *servicios de interés general*, para lo cual bien podría haberse tomado como referencia la precisa regulación sobre los *servicios locales de interés general*, contenida en la Ley 5/2010, de 11.6, de Autonomía Local de Andalucía (LAULA), principalmente en sus arts. 26 a 32. Luego se volverá sobre esta regulación.

⁴⁵ Según el Tribunal Supremo, «*para que con rigor pueda predicarse de una actividad el carácter de servicio público, no es suficiente que proporcione una utilidad al público, so pena de desnaturalizar el concepto, sino que debe exigirse que se trate de una actuación técnica, dirigida al público, prestada de forma regular y continua, encaminada a la satisfacción de una necesidad pública, y cuya titularidad esté atribuida a una Entidad Pública*» (STS de 2.3.1979, ponente PONCE DE LEÓN Y BELLOSO, FJ 4º).

– y declarada por la legislación como servicio público local o asumida como tal por la entidad en el ámbito de sus competencias y de conformidad con el procedimiento administrativo establecido.⁴⁶

1.5.3. Vinculación entre la legislación de régimen local y las modalidades del contrato de gestión de servicios públicos.

1.5.3.1. Consideraciones generales

Tal como se ha podido constatar, la legislación básica de contratos sigue manteniendo la vinculación directa entre la *prestación de servicios públicos* y las modalidades de la *concesión, gestión interesada, concierto y sociedad mixta*. Y esa misma vinculación la reitera la legislación básica de régimen local, como acabamos de ver, y la destaca la doctrina sobre la reciente actualización del art. 85.2.B de la LBRL.⁴⁷

Y es que, pese a las medidas de restricción de la acción pública local introducidas por la LRSAL, los servicios públicos siguen ocupando un papel trascendental tanto para los gobiernos locales encargados de asegurar su prestación como para los ciudadanos usuarios de los mismos. Y en atención a esa importancia, en la disyuntiva de optar por la gestión directa de los servicios o por una de las modalidades contractuales que caracterizan la indirecta, invariablemente se esgrimen los argumentos del menor coste de éstas, la conveniencia de introducir técnicas de gestión privada y adecuadas al mercado y la necesidad de no comprometer un volumen excesivo de recursos públicos.

En una coyuntura de crisis económica como la de 2013, y también en la recuperación iniciada en 2014 y mantenida en 2015 y 2016, las propuestas en favor de la gestión indirecta cobran más fuerza todavía y en esa línea debe inscribirse el inciso incorporado al inicio del art. 85.2 de la LBRL, en el sentido de que los servicios

⁴⁶ MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS (2007: 66 y 2014: 599).

⁴⁷ Véase al respecto: CAMPOS DAROCA (2014:221-224), FERNÁNDEZ-ESPINAR LÓPEZ (2014: 221-222), HURTADO LÓPEZ (2015: 190-191), KONINKX FRASQUET y VIDAL MONFERRER (2014: 545-546), MONTOYA MARTÍN (2015: 469), MORENO MOLINA y VILLANUEVA CUEVAS (2014: 213), MOTA SÁNCHEZ y MEDRANO GARCÍA (2015: 249 y 252), ORTIZ GARCÍA (2015: 291), RIVERO YSERN (2014: 408-409, 489-490 y 498-501), SANTAMARÍA PASTOR (2015: 349) TORNOS MAS (2016b: 42) y VILLAR ROJAS (2016: 104).

públicos de competencia local habrán de gestionarse *de la forma más sostenible y eficiente* de entre las enumeradas en el mismo (LRSAL, 1º, 21). Asimismo, 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*, como ha sido destacado por la Comisión Nacional de la Competencia (CNC).⁴⁸

La preocupación por la sostenibilidad y la eficiencia económicas en la gestión de los servicios públicos locales se plasma hasta casi la obsesión en la LRSAL, atendidas las múltiples menciones que de ellas efectúa esa ley. Sin que sea este el espacio donde analizar exhaustivamente este polémico texto normativo, sí interesa traer a colación dos ámbitos específicos en que dicho texto ha modificado preceptos de la LBRL:

a) De un lado, el relativo a los *servicios de prestación obligatoria* (art. 26), complementado con las determinaciones sobre *competencias propias* (art. 25), *delegadas* (art. 27) y *competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación* (art. 7.4).⁴⁹

⁴⁸ Precisamente, en su Informe de 13.3.2013 (IPN 88/13) y en relación con el anteproyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (citado como APL), la CNC señalaba lo siguiente (pág. 7, las cursivas se resaltan en el original del Informe):

«La CNC estima que *el APL debería establecer la obligación para las entidades locales de decidir entre gestión directa e indirecta de la forma más favorecedora posible de la competencia y, específicamente, de analizar ex ante determinados elementos que señalizan la posibilidad de introducir competencia efectiva*. Por ejemplo, la existencia de un número suficiente de oferentes potencialmente interesados en la prestación del servicio, el grado de competencia efectiva entre los mismos, la escasa importancia relativa de los activos específicos que impliquen costes de entrada (en particular, de los costes hundidos) o el suficiente control que se atribuya al futuro prestador del servicio sobre los costes derivados de dicha prestación (por ejemplo, sobre los costes salariales).

Cuando, entre otros, existan estos elementos, el APL debería establecer que las entidades locales opten por fórmulas de gestión indirecta que permitan la prestación privada. Al mismo tiempo, debe asegurarse la revisión periódica del prestador tras el plazo contractual mínimo necesario para asegurar la viabilidad económica de dicha gestión. Esta opción resulta preferible para la competencia y la eficiencia frente a la constitución de entidades instrumentales de capital público o mixto. Esto es debido a que la estabilidad temporal y la vinculación estructural de estas entidades instrumentales con las entidades locales reducen o eliminan las tensiones competitivas en la prestación del servicio, no contando con los mismos incentivos para ser eficientes.

Adicionalmente, la CNC quiere subrayar que *la gestión indirecta no implica indefectiblemente la provisión mediante un único prestador*. *El APL debería favorecer también la competencia «en el mercado», estableciendo que cuando la prestación pueda realizarse eficientemente por varios operadores, ésta pluralidad de prestadores debería ser la forma de provisión elegida por la entidad local».*

⁴⁹ Con remisión al redactado del resto de preceptos, sí resulta necesario transcribir el del art. 26 de la LBRL, relativo a los servicios obligatorios:

«1. Los Municipios deberán prestar, en todo caso, los servicios siguientes:

a) *En todos los Municipios: alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, acceso a los núcleos de población y pavimentación de las vías públicas.*

b) En los Municipios con población superior a 5.000 habitantes, además: parque público, biblioteca pública y tratamiento de residuos.

c) En los Municipios con población superior a 20.000 habitantes, además: protección civil, evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social, prevención y extinción de incendios e instalaciones deportivas de uso público.

d) En los Municipios con población superior a 50.000 habitantes, además: transporte colectivo urbano de viajeros y medio ambiente urbano.

2. En los municipios con población inferior a 20.000 habitantes será la Diputación provincial o entidad equivalente la que coordinará la prestación de los siguientes servicios:

a) Recogida y tratamiento de residuos.

b) Abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales.

c) Limpieza viaria.

d) Acceso a los núcleos de población.

e) Pavimentación de vías urbanas.

f) Alumbrado público.

Para coordinar la citada prestación de servicios la Diputación propondrá, con la conformidad de los municipios afectados, **al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas** la forma de prestación, consistente en la prestación directa por la Diputación o la implantación de fórmulas de gestión compartida a través de consorcios, mancomunidades u otras fórmulas.

Para reducir los costes efectivos de los servicios el mencionado Ministerio decidirá sobre la propuesta formulada que deberá contar con el informe preceptivo de la Comunidad Autónoma si es la Administración que ejerce la tutela financiera.

Cuando el municipio justifique ante la Diputación que puede prestar estos servicios con un coste efectivo menor que el derivado de la forma de gestión propuesta por la Diputación provincial o entidad equivalente, el municipio podrá asumir la prestación y coordinación de estos servicios si la Diputación lo considera acreditado.

Cuando la Diputación o entidad equivalente asuma la prestación de estos servicios repercutirá a los municipios el coste efectivo del servicio en función de su uso. Si estos servicios estuvieran financiados por tasas y asume su prestación la Diputación o entidad equivalente, será a ésta a quien vaya destinada la tasa para la financiación de los servicios.

3. La asistencia de las Diputaciones o entidades equivalentes a los Municipios, prevista en el artículo 36, se dirigirá preferentemente al establecimiento y adecuada prestación de los servicios mínimos».

Como ya se ha tenido oportunidad de comentar, los párrafos señalados en negrita fueron declarados inconstitucionales y nulos por la STC núm 116/2016, de 9.6, dictada a raíz del recurso interpuesto por la Junta Andalucía. La síntesis del pronunciamiento es la siguiente: la Junta denuncia que la regulación prevista vulnera la autonomía municipal y que la intervención del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas invade competencias de las Comunidades Autónomas. El Tribunal Constitucional rechaza la primera de las alegaciones porque la norma ofrece al ayuntamiento la posibilidad de oponerse, por lo que la aplicación de las técnicas de coordinación dependerá en cualquier caso de "la voluntad municipal". Sin embargo, sí aprecia la existencia de vulneración de las competencias autonómicas porque el Estado, en virtud de la competencia que le confiere el art. 149.1.18 CE, puede establecer "las bases", pero no tiene competencia ejecutiva, por lo que anula la actuación ministerial. Concretamente, la STC se pronuncia en los siguientes términos (FJ 12, d):

«Hemos de responder solo la cuestión de si la regulación controvertida desconoce la garantía constitucional de la autonomía municipal (arts. 137 y 141 CE) y las competencias estatutarias de la Junta de Andalucía, que son las únicas vulneraciones estrictamente jurídico-constitucionales razonadas en el recurso. Según la demandante, el precepto vaciaría el núcleo esencial de la autonomía local a la vista del arraigo y relevancia de los servicios coordinados y de que los municipios con menos de 20.000 habitantes representan el 96,19 por 100 de las entidades locales españolas. Se afirma, también, que el criterio económico no parece que pueda ser el único determinante en decisiones de esta envergadura. Además, el Estado estaría atribuyéndose una competencia ejecutiva que desborda las bases del régimen local con vulneración consecuente de las competencias estatutarias de las Comunidades Autónomas.

Tampoco el art. 26.2 LBRL determina precisamente las circunstancias habilitantes de una u otra técnica de "coordinación" (voluntaria). Sin embargo, ello no pone en riesgo la autonomía

local constitucionalmente garantizada (arts. 137 y 140 CE) habida cuenta de que el precepto asigna al municipio la posibilidad de oponerse a cualquiera de esas técnicas y, por tanto, también a las que pudieran limitar más fuertemente su autonomía. Conforme al art. 26.2 LBRL, la puesta en marcha de las fórmulas de gestión que planifica la provincia depende, precisamente, de la autonomía municipal. El criterio determinante no es el económico, tampoco la decisión de otras Administraciones públicas; es la voluntad municipal misma. El municipio puede dar o no su conformidad a un plan que condicionará el modo en que ha de gestionar sus servicios. Hay una posible pérdida de autonomía, pues el municipio puede quedar sujeto a la técnica de “coordinación” correspondiente y, en ese caso, solo podría revertir la situación justificando el menor coste efectivo de la gestión incondicionada. Sin embargo, esa pérdida es consentida y, en cuanto tal, no lesiva de la garantía consagrada en los arts. 137 y 141 CE. La pérdida de autonomía municipal se producirá solo eventualmente y únicamente si la acepta el ayuntamiento o, lo que es lo mismo, “con la conformidad de los municipios afectados”.

A este respecto, hay que hacer notar que la competencia provincial regulada en el art. 26.2 LBRL se corresponde con la sucintamente enunciada en el art. 36.1 h) LBRL, cuyo tenor tampoco arroja dudas sobre el carácter voluntario o consentido de estas fórmulas (llamadas) de coordinación: “Cuando la Diputación detecte que estos costes son superiores a los de los servicios coordinados o prestados por ella, ofrecerá a los municipios su colaboración para una gestión coordinada más eficiente de los servicios que permita reducir estos costes”. Por lo demás, conectan directamente con estas fórmulas voluntarias los estímulos financieros previstos en la disposición adicional decimoquinta, sobre “gestión integrada o coordinada de servicios”, del del Real Decreto Legislativo 2/2004, en la redacción dada por el art. 2.5 de la Ley 27/2013.

No puede excluirse en abstracto que los planes provinciales que sean aprobados al amparo de la norma legal de referencia, eventualmente, puedan diseñar mecanismos disuasorios de tal intensidad que solo formalmente preserven los márgenes de autonomía municipal que asegura el art. 26.2 LBRL. Pero, en tal caso, el problema que tal circunstancia pudiera plantear para la autonomía municipal constitucionalmente garantizada (arts. 137 y 140 CE) afectaría estrictamente, no al impugnado art. 26.2 LBRL, sino a los planes que hubieran desvirtuado materialmente la exigencia de “conformidad” que este impone. Por consiguiente, desde la perspectiva de la autonomía local, el precepto analizado no es inconstitucional.

Corresponde ahora determinar si la regulación enjuiciada vulnera las competencias que tienen estatutariamente atribuidas las Comunidades Autónomas. Respecto del régimen local, el art. 149.1.18 CE autoriza al Estado a adoptar normas, pero sin agotar la disciplina. La competencia alcanza solo a la regulación, y ni siquiera toda ella; está limitada a las bases y no a la función ejecutiva [por todas, SSTC 214/1989, FJ 1; y 41/2016, FFJJ 3 a), 5, 6 c) y 7 c)]. Consecuentemente, el art. 26.2, párrafo segundo LBRL, al atribuir la indicada función al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, no puede ampararse en este título competencial.

Respecto de los concretos servicios sometidos al plan de aprobación ministerial, el Estado carece también de las competencias sectoriales que pudieran dar cobertura a la tarea ejecutiva que ha querido atribuirse en el párrafo segundo del art. 26.2 LBRL. Son las Comunidades Autónomas quienes tienen conferidas las competencias ejecutivas en las materias a las que se refiere la mayor parte de los servicios enumerados en el art. 26.2 LBRL: “gestión en materia de protección del medio ambiente” (art. 148.1.9 CE), “sanidad e higiene” (art. 148.1.21 CE), proyección, construcción y explotación de los “aprovechamientos hidráulicos” y “aguas minerales y termales” (art. 148.1.10 CE), “ordenación del territorio, urbanismo y vivienda” (art. 148.1.3 CE), “ferrocarriles y carreteras cuyo itinerario se desarrolle íntegramente por el territorio de la Comunidad Autónoma” (art. 148.1.5 CE) y “obras públicas de interés de la Comunidad Autónoma en su propio territorio” (art. 148.1.4 CE). El art. 149.1.23 CE reconoce al Estado competencia en materia de medio ambiente, pero esta alcanza solo a las bases, sin que, por tanto, éstas pueda dar cobertura a tareas de ejecución como la ahora enjuiciada (por todas, STC 33/2005, de 17 de febrero, FFJJ 8 y 9). Otro tanto cabe afirmar respecto de los títulos coordinación general y bases de la sanidad interior (art. 149.1.16 CE) (SSTC 32/1983, de 28 de abril, FJ 2; 42/1983; de 20 de mayo FJ 3).

En consecuencia, debemos declarar la inconstitucionalidad y nulidad de los siguientes incisos del art. 26.2 LBRL, en la redacción dada por el art. 1.9 de la Ley 27/2013: “al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas” y “para reducir los costes efectivos de los servicios el

b) De otro, la introducción del denominado *coste efectivo de los servicios*, objeto del art. 116 ter de la LBRL, y a cuyo cálculo anual están obligadas todas las entidades locales.⁵⁰

De la interrelación de los ámbitos y preceptos señalados resultan las consideraciones siguientes:

1ª El núcleo duro de los servicios públicos sigue estando constituido por los *servicios obligatorios* relacionados en el art. 26.1 de la LBRL.⁵¹

2ª Un segundo círculo viene constituido por los *servicios voluntarios* configurados a partir del ejercicio de *competencias propias*, detalladas en el art. 25.2 de la LBRL, la concurrencia de las características propias de la actividad de servicio público (prestaciones técnicas, existencia de usuarios y el resto de las relacionadas al final del apartado 1.5.2) y la adopción por el Pleno del Ayuntamiento del correspondiente acuerdo asumiendo como propia la prestación de dicho servicio (la *publicatio*, ex LBRL, 22.2.f y TRLCSP, 8.1). Como es conocido, la LRSAL dispuso una modificación

mencionado Ministerio decidirá sobre la propuesta formulada que deberá contar con el informe preceptivo de la Comunidad Autónoma si es la Administración que ejerce la tutela financiera.»» Preciado todo lo anterior, y como visión panorámica previa al estudio jurídico-formal de los títulos que legitiman la prestación de los servicios públicos locales, se presenta una relación de *experiencias de contraste* (epígrafe 9), como ejemplos extraídos de la realidad que reflejan las diversas manifestaciones de la configuración dada por las entidades locales incluidas en la misma a diferentes supuestos de gestión indirecta de servicios públicos.

⁵⁰ Dicho precepto dispone lo siguiente:

«1. Todas las Entidades Locales calcularán antes del día 1 de noviembre de cada año el coste efectivo de los servicios que prestan, partiendo de los datos contenidos en la liquidación del presupuesto general y, en su caso, de las cuentas anuales aprobadas de las entidades vinculadas o dependientes, correspondiente al ejercicio inmediato anterior.

2. El cálculo del coste efectivo de los servicios tendrá en cuenta los costes reales directos e indirectos de los servicios conforme a los datos de ejecución de gastos mencionados en el apartado anterior: Por Orden del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas se desarrollarán estos criterios de cálculo.

3. Todas las Entidades Locales comunicarán los costes efectivos de cada uno de los servicios al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas para su publicación».

⁵¹ De tal relación, transcrita en nota anterior, la LRSAL suprimió del art. 26.1 de la LBRL las referencias al *control de alimentos y bebidas* (incluida en la letra a) y, en rigor, más que un servicio público, una manifestación de la actividad de intervención administrativa) y a los *mercados* (citados en la anterior letra b). También modificó la competencia relativa a la *prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social* reduciéndola a la *evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata en situaciones o riesgo de exclusión social* (letra c) del art.26.1).

substantial del art. 25 de la LBRL, cuyo tenor quedó consignado en los siguientes términos (se resaltan las variaciones introducidas):

«1. El Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, **puede promover actividades y prestar los servicios públicos** que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal **en los términos previstos en este artículo.**

2. El Municipio ejercerá en todo caso **como** competencias **propias**, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias:

a) Urbanismo: planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística. **Protección y gestión del Patrimonio histórico. Promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera. Conservación y rehabilitación de la edificación.**

b) Medio ambiente **urbano: en particular**, parques y jardines **públicos, gestión de los residuos sólidos urbanos y protección contra la contaminación acústica, lumínica y atmosférica en las zonas urbanas.**

c) Abastecimiento de agua **potable a domicilio y evacuación** y tratamiento de aguas residuales.

d) Infraestructura viaria y otros equipamientos de su titularidad.

e) **Evaluación e información, de situaciones de necesidad social, y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social.**

f) Policía local, protección civil, prevención y extinción de incendios.

g) Tráfico, **estacionamiento de vehículos y movilidad.** Transporte colectivo urbano.

h) Información y promoción de la actividad turística de interés y ámbito local.

i) Ferias, abastos, mercados, **lonjas y comercio ambulante.**

j) Protección de la salubridad pública.

k) Cementerios y actividades funerarias.

l) **Promoción del deporte** e instalaciones deportivas y de ocupación del tiempo libre.

m) **Promoción de la cultura** y equipamientos culturales.

n) Participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria, **y cooperar con las Administraciones educativas correspondientes en la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes. La conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios de titularidad local destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial.**

ñ) Promoción en su término municipal de la participación de los ciudadanos en el uso eficiente y sostenible de las tecnologías de la información y las comunicaciones

3. Las competencias municipales en las materias enunciadas en este artículo se determinarán por Ley, debiendo evaluar la conveniencia de la implantación de servicios locales, conforme a los principios de descentralización, eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera.

4. La Ley a que se refiere el apartado anterior deberá ir acompañada de una memoria económica que refleje el impacto sobre los recursos financieros de las Administraciones Públicas afectadas y el cumplimiento de los principios de estabilidad, sostenibilidad financiera y eficiencia del servicio o la actividad. La ley debe prever la dotación de los recursos necesarios para asegurar la suficiencia financiera de las Entidades Locales, sin que ello pueda conllevar, en ningún caso, un mayor gasto de las Administraciones Públicas.

Los proyectos de leyes estatales deberán acompañarse de un informe favorable del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en el que se acredite el cumplimiento de los criterios antes señalados.

5. La Ley determinará la competencia municipal propia de que se trate, garantizando que no se produce una atribución simultánea de la misma competencia a otra Administración Pública.»

Sucintamente expuestas, las consideraciones sobre las modificaciones introducidas son las siguientes:

- a) En su redacción anterior, el art. 25.1 de la LBRL establecía una *cláusula de apoderamiento competencial general* que expresaba que «*el Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover **toda clase de actividades** y prestar **cuantos** servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal*». Es obvio que la supresión de las expresiones señaladas, relativas a las actividades y a los servicios públicos, así como la inclusión en el nuevo redactado del último inciso, sobre la concreción a los términos previstos en este artículo, privan de cualquier virtualidad autónoma a la declaración de la primera parte del precepto, y constituyen sendos condicionamientos de la cláusula de apoderamiento competencial, que queda así desvalorizada.

- b) Contrastando las determinaciones anteriores del art. 25.2 de la LBRL con las introducidas por la LRSAL resulta que:
- desapareció la referencia a la *participación en la gestión de la atención primaria de la salud* (anterior 25.2, letra i de la LBRL);
 - la competencia relativa a la *prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social* (anterior 25.2, letra k) se modificó reduciéndola a la *evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata en situaciones o riesgo de exclusión social* (redactado actual del 25.2, letra e de la LBRL), y la misma modificación se operó respecto del actual servicio obligatorio para los municipios de población superior a 20.000 h (26.1.c, LBRL);
 - *la garantía para los municipios de participar en la programación de la enseñanza, e intervenir en sus órganos de gestión y en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria* (anterior 25.2, letra n, LBRL), quedó circunscrita a esta última actuación de vigilancia, con pérdida, pues, de las otras, y con el añadido de la obligación de cooperar en la obtención de solares para nuevos centros docentes y el mantenimiento de los edificios a ellos destinados (redactado actual del 25.2, letra n, LBRL).
- c) Añade sendos condicionamientos al ejercicio de competencias propias el nuevo art. 25 de la LBRL, en sus apartados 3 y 4 (sobre las determinaciones de la ley que atribuya esas competencias propias y sus requerimientos) y 5 (sobre la garantía de la no-duplicidad en la atribución de competencias).

Hechas las precisiones anteriores, lo cierto es que la propia realidad del subsistema local, en la que se conjugan la acción de gobierno de sus representantes y las demandas de una ciudadanía muy próxima, desarrolla una dinámica que propende al establecimiento y prestación de estos *servicios voluntarios*, cuya calificación resulta – no se olvide- de su contraste con los servicios *obligatorios* del art. 26 de la LBRL, y cuya consideración se ha visto ahora con la LRSAL reforzada, al menos, tras su vinculación con la denominación de competencias *propias*, introducida en el art. 25.2 de la ley básica.⁵²

⁵² Pese a la reducción operada, el art. 25.2 de la LBRL constituye un semillero de tales servicios voluntarios; así, por citar algunos, los prestados en relación con el patrimonio histórico y las viviendas de protección pública (letra a) del referido art. 25.2), parques y jardines públicos (letra b), tráfico y estacionamiento de vehículos (letra g), actividad turística (letra h) y equipamientos culturales (letra m).

Dentro de este segundo círculo deben incluirse también el resto de servicios voluntarios municipales configurados a partir del ejercicio de *competencias propias conferidas por la legislación autonómica*, bien que esta fue una de las cuestiones objeto de polémica a raíz de la promulgación de la LRSAL. Concretamente, sobre si el listado de competencias propias establecido en el art. 25.2 de la LBRL había de constituir un máximo, limitativo de las competencias autonómicas, o si, por el contrario, fijaba un mínimo, susceptible de ampliar por la legislación autonómica, tesis esta última a la que me adscribí.⁵³

Sobre la configuración de estos servicios es capital la jurisprudencia del Tribunal Supremo. De entre sus pronunciamientos destaca el de la STS de 6.5.1999 (La Ley 6328/1999, FJ 3º), referida al servicio de aparcamiento subterráneo de carácter público. Y en este sentido afirma:

«... la clara conexión que mantiene el servicio de aparcamiento público con la competencia sobre “la ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas”, que el artículo 25.2 b) de la misma Ley atribuye a los Municipios; y ello sin olvidar que este mismo precepto describe con carácter general la competencia municipal incluyendo en ella la prestación de “cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal”, no siendo posible desconocer que entre las necesidades actuales de la población urbana figura la de disponer de servicios de aparcamiento público. Y en cuanto a la jurisprudencia, frente a la única sentencia que cita el motivo, alusiva al concepto estricto de servicio público al que antes se ha hecho referencia, es abundante la jurisprudencia que califica específicamente como servicio público municipal la actividad de aparcamiento público prestada por particulares en régimen de concesión sobre terrenos de dominio público, pudiendo citarse en este sentido, además de la Sentencia de 27 de julio de 1983 que cita la recurrida, las de 8 de noviembre de 1990 y 11 de marzo y 12 de junio de 1991, y las en ellas citadas.»

Debe significarse que el pronunciamiento sobre el carácter de servicio público lo adopta el Tribunal Supremo frente al criterio del Ayuntamiento de Avilés en el sentido de que *«en nuestro derecho local la gestión de aparcamientos por parte de las entidades locales es una mera actividad económica que no les está reservada por ley formal, citando en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1989»*. No lo entiende así el Tribunal: *«El motivo no puede prosperar, pues el concepto restrictivo de servicio público sobre el que gira su argumentación, coincidente con la acepción especial de servicio público esencial, esto es, de sectores de actividad reservados en principio, con o sin monopolio, a la iniciativa y gestión de la entidad pública (véase art. 128.2 CE), no se compadece con el concepto legal del artículo 85.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, según el cual “son servicios públicos locales cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las Entidades locales”»*, y establece a continuación la conexión con la competencia sobre ordenación del tráfico transcrita en el párrafo anterior.

Abundan en esa consideración de servicio público las SSTS de 25.2.1997 (La Ley 4577/1997), 18.4.2000 (La Ley 8186/2000) y 22.1.2002 (La Ley 3757/2002, FJ 5º.B).

Debe significarse que la calificación de servicio público el Tribunal Supremo la establece, en la citada STS de 6.5.1999, a partir de la conexión que mantiene el aparcamiento público con la competencia sobre *«la ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas»*, objeto de la letra b) del art. 25 de la LBRL. Dicha mención ha sido suprimida por la LRSAL, bien que sustituida por la competencia sobre *«tráfico, estacionamiento de vehículos y movilidad»* (actual letra g) del art. 25), por lo que la vinculación se ha reforzado incluso.

Sobre la vinculación de estos *servicios voluntarios* y las formas de gestión, indirecta se volverá después.

⁵³ Máximo exponente del criterio restrictivo, el Consejo de Estado defiende esta postura en sus Dictámenes sobre el anteproyecto (ARSAL) y la propia LRSAL, núm. 567/2013, de 26.6 (apartados V, a) y VI, a) y 338/2014, de 22.5 (apartado V, A), respectivamente. Contrariamente, en mi opinión, la relación de competencias contenida en el art. 25.2 de la LBRL, en tanto que

La cuestión ha venido a cerrarla el Tribunal Constitucional con la Sentencia 41/2016, de 3.3, que constituye su primer pronunciamiento respecto de la LRSAL, ley cuya constitucionalidad fue ampliamente cuestionada por la doctrina.⁵⁴ También en el plano político fue objeto de contestación dicha ley, lo que se tradujo en la interposición de recursos de inconstitucionalidad contra la LRSAL por seis Comunidades (Andalucía, Asturias, Canarias, Cataluña, Extremadura y Navarra), por diputados de diversos partidos del Congreso, así como en multitud de reacciones contrarias de los gobiernos locales, cuyo máximo exponente lo constituye el *conflicto en defensa de la autonomía local*, planteado contra dicha ley por el Ayuntamiento de Barcelona y 2392 ayuntamientos más ante el Tribunal Constitucional.⁵⁵

legislación básica integra un *mínimo común denominador*, que las Comunidades Autónomas pueden desarrollar e incrementar, lo que conecta directamente con los pronunciamientos del Tribunal Constitucional (entre otros, STC 49/1988, de 22.3 (FJ 16 y 29), 214/1989, de 21.12 (FJ 2) y 141/1993, de 22.4, FJ 3º), además de deducirse de la mención a la legislación de éstas y a la expresión *en todo caso*, referida a las competencias enumeradas, en el mencionado precepto. Defendieron esta postura, ya en los primeros momentos y entre otros, MAHILLO GARCÍA y MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS (2014), MONTOYA MARTÍN (2014) y VELASCO CABALLERO (2014: 91-96). Y esa ha sido la línea mayoritaria de la doctrina, de cuya profusa relación destaco las siguientes referencias: ALMEIDA CERREDA (2014: 119-124), ALONSO MAS (2014: 163-165), MELLADO RUIZ (2015: 32), MONTOYA MARTÍN (2015: 463), MORILLO-VELARDE PÉREZ (2014: 85-86), RODRÍGUEZ BEAS y FUENTES GASÓ (2015: 537 y 540) y SALAZAR BENÍTEZ (2014: 380-381). Con posterioridad, diferentes textos normativos positivizaron ese *mínimo* como criterio: entre otros, el Decreto-ley 1/2014, de 27.3, de medidas urgentes para la garantía y continuidad de los servicios públicos en Castilla y León (EM, pfo. 4º y art. 1); el Decreto-ley 7/2014, de 20.5, de la Junta de Andalucía (EM, pfo. 4º y art. 1) y la L 5/2014, de 27.5, de la Xunta de Galicia (EM, pfo. 12 a 15 y art. 1). Y luego seguirían otras manifestaciones de una intensa y heterogénea actividad normativa, calificada como *obstaculización autonómica de la LRSAL* (GALÁN GALÁN, 2015) o *cortafuegos normativo* a la misma (BELLO PAREDES, 2015).

⁵⁴ El análisis de los excesos de la LRSAL y de las opiniones vertidas sobre los mismos desborda el objeto de esta tesis, de manera que me remito a los trabajos que he publicado al respecto (2013, 2014 y 2016), y a los autores citados. Sobre la inconstitucionalidad del desapoderamiento y los traslados de competencias, véase FERNANDEZ-ESPINAR (2014: 206-217), VELASCO CABALLERO (2013: 37-53) y ZAFRA VÍCTOR (2013 y 2014: 55-77). Respecto de la imposibilidad constitucional de disponer de las competencias autonómicas a través de una ley ordinaria del Estado, a delimitar en positivo tales competencias, consúltense TOSCANO GIL (2014: 97), VELASCO CABALLERO (2014: 53 y 54) y ZAFRA VÍCTOR (2013, 2014: 77-87 y 2015: 428-439). En su crítica a los postulados de la LRSAL, en fin, léase ALMEIDA CERREDA (2014b), BELLO PAREDES (2015), CARBONELL PORRAS (2014), GALÁN GALÁN (2015) y MONTOYA MARTÍN (2015).

⁵⁵ El Pleno del Tribunal Constitucional acordó admitir a trámite dicho conflicto (BOE núm. 223, del 13.9.2014), sobre el cual el Consejo de Estado emitió, con carácter perceptivo y no vinculante, el Dictamen núm. 338/2014, de 22.5, todo ello en aplicación de la LO 2/1979, del Tribunal Constitucional (art. 75 bis a 75 quinqués).

La impugnación por las Comunidades Autónomas se materializó en siete recursos presentados en marzo de 2014: tres por las Asambleas Legislativas de Extremadura, Cataluña y Navarra, y cuatro por los Gobiernos de Andalucía, Asturias, Cataluña y Canarias.

Los Grupos Parlamentarios (GP) cuyos diputados, en número superior a cincuenta, promovieron recurso de inconstitucionalidad contra la LRSAL fueron los siguientes: GP Socialista, IU, ICV-EUIA, CHA, La Izquierda Plural, Unión Progreso y Democracia y Mixto (el

Habrá que ver como acaban sustanciándose todos estos conflictos. En cualquier caso y como se decía, la STC 41/2016, de 3.3, al enjuiciar el recurso interpuesto por la Asamblea de Extremadura contra la LRSAL, ha venido a resolver la controversia aludida y confirma que el art. 25.2 de la LBRL, al detallar las materias sobre las que los municipios deben tener, en todo caso, competencias propias, fija un mínimo susceptible de ampliar por el legislador autonómico, si bien ningún reproche formula a los condicionamientos que se incorporaron a dicho precepto, en sus apartados 3, 4 y 5 (FJ 10).⁵⁶

recurso fue admitido a trámite por Providencia del TC, publicada en el BOE núm. 132, del 31.5.2015).

⁵⁶ Los pronunciamiento del Tribunal Constitucional al respecto son los siguientes (los subrayados son nuestros):

«b) *La nueva redacción del art. 25.2 LBRL, en línea con la anterior, identifica las materias dentro las que el municipio debe tener “en todo caso” competencias “propias” (art. 25.2 LBRL). Este artículo no atribuye competencias; introduce condiciones a la legislación que las confiera. **La atribución en sentido estricto sigue correspondiendo a la legislación sectorial estatal y a las Comunidades Autónomas, cada cual en el marco de sus competencias. El art. 25.2 LBRL sigue funcionando, por tanto, como una garantía legal (básica) de autonomía municipal** (arts. 137 y 140 CE) a través de la cual el legislador básico identifica materias de interés local para que dentro de ellas las leyes atribuyan en todo caso competencias propias en función de ese interés local [STC 214/1989, FJ 3 a) y b)]. A este respecto, la novedad es la relativa restricción de esa garantía legal como consecuencia de la reducción o supresión de algunas materias incluidas en el listado de la redacción anterior del art. 25.2; en especial la asistencia social y la atención primaria de la salud.*

c) *Las leyes pueden atribuir competencias propias a los municipios en materias distintas de las enumeradas en el art. 25.2 LBRL, quedando vinculadas en todo caso a las exigencias reseñadas (apartados 3, 4 y 5). Así resulta del tenor literal del art. 25.2 LBRL, conforme al que las materias enumeradas son solo un espacio dentro del cual los municipios deben disponer “en todo caso” de competencias “propias”, sin prohibir que la ley atribuya otras en materias distintas.*

La interpretación de que las “competencias propias” municipales no son solo las atribuidas dentro de los márgenes del art. 25.2 LBRL resulta igualmente de previsiones generales de la LBRL que han permanecido inalteradas. Así, la precisión de que “las competencias de las Entidades locales son propias o atribuidas por delegación” (art. 7.1 LBRL) y la obligación de que “la legislación del Estado y la de las Comunidades Autónomas, reguladora de los distintos sectores de acción pública, según la distribución constitucional de competencias”, garantice “la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las Entidades Locales” y el “derecho” de “los Municipios, las Provincias y las Islas” a “intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la Entidad Local, de conformidad con los principios de descentralización, proximidad, eficacia y eficiencia” (art. 2.1 LBRL). Respecto de este último precepto, la LRSAL solo ha incluido un último inciso para añadir la “estricta sujeción a la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera” como límite a la atribución de competencias locales (art. 1.1, apartado 1).

Debe, pues, excluirse la interpretación de que los municipios solo pueden obtener competencias propias en las materias enumeradas en el art. 25.2 LBRL. Si el Estado quisiera apoyarse en el art. 149.1.18 CE para interferir de modo tan penetrante en las competencias de las Comunidades Autónomas (prohibiendo con carácter general que estas atribuyan competencias propias a los municipios de su ámbito territorial en cualesquiera otras materias), tendría que haberlo establecido expresa o

Solventadas las dudas, pues, encontramos diversas manifestaciones de esta atribución autonómica de competencias propias a los municipios: así, en Andalucía, con relación a la «gestión de los servicios sociales comunitarios» (Estatuto de autonomía/EA, aprobado por la LO 2/2007, 92.2.c) o «el desarrollo de políticas de acción social y comunitaria en materia de salud» (LAULA, 13.c); o en Cataluña, con relación a la «prestación de servicios de telecomunicaciones» (EA aprobado por la LO 6/2006, 84.2.l) o la «cohesión social» (Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Catalunya/TRLCat, aprobado por el DLegislativo 2/2003, 66.2); también deben incluirse todas aquellas competencias recogidas inicialmente en el art. 25.2 de la LBRL y suprimidas por la LRSAL, pero que habían sido reproducidas en la legislación autonómica (así, la «defensa de usuarios y consumidores», consignada antes en la letra g) del precepto estatal, y que se mantiene en la misma letra del art. 63 del TRLCat/2003 y en el art. 92.2.j) del EA de Andalucía).

Precisado todo lo anterior, debe hacerse notar que las consideraciones efectuadas se contraen a la legislación de régimen local, sea básica o autonómica, pero que obviamente confieren otras tantas habilitaciones competenciales a los municipios las legislaciones sectoriales, ya sean de carácter estatal o de las respectivas Comunidades Autónomas, y cuya legitimación en este último caso resulta del mismo razonamiento sobre la naturaleza de *mínimo común denominador* de la legislación

inequívocamente. Por lo demás, semejante prohibición, indiscriminada y general, sería manifiestamente invasiva de las competencias de las Comunidades Autónomas. Consecuentemente, en los ámbitos excluidos del listado del art. 25.2 LBRL, las Comunidades Autónomas pueden decidir si, y hasta qué punto, los municipios deben tener competencias propias, pero sujetándose a las exigencias de los apartados 3, 4 y 5 del art. 25 LBRL; además de a las garantías de autonomía local previstas en la Constitución y, en su caso, en los Estatutos de Autonomía.

A este respecto, debe realizarse aún otra precisión. El tenor literal de los apartados 3 y 4 del art. 25 LBRL podría dar lugar a entender que las exigencias que contienen operan solo en la atribución de competencias propias reconducibles al listado de materias del apartado 2. Sin embargo, tanto la voluntas legis como la voluntas legislatoris son, claramente, que la atribución de todas las competencias propias, también las relativas a otras materias, se ajuste a las condiciones que aquellos apartados recogen: 1) evaluación conforme a los principios de descentralización, eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera; 2) análisis del impacto sobre los recursos financieros de las Administraciones Públicas afectadas y el cumplimiento de los principios de estabilidad, sostenibilidad financiera y eficiencia del servicio o la actividad; 3) dotación de recursos necesarios para asegurar la suficiencia financiera del ente local sin que suponga mayor gasto de las Administraciones públicas. De otro modo se llegaría al absurdo de que el legislador básico habría puesto más trabas a la atribución de competencias propias, dentro de las materias que considera de claro interés municipal, que a la atribución de competencias propias en los demás ámbitos materiales, donde el interés local puede ser bajo o inexistente y el riesgo de desequilibrio presupuestario, quizá, más intenso.»

básica antes formulado. Sobre la virtualidad de la naturaleza de la legislación básica debe añadirse, complementando anteriores consideraciones, que no alcanza a *delimitar en negativo las competencias autonómicas* o, lo que es lo mismo, a disponer sobre las mismas en el sentido que sea. Este es otro de los *excesos* de la LRSAL objeto de corrección por el Tribunal Constitucional, como se ha anticipado, y cuyo desarrollo es oportuno recordar:

- a) Formalmente, se dispuso la transferencia a favor de las Comunidades Autónomas de las competencias municipales sobre educación, salud, servicios sociales e inspección sanitaria (DA 15, DT 1ª, DT 2ª y DT3ª, respectivamente, LRSAL), bien que la tramitación parlamentaria introdujo diversos condicionamientos a estos procesos de *asunción de competencias por las Comunidades Autónomas* que preveía dicha ley, con la consecuencia práctica de tornarlos más complejos y diferidos en el tiempo. Como comentario general debe reiterarse que el desapoderamiento competencial a los municipios en los ámbitos señalados y su transferencia a las Comunidades Autónomas (CA) mediante la LRSAL planteaba serio problema de constitucionalidad: de un lado atendida la vinculación directa entre las competencias propias y los principios de autonomía local y municipal, reconocidos y garantizado además el segundo por la Constitución (137 y 140, respectivamente); de otro, en la medida en que se estaba disponiendo de las competencias autonómicas a través de una ley ordinaria del Estado, lo que –como ya se ha anticipado– no era acorde con el sistema constitucional de distribución de competencias.
- b) Por otra parte, y situándonos de nuevo en el plano de la realidad, ¿se representaba viable la asunción por las CA de esos servicios que habían venido siendo prestados por las entidades locales? Y todo ello una vez evidenciada la crítica situación económico-financiera de aquéllas, entre cuyas manifestaciones más visibles se contaban los recortes, precisamente, en los ámbitos asistencial, sanitario y educativo.
- c) Frente a ese planteamiento legal, en la STC 41/2016, de 3.3, se declara la inconstitucionalidad de las DA 1ª, 2ª y 3ª de la LRSAL, sobre asunción por las CCAA de las competencias relativas a salud, servicios sociales e inspección sanitaria, y se interpreta la DA 15 sobre educación, en el sentido de que en dichas disposiciones esta ley ha superado el ámbito que la CE asigna a la regulación

básica sobre atribuciones locales y ha invadido las competencias autonómicas (FJ 13).⁵⁷

⁵⁷ El Tribunal Constitucional llega a esas conclusiones tras un larga serie de consideraciones en el fundamento jurídico 13, del que se seleccionan los párrafos siguientes (los subrayados son nuestros):

«La innovación normativa que introducen las disposiciones transitorias 1ª y 2ª no consiste estrictamente en la afirmación de la titularidad autonómica de estos servicios. Consiste, en primer término, en la prohibición de que los entes locales puedan prestarlos como competencias propias o como competencias ex art. 7.4 LBRL. Ello resulta a las claras de la previsión de que los entes locales podrán prestar estos servicios solo de modo transitorio o mediante delegación (apartados 4 y 5 de ambas disposiciones). También de la previsión de que “las Comunidades Autónomas asumirán la titularidad” (apartado 1 de ambas disposiciones), “la gestión de los servicios” (apartado 2 de la disposición transitoria 1ª) o “la cobertura inmediata de dicha prestación” (apartado 2 de la disposición transitoria 2ª). En la medida en que la titularidad era ya autonómica por virtud de los Estatutos, lo que está ordenándose es, simplemente, que el nivel local deje de gestionar aquellos servicios como competencias propias.

De modo que el traspaso de la gestión a la Comunidad Autónoma trae causa del doble juego de, por un lado, la prohibición que establecen las previsiones controvertidas y, por otro, las atribuciones competenciales de los Estatutos de Autonomía. En segundo término, las disposiciones impugnadas innovan también en la parte en que regulan tanto el traslado competencial indicado (apartados 1, 2, 4 y 5 de ambas disposiciones) como el modo en que las Comunidades Autónomas gestionarán el servicio (apartado 3 de ambas disposiciones). (...)

El problema constitucional no es si el Estado ha llevado a cabo una ampliación extraestatutaria de competencias autonómicas, sino si ha desbordado los márgenes de lo básico al establecer que el nivel local no puede desarrollar determinadas competencias (salvo por delegación) e imponer condiciones a un traslado que trae causa en última instancia del propio Estatuto de Autonomía.

c) En consonancia con la estructura territorial compuesta que diseña el art. 137 CE (STC 82/1982, FJ 4), **la Constitución no encomienda en exclusiva la distribución del poder local ni al Estado ni a las Comunidades Autónomas**, según se ha recordado ya. Cada cual en el marco de sus atribuciones ha de regular y conferir competencias a los entes locales. El art. 149.1.18 CE ampara solo una ordenación básica de las condiciones con que el Estado y las Comunidades Autónomas han de atribuir competencias locales [SSTC 214/1989, FJ 3 a) y b), 159/2001, FJ 4, 121/2012, FJ 7]. **El Estado solo podrá atribuir competencias locales específicas, o prohibir que éstas se desarrollen en el nivel local, cuando tenga la competencia en la materia o sector de que se trate. En materias de competencia autonómica, solo las Comunidades Autónomas pueden atribuir competencias locales o prohibir que el nivel local las desarrolle; sujetándose en todo caso a las exigencias derivadas de la Constitución (singularmente, arts. 103.1, 135, 137, 140 y 141 CE), las bases del régimen local ex art. 149.1.18 CE y, en su caso, los Estatutos de Autonomía.** Ciertamente, las bases pueden llegar a prefigurar específicamente el poder local en materias de competencia autonómica, pero, de acuerdo con lo razonado en el fundamento jurídico 9 de esta Sentencia, solo para garantizar un núcleo homogéneo de derechos prestacionales del vecino; o para atribuir directamente competencias locales, si ello no supone “un obstáculo a las competencias que corresponden” a las Comunidades Autónomas (STC 214/1989, FJ 12).

Las disposiciones transitorias 1ª y 2ª LRSAL han superado claramente estos márgenes. No se limitan a dibujar un marco de límites dentro del cual la Comunidad Autónoma puede ejercer sus competencias estatutarias, para distribuir poder local o habilitar directamente determinadas competencias municipales sin obstaculizar el ejercicio de las atribuciones autonómicas. Al contrario, impiden que las Comunidades Autónomas puedan optar, en materias de su competencia, por descentralizar determinados servicios en los entes locales, obligando a que los asuma la Administración autonómica dentro de plazos cerrados y con determinadas condiciones. (...)

La Comunidad Autónoma está sometida a los mandatos constitucionales de eficiencia, eficacia y estabilidad presupuestaria (arts. 31.2, 103.1 y 135 CE) -además de a la garantía constitucional de la autonomía municipal (arts. 137 y 140 CE)- así como a las condiciones que establecen ahora los arts. 25 y 7 LBRL -y, en su caso, los Estatutos de Autonomía-. Dentro de

este contexto normativo, a ella le debe corresponder la decisión última sobre si los municipios situados en su órbita territorial deben o no prestar servicios reconducibles a los ámbitos competenciales que tiene estatutariamente reservados y, en su caso, sobre el modo en que ha de efectuarse el correspondiente traslado. Al prohibir la descentralización de aquellos servicios, por un lado, y fijar una serie de plazos y condiciones al traspaso, por otro, **las disposiciones transitorias 1ª y 2ª LRSAL han superado el ámbito que la Constitución asigna a una regulación básica sobre atribuciones locales (art. 149.1.18 CE) y, con ello, han invadido las competencias autonómicas** de asistencia social y sanidad, recogidas en los apartados 24 y 27, respectivamente, del art. 9 del Estatuto de Autonomía de Extremadura.. (...)

Corresponde, pues, declarar la inconstitucionalidad y nulidad de las disposiciones transitorias 1ª y 2ª LRSAL. También las de la disposición adicional 11ª LRSAL (igualmente impugnada) en la medida que sus previsiones están estrechamente ligadas a aquellas dos transitorias.

d) Conforme a **la disposición transitoria 3ª LRSAL**, “en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, las Comunidades Autónomas prestarán los servicios relativos a la inspección y control sanitario de mataderos, de industrias alimentarias y bebidas que hasta ese momento vinieran prestando los municipios”. (...)

También en este caso la disposición controvertida ha desbordado los márgenes de una regulación básica de las competencias locales (art. 149.1.18 CE), invadiendo con ello las competencias estatutarias de las Comunidades Autónomas al prohibir la descentralización de aquellos servicios y fijar el plazo dentro del cual deben quedar centralizados en la Administración autonómica. Corresponde en consecuencia declarar la inconstitucionalidad y nulidad de la disposición transitoria 3ª LRSAL.

e) **La disposición adicional 15ª LRSAL se refiere a la asunción por parte de las Comunidades Autónomas de otras competencias “que se prevén como propias del Municipio”**, relativas a “participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria y cooperar con las Administraciones educativas correspondientes en la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes, así como la conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios de titularidad local destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial”.

En este caso, se da la particularidad de que la nueva redacción del art. 25.2 LBRL se refiere a estos servicios como materia dentro de la que la ley debe —en todo caso— asegurar a los municipios competencias propias [letra n)]. De este modo, la LRSAL amplía legalmente el nivel de autonomía local constitucionalmente garantizado respecto de, precisamente, los servicios mencionados en su disposición adicional 15ª. Consecuentemente, las Comunidades Autónomas no solo pueden, sino que deben, atribuir necesariamente servicios reconducibles a esta materia y han de hacerlo como competencias propias municipales. Ahora bien, la disposición controvertida establece, inversamente, que “las normas reguladoras del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas y de las haciendas locales fijarán los términos en los que las Comunidades Autónomas asumirán la titularidad” de aquellas competencias, “aun cuando hayan sido ejercidas por éstas, por Diputaciones Provinciales o entidades equivalentes, o por cualquier otra Entidad Local”.

La LRSAL ha incurrido en una evidente antinomia al imponer a las Comunidades Autónomas obligaciones de signo opuesto cuyo cumplimiento simultáneo resulta imposible: respecto de los mismos servicios, la Comunidad Autónoma está obligada, a la vez, a descentralizar y a centralizar. No corresponde a la jurisdicción constitucional “pronunciarse sobre la perfección técnica de las leyes” [por todas, SSTC 53/2014, de 10 de abril, FJ 8, 236/2015, de 19 de noviembre, FJ 3 d)], pero el cumplimiento de la función que le atribuye la Constitución [art. 161 a)] y su Ley Orgánica reguladora [arts. 2.1 a), 27.1 y 28 LOTC] exige en este caso la aplicación de cánones ordinarios de interpretación para salvar la antinomia y, con ello, identificar el significado de la disposición adicional 15ª LRSAL como presupuesto lógico del juicio de constitucionalidad que solicita la Asamblea legislativa de Extremadura (SSTC 14/2013, de 31 de enero, FJ 6, y 66/2013, de 14 de marzo, FJ 4). (...)

Corresponde, pues, desestimar la impugnación de la disposición adicional 15ª LRSAL.

No obstante, comoquiera que este precepto, aisladamente considerado, podría dar lugar a una lectura contraria al sistema de distribución competencial, **se llevará al fallo la interpretación literal y sistemática** aquí realizada, que es, de entre las dos en liza, la **conforme a la Constitución.**»

3ª El tercer y último círculo lo integran los *servicios voluntarios* municipales constituidos sobre la base del ejercicio de *competencias delegadas* por la Administración General del Estado (AGE) y las Comunidades Autónomas, reguladas y relacionadas con carácter no exhaustivo en el art. 27 de la LBRL, y del de las denominadas *competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación*, previstas en el art. 7.4 de dicha ley básica, y la concurrencia en ambos casos, al igual que veíamos en el apartado anterior, de las características de servicio público y del acuerdo municipal sobre asunción de la prestación del mismo.⁵⁸

4ª Los citados constituyen pues el conjunto de los *servicios públicos municipales*, sobre cuya prestación la LRSAL ha introducido ciertamente limitaciones y exigencias diversas, lo que no ha obstado para que desde instancias diversas se haya afirmado la necesidad de seguirlos prestando.⁵⁹

⁵⁸ Esas últimas competencias definidas negativamente, en tanto que distintas de las propias y delegadas, tienen su antecedente en las *actividades complementarias de las propias de otras Administraciones*, recogidas en el art. 28 de la LBRL, con referencias a «*la educación, la cultura, la promoción de la mujer, la vivienda, la sanidad y la protección del medio ambiente*», hasta que la LRSAL suprimió este precepto. Una previsión sobre tales actividades complementarias se contiene en la legislación catalana, que a las menciones que incluía el referido precepto básico, añadía las relativas a *juventud, deporte, ocupación y lucha contra el desempleo, archivos, bibliotecas, museos, conservatorios de música y centros de bellas artes, fomento de las estructuras agrarias y prestación de servicios de interés público agrario* (TRLCat/2003, 71, letras b) y g) a f).

A su vez, entre las competencias susceptibles de delegación que detalla el art. 27.3 de la LBRL una buena parte tienen por objeto servicios públicos (así, servicios sociales, centros sanitarios asistenciales, centros docentes, instalaciones culturales y deportivas y gestión turística).

⁵⁹ Así, además de la defensa por parte de las autoridades locales, los propios textos normativos aprobados por las Comunidades Autónomas han puesto de manifiesto la necesidad de evitar que se produzcan «*resultados indeseables o disfuncionalidades en el funcionamiento de los indicados servicios públicos que perjudiquen a la ciudadanía*» (EM, pfo 9º, de la LGAL 5/2014, de medidas urgentes derivadas de la entrada en vigor de la LRSAL, por citar una de tales manifestaciones).

Muy sucintamente, las limitaciones y exigencias introducidas por la LRSAL se refieren a los servicios públicos prestados en relación con:

- a) Los servicios de carácter obligatorio, la atribución a la Diputación provincial o entidad equivalente de la coordinación de una parte de los exigidos a los municipios con población inferior a los 20.000 habitantes, en los términos establecidos en el art. 26.2 de la LBRL, transcrito en nota anterior.
- b) Sobre las competencias propias, las previsiones sobre la necesaria determinación por ley de las mismas, su dotación económica para asegurar la suficiencia financiera de las entidades locales y la garantía de que no se produce una atribución simultánea a otra Administración pública (LBRL, 25, núm. 3, 4 y 5, respectivamente).
- c) Respecto de las competencias delegadas, además de la necesaria aceptación municipal y de la adecuada y suficiente dotación presupuestaria para su financiación, la sujeción a un estricto régimen regulado en el art. 27 de la LBRL.
- d) Por lo que se refiere a las competencias distintas de las propias y de las delegadas, los condicionantes sobre que su ejercicio no ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la hacienda municipal, de acuerdo con los requerimientos de la legislación de

5ª Retomando la idea ya expresada sobre la vinculación que establece la legislación básica entre los servicios públicos locales y las formas de gestión indirecta de los mismos, debe precisarse que, junto a las prescripciones aludidas de los art. 277 del TRLCSP y 85.2.B de la LBRL, hay que añadir una nueva relativa al desarrollo reglamentario de otro de los preceptos de esta ley, concretamente el art. 116 ter, referido al *coste efectivo de los servicios*.⁶⁰

Pues bien, en ejecución de la habilitación contenida en el núm. 2 del referido art. 116 ter la LBRL, por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (MINHAP) se dictó la Orden HAP/2075/2014, de 6.11, «*por la que se establecen los criterios de cálculo del coste efectivo de los servicios prestados por las entidades locales*», que, a los efectos que nos interesan, insiste de manera profusa en la conexión entre gestión indirecta de los servicios públicos locales y las modalidades de la concesión, la gestión interesada, el concierto y la sociedad de economía mixta.⁶¹ De esta regulación resulta

estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración pública (LBRL, 7.4).

Comentado ya el pronunciamiento de la STC 41/2016, de 3.3., sobre el art. 25 de la LBRL (FJ 10), debe añadirse que el Alto Tribunal no ha apreciado tacha de inconstitucionalidad respecto de la regulación introducida por la LRSAL en los art. 27 y 7.4 de la LBRL, relativos a la *delegación de competencias* y a las *competencias distintas de las propias y de las delegadas*, respectivamente (véase el FJ 11, letras a) y b) de la referida STC 41/2016).

⁶⁰ Es este uno de los conceptos clave introducidos en la LBRL por la LRSAL, como expresamente ésta afirma en su Preámbulo (pfo. 19):

«(...) como medida de transparencia, se establece la obligación de determinar el coste efectivo de los servicios que prestan las Entidades Locales, de acuerdo con criterios comunes, y se dispone su remisión al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas para su publicación. Esta medida se considera un paso fundamental en la mejora de la información disponible, eliminando asimetrías, para la toma de decisiones de los ciudadanos y de la Administración, y contribuirá de forma permanente al aumento de la eficiencia. En este sentido, con la publicación agregada de la información de todos los costes efectivos de los servicios prestados por todas las Entidades Locales el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas contribuye a garantizar el cumplimiento del principio de eficiencia de conformidad con el artículo 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.»

Junto a la regulación en la LBRL del referido art. 116 ter –transcrito en nota anterior–, los *costes efectivos de los servicios* se vinculan directamente con las *diputaciones*, tanto en su vertiente de *administración cooperadora* (art. 36.1.h), sobre el *seguimiento* de los mismos y la adopción de medidas para reducirlos, y 36.2.a), relativo a la inclusión en el *plan provincial de cooperación a las obras y servicios de competencia municipal* del análisis de dichos costes como criterio de distribución de fondos), como en la función de *coordinadora y eventualmente prestadora* que se atribuye a la diputación en relación con los servicios obligatorios de los municipios con población inferior a 20.000h (art. 26.2, reproducido en nota anterior).

⁶¹ Así, el art. 6 de la referida Orden Ministerial dispone lo siguiente (el subrayado es nuestro): «Artículo 6. Gastos en los casos de gestión indirecta de los servicios.

la conclusión de que la prestación de los servicios públicos locales solo es contemplada como susceptible de ser contratada a partir de las modalidades de

En los casos de gestión indirecta, *mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre*, el coste efectivo vendrá determinado por la totalidad de las contraprestaciones económicas que abone la entidad local al *contratista*, incluidas las contraprestaciones en concepto de precio del contrato, así como, en su caso, las subvenciones de explotación o de cobertura del precio del servicio.

En los casos de gestión indirecta en los que *la retribución del contratista* se perciba directamente por éste de los usuarios, el coste efectivo vendrá determinado por los ingresos derivados de las tarifas que aquellos abonen, así como, en su caso, por las subvenciones de cobertura del precio del servicio que pudieran corresponder a la entidad local a la que corresponde la titularidad del servicio.»

A su vez, tanto el anexo I como el anexo II, referidos a los *servicios de prestación obligatoria para los municipios* y a los *correspondientes a competencias propias de los mismos*, respectivamente (art. 26.1 y 25.2 de la LBRL), prescriben la obligación siguiente (el resaltado es nuestro):

«Se indicará la forma de gestión que proceda de entre las siguientes:

Gestión directa por la entidad local.

Gestión directa por organismo autónomo de la entidad local.

Gestión directa por entidad pública empresarial.

Gestión directa por sociedad mercantil local.

Gestión indirecta mediante concesión, gestionando el concesionario el servicio a su riesgo y ventura.

Gestión indirecta interesada, compartiendo la entidad local y el empresario los resultados de explotación en la proporción fijada en el contrato.

Gestión indirecta por concierto.

Gestión indirecta por sociedad de economía mixta.

Gestión mancomunada.

Gestión por convenio de colaboración interadministrativo.

Gestión consorciada.»

En desarrollo de estas previsiones se dictó la Resolución de 23.6.2015, de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local, *por la que se especifican los elementos incluidos en los anexos de la Orden HAP/2075/2014, de 6.11, por la que se establecen los criterios de cálculo del coste efectivo de los servicios prestados por las entidades locales* (BOE núm 158, del 3.7). De dicha Resolución debe destacarse la fijación pormenorizada de los indicadores de referencia de los diferentes servicios públicos, tanto en relación con los *obligatorios* (LBRL, 26.1), como con los *servicios voluntarios* (LBRL, 25.2), vinculados ambos con las formas de gestión directa e *indirecta* citadas en la Orden reguladora. Tales indicadores (como *unidades físicas de referencia* los identifica la Resolución) pueden clasificarse en cuatro grupos, a saber:

- a) Prestaciones ofrecidas (así, la *potencia instalada* y la *superficie il·luminada*, respecto del servicio público de *alumbrado público*, o la *estimación de personas asistentes*, al de *ferias*, LBRL, 26.1.a y 25.2.i, respectivamente).
- b) Recursos humanos empleados (cifrados, por ejemplo, en el número de *personas adscritas* a los servicios de *limpieza viaria* o *estacionamiento de vehículos*, LBRL, 26.1.a y 25.2. g, respectivamente).
- c) Instalaciones de los servicios (vgr., con referencia a la *superficie total* de los servicios de *cementerio* o *instalaciones deportivas*, LBRL, 26.1. a y 25.2. I, respectivamente).
- d) Bienes de equipo adscritos (así, el número de *autobuses* en el servicio de *transporte colectivo urbano de viajeros* (LBRL, 26.1. d).

Sobre el cálculo del coste efectivo de los servicios locales pueden señalarse las siguientes referencias bibliográficas: CORCHERO y SÁNCHEZ PÉREZ (2014), CORCUERA TORRES (2015), HURTADO LÓPEZ (2015), MOTA SÁNCHEZ y MEDRANO GARCÍA (2015) y RIVERA OTERO *et. al.* (2015).

gestión indirecta previstas en el TRLCSP, reiterando así un tratamiento unívoco en la legislación básica.⁶²

6ª Finalmente, vinculada con las dos últimas ideas puestas de manifiesto debe hacerse referencia a una objeción que se plantea por operadores privados respecto de la prestación por las entidades locales de una actividad prestacional que entra en concurrencia con la que desarrollan dichos operadores (así, actividades deportivas, educativas, culturales o de ocio), y los reproches que éstos formulan sobre competencia desleal de aquellas. Sobre esta cuestión, en la medida en que la acción local se inserte en la actividad de servicio público, debe concluirse que su legitimidad es incuestionable y se halla amparada legalmente, lo que ha sido apreciado por los tribunales y la doctrina, así como por las propias autoridades de la competencia.⁶³

⁶² Por la relevancia del órgano que emite su opinión al respecto, debe consignarse que el Consejo de Estado, al dictaminar sobre el proyecto de la orden ministerial que comentamos y en la línea del tratamiento unívoco señalado, formuló la observación –luego acogida– del siguiente tenor:

«Verificado en estos términos el ajuste de la norma proyectada al artículo 116 ter de la LBRL, cabe observar que la expresión "entidad concesionaria" utilizada en el primer párrafo del artículo 6 del proyecto de Orden debe sustituirse por "contratista". La razón que obliga a esta sustitución consiste en que la previsión contenida en dicho párrafo y precepto resulta de aplicación -como en el mismo se dice- *"a las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos", entre las que la "concesión" es sólo una de ellas, junto con el "concierto", la "gestión interesada" y la "sociedad de economía mixta". Por ello, no debe hablarse de "entidad concesionaria" sino utilizarse el más genérico vocablo de "contratista"* (Dictamen núm. 781/2014, de 28.7, V.a).i, *in fine*, la cursiva es mía).

⁶³ No es esta una cuestión nueva. Efectivamente, como ya decía hace años (MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, 2007: 133), «en el desarrollo de tales actividades pueden surgir conflictos con el sector privado, al ser susceptible de vincularlo con el derecho comunitario y el derecho de la competencia, cuestiones ambas analizadas con rigor por ORTEGA BERNARDO (2006: 87-96). Dicha autora se hace eco de la controversia planteada por empresarios de gimnasios y centros deportivos a diversos ayuntamientos de la Comunidad Valenciana en relación con la prestación por éstos de servicios deportivos (aerobic, fitness y otros análogos), y de la problemática generada en torno a las cuestiones de competencia desleal, prestación de servicios públicos y actividad económica, entre las más relevantes. Con remisión a su trabajo me interesa destacar lo siguiente:

a) Los pronunciamientos jurisprudenciales del orden contencioso-administrativo desestimaron los recursos planteados y confirmaron la corrección de la actuación municipal: SSTSJ Comunidad Valenciana de 23.5.2003 (Ar JT 2004 37) y, citando a ésta, 1.12.2003 (JUR 2004 165518), 15.12.2003 (JUR 2004 164921), 27.12.2004 (JUR 2005 74241) y 10.6.2005 (JUR 2005 211676).

En su FJ 3º, la sentencia de 23.5.2003 (luego citado por los demás) se hace eco de la argumentación municipal: se invoca que se trata de un servicio público, y los amparos normativos son la CE (art. 43.3), la L 7/1985 (25.2.m, 26.1.c y 18) y la L Valenciana del deporte (art.3).

b) También en el orden civil los pronunciamientos fueron favorables al ayuntamiento demandado, al que absolvieron de los pedimentos sobre comportamiento desleal, precios predatorios y otras conductas contrarias al derecho de la competencia: SST Audiencia Provincial de Castellón de 4.5.2004 (AC 2004 965) Y 15.5.2004 (AC 2004 927).»

Esos mismos pronunciamiento serían luego confirmados por el Tribunal Supremo: SSTS de 20.6.2006 (Ar. 8317, FJ 5º a 8º), 14.2.2007 (Ar. 1523, FJ 3º y ss.) y 29.6.2009 (Ar. 4424).

Formuladas las conclusiones anteriores sobre la legitimidad y legalidad de las actuaciones prestacionales locales, debe precisarse que, tras la LRSAL, la LBRL, antes de enumerar las formas de gestión directa e indirecta, establece que «los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente» (art. 85.2., primer inciso), mandato que fija la tendencia al establecimiento de unas tarifas que se sitúen en el coste de los mismos. Principio general, éste, que es susceptible de modular por la entidad local, en ejercicio de su autonomía, cuando se acredite la concurrencia de razones sociales, benéficas, culturales o de interés público que aconsejen fijar unos importes por debajo del coste de los servicios, lo que en caso de que se aplique obligará a adoptar las medidas y dotaciones oportunas para la cobertura de la diferencia resultante (ex Texto refundido de la Ley de Haciendas Locales, aprobado por el RDLeg. 2/2004, 24, 25 y 44). Estas consideraciones, formuladas con carácter general e independencia de la forma de gestión adoptada, cobran más fuerza todavía cuando se trata de la indirecta, atendidas las expectativas sobre mejora de la eficiencia que la gestión privada despierta y que suelen aducirse precisamente para optar por ella.

Una vez analizadas las modificaciones introducidas en la LBRL por la LRSAL, y por lo que se refiere a la *legislación autonómica sobre régimen local* hay que precisar que, en las Comunidades donde ha sido aprobada, regula la gestión indirecta de servicios públicos remitiéndola bien a las diferentes modalidades propias de la misma en el ámbito local, bien al contrato de gestión de servicios públicos (CGSP) previsto en la legislación básica de contratos del sector público.

Sobre las diferentes legislaciones pueden distinguirse tres tipos:

En un trabajo posterior, la autora antes citada reitera la vigencia de las afirmaciones sobre tales actuaciones locales prestacionales, y concluye que «de las resoluciones dictadas al respecto por los órganos administrativos encargados de la aplicación del Derecho de la competencia se extrae que la cobertura general que proporciona la regulación legal contenida en la legislación de régimen local, estatal y autonómica permite eximir de la aplicación de las normas de defensa a cualquier tipo de actividad relacionada con la prestación de servicios públicos locales, con independencia de la intensidad con la que el interés público esté presente en su desenvolvimiento o interese este servicio a las empresas competidores existentes en el mercado» (ORTEGA BERNARDO, 2014: 73). Sobre derecho de la competencia y servicio público local véase también GONZÁLEZ TORROBA (2009).

Ejemplos de servicios públicos locales susceptibles de ser incluidos en los ámbitos objeto de la controversia señalada los constituyen los descritos en las *experiencias de contraste* siguientes (epígrafe 9.2): números 65, 66 y 69.

- a) Las que reproducen las modalidades que recogía inicialmente el art. 85.4 de la LBRL (concesión, gestión interesada, concierto, arrendamiento y sociedad de economía mixta); son los casos de L Arag 7/1999 (200.3), L FNav 6/1990 (192.3), L Gal 5/1997 (295.4) y L Rioja 1/2003 (207.3).

- b) Las que, como en los supuestos de Illes Balears (LIB 20/2006, 159.2) y Madrid (LMad 2/2003, 100.3), recogen dichas modalidades, pero se remiten a la regulación del CGSP en la legislación básica de contratos, lo que plantea problemas con el arrendamiento al no estar recogido ya en esta última, como se verá más adelante.

- c) Finalmente, la L And 5/2010 que directamente prescribe que *«son modalidades contractuales de colaboración las previstas con este carácter en la legislación básica sobre contratos del sector público para el contrato de gestión de servicios públicos»* (33.4); modelo al que ha venido a sumarse la legislación catalana en el TRLCat/2003 (249.5), que ha abandonado el que coincidía con el primero de los tipos descritos, tras la modificación operada por la L 16/2015, de 21 de julio, *de simplificación de la actividad administrativa de la Administración de la Generalidad y de los gobiernos locales de Cataluña y de impulso de la actividad económica*, que ha introducido en su art. 249.5 la determinación según la cual *«la gestión indirecta de los servicios públicos puede realizarse mediante cualquiera de las formas establecidas por la normativa de contratos del sector público para el contrato de gestión de servicios públicos»*.

1.5.3.2. La modificación del Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña por la L 16/2015

Esta *modificación de la legislación catalana* reviste unas características especialmente singulares si se atiende a las consideraciones que se formulan a continuación:

1ª La L 8/1987, de 15 de abril, *municipal y de régimen local de Cataluña* (LMRLCat), fue la primera autonómica que acometió el desarrollo legislativo de la LBRL/1985 y, en particular, la actualización de la regulación de los servicios públicos locales (art. 228 a 251), iniciativa que sería seguida por el resto de Comunidades Autónomas que normaron sobre régimen local en los textos antes citados.

Esa regulación pasó luego al *Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña* (TRLCat), aprobado por el DLegislativo 2/2003, de 28 de abril, del cual interesa detallar las previsiones siguientes:

1ª.a) La referida al art. 249, *Gestión del servicio público*, según el cual:

«249.1 La facultad de establecer el sistema de gestión de los servicios públicos corresponde a la potestad organizadora de los entes locales. Los servicios públicos locales pueden gestionarse directa o indirectamente.

249.2 La gestión directa puede adoptar las formas siguientes:

- a) *Gestión por el propio ente local.*
- b) *Organismo autónomo.*
- c) *Sociedad mercantil con capital social íntegramente público.*

249.3 La gestión indirecta puede adoptar las formas siguientes:

- a) *Concesión.*
- b) *Gestión interesada.*
- c) *Concierto.*
- d) *Arrendamiento.*
- e) *Sociedad mercantil o cooperativa con capital social mixto».*

1ª.b) Las determinaciones contenidas sobre las formas de gestión indirecta de los servicios públicos locales: *concesión* (art. 258 y 259), *gestión interesada* (260), *concierto* (261), *arrendamiento* (262 y 263), *sociedades mercantiles de economía mixta* (264 y 265), *cooperativas* (266) y *tarifas de los servicios* (268).

1ª.c) El complemento de la regulación sobre contratación: *contratos locales y normativa reguladora* (art. 273), *competencia contractual de los órganos locales* (274), *informes y dictámenes* (275), *órganos colegiados* (276), *publicidad* (277), *pliegos de cláusulas administrativas generales* (278), *importe máximo en el procedimiento negociado* (279), *garantías* (280) y *ejecución directa de obras por los entes locales* (281).

2ª En relación con los ámbitos señalados, el TRLCat/2003 fue modificado por la L 16/2015 de esta manera:

2ª.a) Dando al art. 249 del Texto refundido nueva redacción (L 16/2015, art. 19.14; se resaltan las modificaciones introducidas):

«Artículo 249. Gestión del servicio público

1. La facultad de establecer el sistema de gestión de los servicios públicos corresponde a la potestad de autoorganización de los entes locales.

*2. Los servicios públicos de competencia local deben gestionarse, **de la forma más sostenible y eficiente**, directa o indirectamente.*

3. La gestión directa de los servicios públicos puede realizarse mediante las siguientes formas:

a) Gestión del propio ente local.

b) Organismo autónomo local.

c) Entidad pública empresarial local.

d) Sociedad mercantil local con capital social íntegramente público.

4. Solamente puede hacerse uso de las formas a las que se refieren las letras c y d del apartado 3 si queda acreditado, con una memoria justificativa elaborada a tal efecto, que son más sostenibles y eficientes que las formas establecidas por las letras a y b, teniendo en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión, en los términos de la normativa de régimen local.

5. La gestión indirecta de los servicios públicos puede realizarse mediante cualquiera de las formas establecidas por la normativa de contratos del sector público para el contrato de gestión de servicios públicos.

6. Los servicios públicos locales que implican el ejercicio de potestades públicas o la salvaguardia de los intereses generales de las entidades locales no pueden prestarse por gestión indirecta ni tampoco mediante una sociedad mercantil con capital íntegramente público.»

2ª.b) Derogando los preceptos del TRLCat siguientes (L 16/2015, DD.2):

- los relativos a las formas de gestión indirecta de servicios públicos locales (art. 258 a 268);
- los referidos a las especialidades de la contratación local (273 a 281).

3ª Sobre la justificación de esta modificación normativa, el Preámbulo de la L 16/2015 no ofrece la más mínima explicación, a diferencia de lo que sucede en relación con otras variaciones introducidas en el TRLCat/2003. De todas formas, hay que distinguir entre los dos grupos de modificaciones.

Así, la del articulado del Texto refundido, referida a la nueva redacción dada al art. 249, es evidente que supone la traslación del art. 85.2 de la LBRL, y concretamente de las variaciones introducidas por la LRSAL. Efectivamente, se incorporan al referido precepto 249 del TRLCat las exigencias sobre sostenibilidad y eficiencia (apartado 2), la inclusión como forma de gestión directa de la entidad pública empresarial / EPE (apartado 3), las limitaciones a las formas de gestión directa de derecho privado, EPE y sociedad mercantil local (apartado 4), y remisión a la normativa de contratos del sector público de las formas de gestión indirecta de los servicios públicos (apartado 5), previsiones todas ellas recogidas en el citado art. 85.2 de la ley básica tras la modificación por la LRSAL (art. 1º.21).⁶⁴ En cuanto al apartado 6 del art. 249 del Texto refundido catalán, se trata del criterio general sobre la imposibilidad de que se acuda a las sociedades mercantiles públicas o a las formas de gestión indirecta para la prestación de servicios públicos que impliquen el *ejercicio de potestades públicas* o la *salvaguarda de los intereses generales*, criterio que con formulaciones análogas se recoge ya en otros textos normativos.⁶⁵ Se trata pues de una mera adecuación a la legislación básica que no requiere de mayor justificación.

Cuestión distinta es la referida a la derogación del bloque de preceptos relativos a la gestión indirecta de servicios públicos y a la contratación local. Es por ello que hay que acudir a los antecedentes de la tramitación de la citada ley, de cuya consulta pueden extraerse las siguientes conclusiones:⁶⁶

3ª.a) En el proyecto de ley (PL) ya figuraban los tres aspectos esenciales señalados:

⁶⁴ Sobre tales modificaciones referidas a la gestión directa puede consultarse MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS (2014: 597-610).

⁶⁵ Así, la primera en el TRLCSP (art. 275.1, 2º inciso, referido a que «*en ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos*») y ambas en el art. 92 de la LBRL, referido a las funciones públicas, según la redacción dada por la LRSAL (art. 1º.24).

⁶⁶ Para la consulta de la tramitación parlamentaria, objeto del expediente núm. 200-00037/10, véase http://www.parlament.cat/web/documentacio/recursos-documentals/dossier-legislatiu/sumari?p_id=36216; consulta efectuada el 26.7.2015. También he tenido acceso a la documentación que acompañaba al proyecto de ley aprobado por el Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña en la reunión de 16.12.2014, e integrada en el referido expediente y del dossier legislativo núm. 37, documentación que me fue diligentemente facilitada por la *Direcció d'Estudis Parlamentaris* del Parlamento de Cataluña (julio de 2015).

- la nueva redacción del art. 249 del TRLCat, con remisión a las formas de gestión indirecta previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en la normativa de contratos del sector público (art. 19.14);
- la derogación de los art. 258 a 268 y 273 a 281 del TRLCat (DD única del PL).

3^a.b) Ausente de justificación igualmente en la Exposición de motivos, tan sólo en las *Memorias de evaluación del impacto de las medidas propuestas* se localiza una brevísima consideración relacionada con las modificaciones que se están comentando. Concretamente se precisa que: «Se incluye también la derogación del régimen jurídico de contratación administrativa, ya que la normativa aplicable se encuentra en el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, con especial consideración a la Disposición Adicional segunda donde se encuentran recogidas las normas específicas de las Entidades Locales».⁶⁷

3^a.c) Siendo esta, pues, la única motivación hay que señalar que avalaría la derogación de los preceptos referidos a la contratación local en el TRLCat (272 a 281).⁶⁸ Pero no sucede lo mismo en relación con las especialidades de las formas de gestión indirecta de los servicios públicos locales (art. 258 a 268 del dicho Texto refundido), máxime si se pone en relación con la nueva regulación que introduce la L 16/2015 en el art. 249.4 del TRLCat, que se remite al contrato de gestión de servicios públicos en el vigente TRLCSP/2011, cuya regulación, como es sabido, es unitaria y sin distinguir especialidad alguna respecto de las diferentes modalidades (concesión, gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta, ex art. 275 a 289).

3^a.d) Tampoco se compadece mucho esa decisión normativa con la atribución estatutaria a la Generalitat de la competencia exclusiva *en materia de régimen local* y, en concreto, sobre *las modalidades de prestación de los servicios públicos* (EAC, 160.1.c), lo que, cuando menos, abonaría el mantenimiento de las determinaciones que no se opusieran a las contenidas en la legislación básica.⁶⁹

⁶⁷ Esta afirmación, con el mismo redactado, se repite hasta tres veces en las Memorias elaboradas (p. 4, 2 y 15); véase el dossier legisaltivo núm. 37 antes citado.

⁶⁸ En su mayoría, tales preceptos se hallaban ya derogados tácitamente por su oposición al TRLCSP/2011, excepción hecha del art. 278, referido a los pliegos de cláusulas administrativas generales (PCAG), figura que queda ahora huérfana de regulación.

⁶⁹ Pese a su impugnación, el referido precepto estatutario no fue objeto de declaración de inconstitucionalidad ni interpretación conforme por el Tribunal Constitucional en su STC núm. 31/2010, de 28.6, bien que debe recordarse que sobre la definición de las *competencias exclusivas* (110.1 EAC), sí recayó una interpretación conforme (véase FJ 59 y, en relación con

4ª No parece por todo lo expuesto que la derogación de la regulación sobre las formas de gestión indirecta haya sido el resultado de una decisión meditada, sino más bien el efecto colateral de una medida que solo debía haber afectado a los aspectos procedimentales de la contratación que se oponían al TRLCSP. Sea como fuere, lo cierto es que la que en su día fue la normativa pionera en España sobre gestión contractual de servicios públicos ha sido derogada, lo que de inmediato plantea cuál ha de ser la aplicable en Cataluña.

A este respecto hay que hacer mención del Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales (ROAS), aprobado por el Decreto 179/1995, de 13 de junio, texto de reconocida calidad técnica y que ha sido tomado como referente normativo tanto por otras legislaciones autonómicas, como por la doctrina científica. Concretamente, el ROAS regula la gestión indirecta de servicios públicos y sus modalidades con detalle, a saber: *disposiciones generales* (art. 228 a 242), *la concesión* (243 a 265), *la gestión interesada* (266 a 269), *el concierto* (270 a 274), *el arrendamiento* (275 a 281), *las sociedades mercantiles y cooperativas con capital mixto* (282 a 296) y *las tarifas de los servicios locales* (297 a 311). Como tal disposición reglamentaria no ha sido derogada, formalmente sigue en vigor. Tal es el criterio que se trasluce de la propia documentación que acompañaba al proyecto que dio lugar a la L 16/2015, aunque ciertamente la vinculación de los preceptos derogados del TRLCat con el ROAS/1995 no tiene otra consecuencia que resaltar lo paradójico de la modificación operada por aquella ley.⁷⁰

En cualquier caso, el ROAS cumpliría en Cataluña la función de desarrollo reglamentario de la legislación básica de contratos (TRLCSP), esto es, la que corresponde, en las Comunidades Autónomas que no han regulado al respecto, al

el art. 160 del EAC, el FJ 100), en el sentido de que debe presuponerse el respeto a la competencia estatal ex 149.1.18 CE para fijar la normativa básica.

⁷⁰ Así, en el análisis de las alegaciones formuladas y, en concreto, sobre la vigencia de dicho Reglamento tras la derogación de los preceptos del TRLCat se hace mención a que «ha de ser el ROAS (el) que se adapte a la (nueva) ley», así como a que, «en cualquier caso, cuando se modifique el ROAS se tendrá en cuenta las singularidades en el ámbito local, teniendo en cuenta otra normativa que también afecta a las entidades locales» (documento núm. 10 adjuntado al proyecto de ley, pág. 292, del dossier legislativo núm. 37 antes citado).

Reglamento de Servicios de 1955, texto del cual el ROAS catalán constituyó en su día una traducción ciertamente actualizada y con acertadas innovaciones.⁷¹

1.5.3.3. La aportación de la Ley Andaluza 5/2010, de autonomía local, sobre los servicios locales de interés general

A diferencia de la reducción conceptual operada en el ámbito de Cataluña, debe destacarse el intento desarrollado en Andalucía para vincular el concepto comunitario de *servicios de interés general* y el de servicio público propio del Derecho español. Así, debe reseñarse que la LAnd 5/2010 (LAULA) incorpora la definición de los *servicios locales de interés general*, los *principios* que inspiran su régimen y su configuración como *servicio público* o *servicio reglamentado* en los siguientes términos:⁷²

⁷¹ Sobre el ROAS véase FONT LLOVET *et. al.* (1997), LLISSET BORRELL y LLISSET CANELLES (1997) y MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS (2009).

⁷² La bibliografía sobre servicios de interés general y expresiones vinculadas es ingente; a título indicativo pueden darse las siguientes referencias bibliográficas: FERNÁNDEZ FERRERAS (2002), MONTOYA MARTÍN (2010b), PAREJO ALFONSO (2004), RIVERO YSERN (2014: 477-478) y SOSA WAGNER (2004b).

En el Seminario Internacional sobre *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos*, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona (UB), el 17.4.2015, coordinado por la Dra. VERA PARISIO (Università degli Studi di Brescia), el Dr. VICENÇ AGUADO i Cudolà (UB) y la Dra. BELÉN NOGUERA DE LA MUELA (UB), se puso de manifiesto cómo «la noción de servicios de interés general surge en el ámbito de la Unión Europea para referirse a una serie de actividades que están sujetas a obligaciones específicas de servicio público al ser consideradas por las autoridades públicas como de interés público por la relevancia que éstas tienen en la ciudadanía. Comprenden un amplio abanico de servicios de carácter económico, de solidaridad y de autoridad. Esta noción opera en un plano diferente, pero estrechamente interrelacionado, a las construcciones clásicas forjadas en la tradición jurídica de los Estados miembros como el Service publique o la Administración prestacional. La trascendencia de estas actividades para la ciudadanía ha hecho que el art. 106.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea haya incorporado la noción de servicios económicos de interés general, en el marco del ámbito de aplicación de las reglas de la competencia. Ahora bien, su trascendencia va más allá, ya que como pone de relieve el art. 14 de este Tratado, estos servicios tienen una función relevante para asegurar la cohesión social y territorial. En esta línea, el Tratado de Lisboa ha incorporado a los Tratados constitutivos un Protocolo sobre los servicios de interés general donde se establecen unas precisiones generales. El objetivo de este seminario es analizar cómo esta noción se enmarca en el proceso de transformaciones del Estado en las primeras décadas del siglo XXI hacia un Estado garante y regulador donde cobran una relevancia muy significativa las fórmulas de colaboración público privada, asegurando la prestación y gestión de estas actividades en régimen de competencia cuando no sea incompatible con las obligaciones de servicios públicos. La noción de servicios de interés general surge en el ámbito de la Unión Europea para referirse a una serie de actividades que están sujetas a obligaciones específicas de servicio público al ser consideradas por las autoridades públicas como de interés público por la relevancia que éstas tienen en la ciudadanía. Comprenden un amplio abanico de servicios de carácter económico, de solidaridad y de autoridad. Esta noción opera en un plano diferente, pero estrechamente interrelacionado, a las Construcciones clásicas forjadas en la tradición jurídica de los Estados miembros como el

«Artículo 26 Servicios locales de interés general

1. Son servicios locales de interés general los que prestan o regulan y garantizan las entidades locales en el ámbito de sus competencias y bajo su responsabilidad, así como las actividades y prestaciones que realizan a favor de la ciudadanía orientadas a hacer efectivos los principios rectores de las políticas públicas contenidos en el Estatuto de Autonomía para Andalucía.

2. Las entidades locales, actuando de forma individual o asociada, tienen plena libertad para constituir, regular, modificar y suprimir los servicios locales de interés general de su competencia, de acuerdo con la ley y el Derecho europeo.»

«Artículo 27 Principios informadores de los servicios locales de interés general

El régimen de los servicios locales de interés general de la Comunidad Autónoma de Andalucía se inspira y fundamenta en los siguientes principios:

Service publique o la Administración prestacional. La trascendencia de estas actividades para la ciudadanía ha hecho que el art. 106.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea haya incorporado la noción de servicios económicos de interés general, en el marco del ámbito de aplicación de las reglas de la competencia. Ahora bien, su trascendencia va más allá, ya que como pone de relieve el art. 14 de este Tratado, estos servicios tienen una función relevante para asegurar la cohesión social y territorial. En esta línea, el Tratado de Lisboa ha incorporado a los Tratados constitutivos un Protocolo sobre los servicios de interés general donde se establecen unas precisiones generales» (tríptico de presentación del Seminario).

En el decurso de la Jornada, por destacados especialistas se abordó cómo esta noción se enmarca en el proceso de transformaciones del Estado en las primeras décadas del siglo XXI hacia un Estado garante y regulador (ESTEVE PARDO y LAGUNA DE PAZ), donde cobran una relevancia muy significativa las fórmulas de colaboración público privada (VALCÁRCEL FERNÁNDEZ y MONTOYA MARTÍN), asegurando la prestación y gestión de estas actividades en régimen de competencia cuando no sea incompatible con las obligaciones de servicios públicos en los sectores de salud (FONT LLOVET), transporte (TARRÉS VIVES) y sector energético (VILLAR ROJAS y ALESSANDRO CALEGARI). El tríptico es accesible en:

http://www.ub.edu/dret/butlleti/03_2015/triptic_serveis.pdf

Frente a la *imprescindibilidad* de consignar una referencia a estos conceptos, no falta quien advierte de las dificultades de integrarlos en la caracterización de los servicios públicos. Así, SANTAMARÍA PASTOR (2015: 334) «aconseja huir por completo de la asunción de la terminología comunitaria, que nos ofrece el peor ejemplo posible de caos y confusión. Aunque la gestación del problema es sumamente complicada, baste recordar que nace de la alusión que el art. 86.2 del Tratado CEE (hoy art. 106.2 del TFUE) hace a los “servicios de interés económico general” (SIEG). Pero en los intentos de precisar este concepto jurídico indeterminado, las instituciones comunitarias han acuñado también las nociones de “servicio de interés general” (sin “económico”: SIG), de “servicios no económicos de interés general” (SNEIG), de “servicios sociales de interés general” (SSIG), además de los de “servicio universal” y de “misiones de servicio público”; todos los cuales se solapan entre sí, y sin que existan definiciones claras y concluyentes de cada uno de ellos. Todo este indescriptible panorama se explica, y quizá justifica, en el hecho de que la Comisión Europea nunca ha intentado una tipificación abstracta y general: la proliferación de expresiones se debe a haberse hecho desde una perspectiva tan singular como inadecuada, la de determinar que concretas actividades públicas (y privadas) quedaban incluidas o excluidas de la aplicación de las normas de los Tratados relativas a la defensa de la competencia. Ello impide que podamos asumir esta terminología.»

Sobre los conceptos comunitarios de *servicios de interés general* y *servicios económicos de interés general* volveremos después (epígrafe 2.1).

1. *Universalidad.*
2. *Igualdad y no discriminación.*
3. *Continuidad y regularidad.*
4. *Precio adecuado a los costes del servicio.*
5. *Economía, suficiencia y adecuación de medios.*
6. *Objetividad y transparencia en la actuación administrativa.*
7. *Prevención y responsabilidad por la gestión pública.*
8. *Transparencia financiera y en la gestión.*
9. *Calidad en la prestación de actividades y servicios.*
10. *Calidad medioambiental y desarrollo sostenible.*
11. *Adecuación entre la forma jurídica y el fin de la actividad encomendada como límite de la discrecionalidad administrativa.»*

«Artículo 28 Clasificación de los servicios locales de interés general

1. *Las entidades locales pueden configurar los servicios locales de interés general como servicio público y servicio reglamentado.*
2. *Los servicios locales de interés general se prestan en régimen de servicio público cuando la propia entidad local realiza, de forma directa o mediante contrato administrativo, la actividad objeto de la prestación.*
3. *Los servicios locales de interés general se prestan en régimen de servicio reglamentado cuando la actividad que es objeto de la prestación se realiza por particulares conforme a una ordenanza local del servicio que les impone obligaciones específicas de servicio público en virtud de un criterio de interés general.»*

La regulación transcrita de la LAULA/2010 muestra la oportuna opción adoptada por esta Comunidad Autónoma por contextualizar los servicios públicos locales en el marco de ese concepto comunitario de los *servicios de interés general*, estableciendo en el art. 26 transcrito una vinculación entre ambas nociones y afirmando el denominado principio de *libertad en la forma de elección del modo de gestión en los servicios públicos*. Dicho principio, recogido en el RServicios/1955 y en algunas legislaciones autonómicas, se ha visto matizado, no obstante, en relación con las formas de gestión directa por la LRSAL en la redacción dada al art. 85.2.A, *in fine*, de la LBRL.⁷³

⁷³ Las referencias de legislaciones autonómicas que recogen ese principio de *libertad en la forma de elección del modo de gestión en los servicios públicos* aludido son las siguientes: Andalucía, L 5/2010 (26.2); Aragón, L 7/1999 (199.2); Cataluña, Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local (TRLCat. 246.1), aprobado por el DLeg 2/2003; Galicia, L 5/1997 (297.1); La Rioja, L 1/2003 (199.2); Madrid, L 2/2003 (98.2) y Navarra, Ley foral 6/1990 (186.1).

A su vez, constituye un encomiable esfuerzo de síntesis y sistematización la enumeración de los *principios informadores de los servicios locales de interés general* que efectúa el art. 27 de dicha ley. Y también supone una innovación relevante unir bajo esta categoría de *servicios locales de interés general* la que recoge el art. 28 de la misma, mediante la previsión de su prestación en dos modalidades: la clásica del *servicio público* y la sugerente incorporación del *régimen de servicio reglamentado*; susceptible esta segunda modalidad de ser configurada, a mi juicio, para acoger actividades prestacionales desarrolladas por privados en las que, sobre la base de unos rendimientos económicos y un número de usuarios suficientes, sea posible articular las también categorías de origen comunitario del *servicio universal* y las *obligaciones de servicio público*, y todo ello en el marco de la ordenanza local.⁷⁴

Sobre la matización a dicho principio respecto de la gestión directa, debe señalarse que se traduce, en síntesis, en la introducción de unos criterios de preferencia en favor de la gestión por organismo autónomo local o por la propia entidad local, tanto la indiferenciada como la desconcentrada mediante órgano especial de administración, y la subsidiariedad de las formas de entidad pública empresarial local y de sociedad mercantil local, cabe entender que en su variante unipersonal, así como en una serie de requerimientos sobre la tramitación de los expedientes de constitución de tales personificaciones. Para el detalle de tales criterios y requerimientos puede consultarse mi trabajo (MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, 2014: 60-62).

⁷⁴ Sobre esta mención a los servicios de interés general debe consignarse que la regulación andaluza bebe de las fuentes del *Anteproyecto de Ley Básica del Gobierno y la Administración Local* (ALBGAL, fechado el 3.5.2006), proyecto legislativo nonato, cuyo Título V se intitulaba *Actividades, bienes, obras y servicios*, y que recogía en sus art. 74 y 75 los aspectos que luego se plasmaría en los preceptos 26 y 28 comentados de la LAULA. Y entre aquel proyecto desgraciadamente frustrado y esta realidad afortunadamente conseguida debe reseñarse, como hilo conductor, la vocación municipalista y defensora de la intermunicipalidad de la provincia de MANUEL ZAFRA VÍCTOR, Director general de Cooperación Local en Madrid (2004-2007) y Director general de Administración Local en la Junta de Andalucía (2008-2010), cuyas vivencias describe en el interesantísimo libro *Respaldo político para buenas ideas. Mi experiencia en dos direcciones generales sobre gobiernos locales* (2015), texto fundamental para cualquier estudioso de la realidad jurídico-política española en su proyección al subsistema local. Sobre las aportaciones y valía del ALBGAL/2006 puede consultarse MONTOYA MARTÍN (2006: 21-34) y mi trabajo (MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, 2007: 345-363).

Para acabar, una mención que recogía el art. 75.3 del ALBGAL sobre la prestación en régimen de servicio reglamentado, y que clarificaba algunos aspectos de la misma; así, se prescribía (reproducido en MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS 2007: 359):

«La ordenanza local de servicio debe contemplar, entre otros, los siguientes aspectos de la prestación:

- a) *En relación al servicio, las condiciones técnicas de su prestación, las modalidades en que puede ser prestado y las obligaciones específicas de servicio público que se les impone en virtud del criterio de interés general, así como los niveles mínimos de calidad, en su caso.*
- b) *En relación a los usuarios, los derechos y deberes y, en función del servicio de que se trate, las tarifas o precios aplicables para toda o parte de su actividad, así como los supuestos en que la actividad puede ser subvencionada por la entidad local.*
- c) *En relación con el prestatario del servicio, la regulación de su situación jurídica respecto de la administración en la que se debe concretar si el inicio, traslado y cese de la prestación del servicio queda sometida o no a autorización administrativa previa, las sanciones aplicables por las infracciones en que puedan incurrir y los supuestos de revocación de la autorización o clausura de la actividad.»*

1.5.3.4. Las entidades locales contratantes

De lo expuesto hasta aquí se deduce que las principales entidades locales que contratan la prestación de servicios públicos son los municipios y ciertamente es así como consecuencia del tratamiento de la legislación al cual se ha pasado revista en los epígrafes anteriores. Formulada esta precisión, ello no obsta a que también otras entidades locales puedan prestar naturalmente servicios públicos y contratar con terceros para ello. Muy sucintamente relacionadas y ciñéndonos a la legislación básica, son susceptibles de gestionar contractualmente los servicios públicos también las siguientes entidades locales:

- a) Las territoriales, esto es, las provincias y las islas (ex LBRL, 3.1, y 31 a 41).
- b) Las demás entidades locales, a saber, las comarcas, las áreas metropolitanas, las mancomunidades de municipios, los consorcios y las

Con ese antecedente, la LAULA, de manera coincidente en lo esencial, ha reproducido ese régimen así:

«Artículo 29. Régimen jurídico de los servicios locales de interés general en régimen de servicio reglamentado.

1. *Las ordenanzas locales de servicios reglamentados deben contemplar, entre otros, los siguientes aspectos:*
 - a) *En relación al servicio, las condiciones técnicas de su prestación, las obligaciones específicas de servicio público que se les impone en virtud del criterio de interés general, así como los niveles mínimos de calidad, en su caso. Igualmente determinará, en función del servicio de que se trate, las tarifas o precios aplicables para toda o parte de la actividad, así como los supuestos en que la actividad puede ser subvencionada por la entidad local.*
 - b) *En relación a los usuarios, los derechos y deberes.*
 - c) *En relación con el prestatario del servicio, la regulación de su situación jurídica respecto de la Administración, en la que se debe concretar si, por necesidades imperiosas de interés general, procede que el inicio, las modificaciones y el cese de la prestación del servicio quedan sometidos a autorización administrativa, comunicación o declaración responsable previas, las sanciones aplicables por las infracciones en que puedan incurrir y los supuestos de revocación de la autorización o clausura de la actividad.*
2. *Los posibles controles administrativos preventivos sobre la actividad de servicio se registrarán por las normas de derecho interno y europeo relativas a la competencia.*
3. *Los ciudadanos podrán exigir de la entidad local, en vía administrativa o contencioso-administrativa, la vigilancia y cumplimiento de la reglamentación establecida en la ordenanza de cada servicio reglamentado. Las demás condiciones de prestación del servicio serán exigibles ante el orden jurisdiccional competente.»*

Un antecedente de esta figura puede localizarse en la denominada *autorización reglamentada*, regulada en el art. 17.1 del RServicios de 1955, en cuya virtud *«en la reglamentación de los servicios privados prestados al público, (...) corresponderá a las Corporaciones Locales otorgar la autorización, aprobar las tarifas del servicio, fijar las condiciones técnicas y determinar las modalidades de prestación, las garantías de interés público y las sanciones aplicables en caso de infracción, así como los supuestos en que procediere revocar la autorización»*. Sobre dicha regulación, véase ALBI CHOLBI (1960: 673-695).

entidades locales menores o descentralizadas, así como los organismos autónomos (ex LBRL, 3.2, 42 a 45, 85.2.b, 85 bis, 87 y DT4^a, y TRLCSP, 3).

Los títulos en cuya virtud podrán prestar esos servicios públicos locales serán las *competencias propias*, conferidas legalmente con carácter general (LBRL, 36, para las provincias) o mediante ley autonómica (casos de las islas en los archipiélagos balear y canario, de las comarcas, en el catalán y aragonés, y de las áreas metropolitanas), o por *delegación* (ex LBRL, 27 y sus correlativos autonómicos); en los supuestos de los consorcios y mancomunidades, será en virtud de la *descentralización cooperativa* efectuada por las entidades territoriales matrices y plasmada en los correspondientes estatutos por ellas aprobados; finalmente, la atribución a los organismos autónomos tiene lugar al amparo de la *descentralización funcional* acordada por las entidades locales territoriales que los instituyen y de las que dependen, con arreglo a los estatutos que tales entidades matriz aprueban.

Si desde el punto de vista objetivo, el relacionado es el elenco de posibles Administraciones públicas locales prestadoras de servicios, desde el punto de vista objetivo o material, la relación de sectores o materias sobre los cuales se concretan esos servicios es la definida para los municipios en los preceptos de la LBRL y de la legislación autonómica a los que se ha hecho referencia en los apartados anteriores. Así, los servicios públicos gestionados por estas otras entidades complementan los de los ayuntamientos y cierran el círculo prestacional de los sistemas locales de bienestar.⁷⁵

1.5.4. La incidencia de la regulación de la iniciativa pública y las actividades económicas en la gestión de los servicios públicos locales

1.5.4.1. Determinaciones sobre la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas

En la gestión indirecta que se está analizando también tiene incidencia la regulación que efectúa la LBRL de la *iniciativa pública para el desarrollo de actividades*

⁷⁵ Como ejemplos de servicios públicos locales se ofrecen casi un centenar de *experiencias de contraste*, mayoritariamente de municipios (epígrafe 9.2), completadas con los de otras entidades locales (ep. 9.3). Del análisis de la prestación de servicios públicos por estas otras entidades locales me he ocupado pormenorizadamente en otros trabajos, a los que me remito (MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, 2007: 192-204; 2009: 598-604 y 612-620; y 2013b).

económicas, toda vez que dicha regulación alcanza a algunos servicios públicos locales.⁷⁶

Dicha regulación se localiza en dos preceptos:

a) LBRL; art. 86:

«1. 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.

Corresponde al pleno de la respectiva Corporación local la aprobación del expediente, que determinará la forma concreta de gestión del servicio.

2. Se declara la reserva 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. El Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer, mediante Ley, idéntica reserva para otras actividades y servicios.

La efectiva ejecución de estas actividades en régimen de monopolio requiere, además del acuerdo de aprobación del pleno de la correspondiente Corporación local, la aprobación por el órgano competente de la Comunidad Autónoma.

3. En todo caso, 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».

⁷⁶ Sobre esa regulación, en el marco del redimensionamiento del sector público local, puede consultarse mi trabajo (MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, 2014).

b) Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18.4, por el que se aprueba el texto refundido de las Disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (TRLRHL); art. 97:

«1. Para el ejercicio de actividades económicas por las Entidades locales se requiere:

a) Acuerdo inicial de la Corporación, previa designación de una Comisión de estudio compuesta por miembros de la misma y por personal técnico.

b) Redacción por dicha Comisión de una memoria relativa a los aspectos social, jurídico, técnico y financiero de la actividad económica de que se trate, en la que deberá determinarse la forma de gestión, entre las previstas por la Ley, y los casos en que debe cesar la prestación de la actividad. Asimismo, deberá acompañarse un proyecto de precios del servicio, para cuya fijación se tendrá en cuenta que es lícita la obtención de beneficios aplicable a las necesidades generales de la Entidad local como ingreso de su Presupuesto, sin perjuicio de la constitución de fondos de reserva y amortizaciones.

c) Exposición pública de la memoria después de ser tomada en consideración por la Corporación, y por plazo no inferior a treinta días naturales, durante los cuales podrán formular observaciones los particulares y Entidades, y

d) Aprobación del proyecto por el Pleno de la Entidad local.

2. Para la ejecución efectiva en régimen de monopolio de las actividades reservadas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, se requerirá el cumplimiento de los trámites previstos en el número anterior referidos a la conveniencia del régimen de monopolio y se recabará informe de la autoridad de competencia correspondiente, si bien el acuerdo a que se refiere su apartado d) deberá ser optado por mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación.

*Recaído acuerdo de la Corporación, se elevará el expediente completo al órgano competente de la Comunidad Autónoma. **El Consejo de Gobierno** de ésta deberá resolver sobre su aprobación en el plazo de tres meses.⁷⁷*

⁷⁷ El inciso «El Consejo de Gobierno» fue declarado inconstitucional y nulo por la STC núm. 111/2016, de 9.6, sobre la base de lo razonado en el siguiente fundamento jurídico:
«7. La Junta de Andalucía impugna el art. 97 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, en la redacción dada por la disposición final primera de la Ley 27/2013. Aduce exactamente las mismas razones que llevaron a la STC 41/2016 a

Si se solicitase dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo superior del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, donde existiese, no se computará el tiempo invertido en evacuar la consulta.»

1.5.4.2. Iniciativa pública, desarrollo de actividades económicas y sus condicionantes

La cuestión de los límites de la iniciativa pública económica ocupó una parte significativa del debate constitucional. Invariablemente, desde 1978 hasta hoy no ha dejado de estar presente atendida su carga ideológica y la legitimidad de las diferentes opciones que, de un lado, defienden una mayor presencia en la actividad económica de los poderes públicos o, de otro, una posición retraída o subordinada a la del sector privado.

El proyecto de reforma local de 2013 no podía situarse al margen de ese debate y, ciertamente, lo abordó, bien que la posición, inicialmente muy restrictiva respecto de la

declarar la inconstitucionalidad y nulidad de los incisos “Decreto del órgano de gobierno de” y “el Órgano de Gobierno de”, incluidos, respectivamente, en las disposiciones transitorias cuarta.3 y undécima, párrafo tercero, todos de la Ley 27/2013. La referencia a un concreto órgano autonómico —en este caso la indicación de que corresponde al Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma la aprobación del régimen de monopolio acordado por el ente local para la gestión de actividades reservadas conforme al art. 86.2 LBRL— vulneraría la potestad autonómica de autoorganización.

Lo razonado en los fundamentos jurídicos 7 c) y 8 b) de la STC 41/2016 es enteramente trasladable a este proceso para estimar la impugnación y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad y nulidad del inciso “El Consejo de Gobierno de”, incluido en el segundo párrafo, in fine, del art. 97 del texto refundido de la Ley de régimen local, en la redacción dada por la disposición final primera de la Ley 27/2013.»

Los fundamentos jurídicos de la STC 41/2016 precisan lo siguiente:

7.c. Sobre la disolución de las entidades locales menores:«(...) Qué órgano autonómico ha de adoptar el acuerdo de disolución en este caso y cómo ha de hacerlo son esencialmente «cuestiones de organización administrativa» (STC 194/2012, de 31 de octubre, FJ 7) que pertenecen a la potestad de autoorganización de la Comunidad Autónoma. En este supuesto, no hay razones constitucionales que justifiquen que las bases descendan a la regulación de estos detalles. Por eso la determinación del legislador estatal infringe los arts. 148.1.1 CE y 9.1.1 del Estatuto de Autonomía de Extremadura. En consecuencia, procede declarar la inconstitucionalidad y nulidad del inciso «Decreto del órgano de gobierno de», incluido en el apartado 3 de la disposición transitoria cuarta de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, y desestimar esta impugnación en todo lo demás.»

8.d. Sobre la disolución de las mancomunidades:«(...) No obstante, tiene razón la Asamblea legislativa recurrente cuando denuncia la extralimitación que supone la indicación precisa del órgano autonómico al que corresponde iniciar y resolver el expediente de disolución. Tal indicación vulnera los arts. 148.1.1 CE y 9.1.1 del Estatuto de Autonomía de Extremadura.

Consecuentemente, procede declarar la inconstitucionalidad y nulidad del inciso «el Órgano de Gobierno de» incluido en el párrafo tercero de la disposición transitoria undécima de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local y desestimar esta impugnación en todo lo demás.»

iniciativa pública de las versiones de los *Anteproyectos de ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local* (ARSAL), se atemperó con el Proyecto de ley (PRORSAL).⁷⁸

Las modificaciones que introdujo la LRSAL en la regulación de la iniciativa pública local pueden sintetizarse así (1º.23, que da nueva redacción al 86 de la LBRL):

1) El nuevo precepto sigue expresando que *las entidades locales podrán ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas*, si bien desaparece del 86.1 de la LBRL el añadido «*conforme al artículo 128.2 de la Constitución*», omisión que obviamente no tiene virtualidad jurídica alguna.⁷⁹

2) Tras el reconocimiento de la iniciativa se establece un primer condicionante: *que esté garantizado el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias*, con apelación, una vez más, a los principios de la LOEPSF que guían la reforma.

3) Siguen luego unos requerimientos, en cuya virtud, 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* (debiera haber dicho *local*, atendido su ámbito de aplicación),

–*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 un lado, el primer requisito obliga a la justificación y consecuente declaración en el sentido de que la iniciativa no afecte a la sostenibilidad financiera del conjunto de la hacienda de la Administración actuante.⁸⁰ De otro, el segundo tiene un carácter

⁷⁸ Sobre los cambios del ARSAL al PRORSAL véase FLORES DOMÍNGUEZ (2012: V.2 y 2013b: VI.3) y RIVERO ORTEGA y MERINO ESTRADA (2013: 27–28).

⁷⁹ Dice el 128.2 de la CE:

«*Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. 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*».

⁸⁰ Sobre este requisito deben consignarse las precisiones formuladas por HURTADO LÓPEZ, Subdirector General del MINHAP. En primer lugar, que la garantía del cumplimiento del objetivo

jurídico-formal toda vez que requiere del análisis de diversos aspectos, pero sin que el pronunciamiento sobre el mercado, la oferta y la demanda existentes, la rentabilidad y los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial, contengan ningún condicionante previo, para la decisión corporativa, si se atiende al tenor literal del precepto.

4) El anterior 86.3 de la LBRL, ahora 86.2, sobre *declaración de la reserva de actividades o servicios esenciales en favor de las entidades locales* es objeto de modificación:

- se eliminan de la relación las menciones al *suministro de calefacción, mataderos, mercados y lonjas centrales*;
- con lo que persisten solo como actividades o servicios esenciales reservados por la legislación básica los de *abastecimiento domiciliario y depuración de aguas, recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros*, en el bien entendido que esa relación es susceptible de ampliación por ley estatal o autonómica.

5) La nueva Ley modifica también el Texto refundido de régimen local de 1986, y afecta a la ejecución efectiva en régimen de monopolio de las actividades reservadas de acuerdo con lo dispuesto en el (nuevo) 86.2 de LBRL, en el sentido de que se *recabará informe de la autoridad de competencia correspondiente* (LRSAL, DF1ª, que da nueva redacción al 97.2 del TRRL/1986).⁸¹

de *sostenibilidad financiera* está “asociada al respeto de los límites al endeudamiento de las entidades locales. Límites que están recogidos en el TRLRHL (artículos 51 y 53) y en la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013 (Disposición final trigésima primera)”. En segundo, que el *análisis de riesgos* “no puede limitarse a la entidad local “matriz” o a su Administración general ni tampoco al ente que vaya en último término a realizar la actividad económica, sino que debe extenderse al conjunto que forman aquella Administración general con sus entidades dependientes” (HURTADO LÓPEZ, 2014: 315).

⁸¹ La remisión es genérica a *la autoridad de competencia correspondiente*, toda vez que puede ser la estatal (*Comisión Nacional de la Competencia, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, a partir de la L 3/2013, de 4.6) o la autonómica si ha sido constituida. De acuerdo con la STC 208/1999, de 11.11, no siendo la defensa de la competencia una materia atribuida por la Constitución expresamente al Estado, aquellas Comunidades Autónomas (CA) que así lo prevean en sus Estatutos tienen competencias de ejecución de la legislación estatal en materia de defensa de la competencia, en los términos que la Ley 1/2002, de 21 de febrero, establece (FJ 6º y 7º).

Las CA que, por orden cronológico, han constituido una autoridad de competencia son las siguientes: Cataluña (2002); Región de Murcia, Galicia, Madrid y C. Valenciana (2004); País Vasco y Extremadura (2005); Aragón, y Castilla y León (2006); Andalucía (2007) y Canarias (2008); Castilla–La Mancha la creó en 2008, pero la suprimió en 2011; véase de la Comisión Nacional de la Competencia 2013 – [Informe sobre la Aplicación de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en](#)

6) El cuadro de innovaciones se completa con un innecesario recordatorio a que, «*en todo caso, 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*» (LRSAL, 1º.23, que da nueva redacción al 86.3 de la LBRL).

Como se desprende de las consideraciones efectuadas, la regulación de la iniciativa económica, solo incide en los aspectos procedimentales señalados y acotada a los que la misma denomina *servicios esenciales*, subcategoría de los servicios públicos locales cuya calificación se sujeta a reserva legal.

1.5.5. Otras vinculaciones y centralidad de la gestión de servicios públicos.

También en el ámbito autonómico existe una directa vinculación entre los servicios públicos y la gestión indirecta de los mismos, ya se refiera al régimen local o a los propios servicios autonómicos, en especial en los ámbitos educativo, sanitario y asistencial, pero también en otros más generales (véase la Ley de Galicia, 1/2015, de 1.4, de *garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración*, y sus apelaciones a la gestión indirecta, art. 35, 36, 37, 39, 41, 44, 45, 47 y 48).

Por su parte, los servicios públicos de titularidad estatal, aunque reducidos tras los procesos de liberalización de finales del siglo XX (electricidad, telefonía y demás), aún mantienen ámbitos significativos de prestación, susceptibles de gestión indirecta (transportes de viajeros y servicios portuarios y aeroportuarios, entre los más relevantes).

Se concluye de las menciones efectuadas la centralidad en el ordenamiento jurídico español tanto de los *servicios públicos*, como de la *gestión indirecta* de los mismos. Y esa centralidad no es sino el correlato jurídico de una realidad: que los servicios públicos siguen ocupando un papel trascendental tanto para los gobiernos encargados

materia de defensa de la Competencia 2008–2012 (http://www.cncompetencia.es/Portals/0/PDFs/Docs/CNC-informe%20autonomias5_indexado.pdf).

Sobre la situación de las autoridades de la competencia, a febrero de 2016, puede consultarse <https://blog.cnmc.es/2016/02/23/la-colaboracion-entre-las-autoridades-de-competencia-autonomicas-y-la-cnmc/>

de asegurar su prestación como para los ciudadanos usuarios de los mismos, y ello con una incidencia especial en el ámbito local.

1.5.6. La opción en favor de la gestión indirecta de los servicios públicos y la esencialidad del mantenimiento de esta categoría.

En las páginas anteriores ya se han expuesto las diferentes formas de prestación de los servicios públicos, y se ha aludido a la disyuntiva de optar por su gestión directa o por una de las modalidades contractuales que caracterizan la indirecta y a algunos de los argumentos en favor de una u otra. Siendo desde luego muy interesante el debate sobre tal opción, no constituye un tema tratado exhaustivamente en la tesis y, a mi juicio, su trascendencia es menor que la del concepto mismo de servicio público. Quiere decirse con esto, que lo realmente esencial para el Estado social es el mantenimiento del concepto de servicio público, de tal categoría si lo formulamos en términos jurídicos, con particular incidencia en el ámbito analizado, para asegurar la preservación de los sistemas locales de bienestar.

De lo que nos ocupamos ahora, por tanto, es de la gestión indirecta de los servicios públicos, esto es, de la prestación por un tercero, un particular, contratado por la Administración, pero sobre la base no solo de continuar siendo la titular del servicio que busca la colaboración privada para su gestión, sino conservando la dirección y el conjunto restante de potestades sobre el mismo, como garantía de los derechos de los usuarios y de la continuidad y regularidad en su prestación. No se rehúye aquel debate, abordado ya en otras ocasiones y que no descarto en el futuro, sino que, en el momento presente, parece especialmente necesario abordar el análisis de su gestión contractual.

Porque no es infrecuente en estos días oír expresiones como que *el servicio público ha muerto* u otras formulaciones menos contundentes pero que apuntan en el mismo sentido. Pues bien, resulta que ese cuestionamiento puede venir tanto directamente de la negación de la categoría general –el servicio público–, como de la configuración concreta de su prestación mediante el concurso del privado, que en España se ha articulado desde hace más de medio siglo a través del contrato de gestión de servicio público y sus diferentes modalidades. Y lo cierto es que esta figura contractual se diseñó precisamente para garantizar una adecuada prestación de su objeto, por lo que la desaparición de la misma comportaría, cuando menos, una desprotección del

servicio público, riesgo cuya eventualidad cobra visos de realidad, como se verá a lo largo de las páginas siguientes.

1.6. La disociación normativa: las tesis enfrentadas sobre la gestión contractual de los servicios públicos locales

Y pese a la insistencia del legislador básico y de régimen local, su mandato se ha visto diariamente desautorizado por la tesis que, como extensión del derecho y la jurisprudencia comunitarios, preconiza la subsunción de la gestión de los servicios públicos en el *contrato de servicios* y la preterición de las citadas formas de gestión indirecta, excepción hecha de la *concesión*, acotada a los supuestos en que el prestador asume el riesgo de la explotación del servicio, sobre la base de que su remuneración provenga de las tarifas abonadas por los usuarios, exclusivamente o acompañadas de un precio, o incluso si la contraprestación es satisfecha por la Administración siempre que haya un riesgo y este consista en que los ingresos derivados de la gestión dependan de hechos o circunstancias ajenas a la voluntad del contratista; tesis acogida por:

- las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa (JCCA), a destacar la de la Administración General del Estado (Informes 22/09, de 25.9 y 12/10, de 23.7) y Aragón (Inf 2/2014, de 22.1 y 4/2014, de 22.1);
- los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales (TARC), a resaltar igualmente el Central (Resolución 203/2011, de 7.9 y 215/2014, de 14.3) y de Aragón (Acuerdos 19/2011, de 11.8, 20/2011, de 11.9 y 55/2013, de 1.10);
- y una prestigiosa doctrina: GIMENO FELIÚ (2010 y 2012 a 2016), GALLEGO CÓRCOLES (2011), RAZQUIN LIZÁRRAGA, J.A. (2012), SÁIZ RAMOS (2012), RAZQUÍN LIZÁRRAGA, M.M. (2014) y CARBONERO GALLARDO (2015).

Dejando para más adelante el análisis detallado de su argumentario, lo cierto es que la aceptación de esta tesis, restrictiva respecto de la utilización de las modalidades del contrato de gestión de servicios públicos (CGSP), ha venido a suponer una suerte de *disociación* entre el derecho positivo, detallado en el apartado anterior, y la efectiva utilización de los tipos contractuales en la gestión de los servicios públicos locales.

Con todo, debe significarse que esa tesis restrictiva, cuya máxima plasmación la constituye la regulación de los ALCSP de abril y octubre de 2015, se ha visto severamente objetada por el Consejo de Estado, en el Dictamen emitido sobre el

último de los anteproyectos (Dictamen núm. 1116/15, de 10.3.2016), como se tendrá oportunidad de comentar extensamente.

Asistimos, pues, al enfrentamiento entre esta *tesis restrictiva* y la que podríamos denominar *tesis tradicional* del CGSP, con sus cuatro modalidades, cuya configuración normativa prácticamente se ha mantenido inalterada, tal como ya se ha apuntado, ¡desde la Ley de Contratos del Estado de 1965! Y en esa falta de adaptación, en particular al Derecho comunitario, es donde creo que radica la raíz del problema y el origen del equívoco respecto del tipo contractual a utilizar cuando su objeto lo constituye un servicio público.

Así, la regulación de la concesión y del resto de modalidades del CGSP no se ha visto modificada bajo el argumento de que dicho contrato no estaba sujeto a *regulación armonizada*, afirmación a la que creo que se le han otorgado unas consecuencias y efectos excesivos.⁸²

Se impone, pues, una visión retrospectiva sobre la asimetría en la regulación del CGSP y la transposición del Derecho comunitario.

⁸² Como es bien sabido, la regulación comunitaria se centraba en los contratos de obras, suministros y servicios, y fue la de este último la que llevó a reajustar los tipos, propios del derecho interno, de los contratos de *trabajos específicos y concretos no habituales*, primero (TRLCAP/2000) y de *consultoría y asistencia*, después (LCSP/2007), unificados ambos bajo el tipo del contrato de servicios. Y, sin embargo, el legislador español no consideró necesario introducir ninguna previsión normativa en el CGSP, pese a que era evidente que algunas de las actividades contenidas en los *anexos del contrato de servicios* en las directivas comunitarias coincidían con prestaciones propias de servicios públicos, integrantes, por tanto, del objeto de las modalidades del contrato de gestión de los mismos (como así se veía reflejado, por ejemplo, en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas/RGLCAP, aprobado por el RD 1098/2001, anexo II-RS5, en relación con la *recogida de residuos*, o en la propia LCSP/2007, como veremos después).

CAPÍTULO 2. DERECHO COMUNITARIO, CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS Y DE SERVICIOS Y SU INCIDENCIA EN LA DE SERVICIOS PÚBLICOS, Y EN EL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS.⁸³

2.1. Introducción: asimetrías conceptuales y de regulación

Si nos atenemos a la tesis tradicional, no son coincidentes las definiciones del Derecho español y del Derecho comunitario sobre las concesiones de *obras públicas*, de *servicios* y de *servicios públicos*. En el Derecho comunitario, al término de la *concesión* se asocian invariablemente las ideas de *riesgo* y *explotación*. Así, la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31.3, ofrecía las siguientes definiciones:

a) «La concesión de obras públicas es un contrato que presente las mismas características que el contrato público de obras, 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» (art. 1.3).

b) «La concesión de servicios es un contrato que presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien dicho derecho acompañado de un precio» (art. 1.4).

Se constata, pues, que la acepción comunitaria de *explotación* remite a la percepción de una *contraprestación económica* de los que utilizan la obra o el servicio, de sus *usuarios*, acompañada o no de un *precio* que satisface la Administración; a *sensu contrario*, el *riesgo* en la concesión comunitaria no contempla la posibilidad de un abono total del precio.⁸⁴

⁸³ Referencias bibliográficas: BALLESTEROS FERNÁNDEZ Y BALLESTEROS FERNÁNDEZ (2005: 281-282); BERNAL BLAY (2015); BLANQUER CRIADO (2012; en particular, 178-192); EMBID IRUJO y COLOM PIAZUELO (2003: 67-89); FERNÁNDEZ ASTUDILLO (2005: 53-91 y 306-309); GALLEGO CÓRCOLES (2011); GIMENO FELIÚ (2005: 53-91, 2010: 147-163, 2015 y 2015h); GONZÁLEZ DE OLANO y NAVARRO MANICH (2014); HERÁNDEZ SALGUERO (2015); HERNANDO RYDINGS (2015); LAGO NÚÑEZ (2014); LAVILLA RUBIRA (2014); LAZO VITORIA (2014); MARTÍNEZ-ALONSO (2007: 307-313); RAZQUÍN LIZÁRRAGA, J.A. (2012); SÁIZ RAMOS (2012); SARASOLA GORRITI (2003: 103-125); SERRANO CHAMIZO (2014) y SOSA WAGNER (2004: 185-191).

⁸⁴ Junto a la Directiva 2004/18 citada, constituyen documentos muy ilustrativos sobre el concepto comunitario de concesión los siguientes:
- La *Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho comunitario* (DOCE C 121, de 25.4.2000).

En la normativa y práctica comunitarias se alude con profusión a los términos *servicios de interés económico general* y *servicios de interés general*, así como al de *obligaciones de servicio público*, y tiende a no utilizarse, en cambio, la expresión *servicio público*.⁸⁵

Por otra parte, la Directiva 2004/18/CE regulaba los *contratos públicos de servicios*, definidos como aquellos «*contratos públicos –esto es, «contratos onerosos y celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores»* (art. 1.2.a)– *distintos de los contratos públicos de obras o de*

-
- El Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones: COM (2004) 327 final, de 30.4.2004.
 - La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión: COM (2011) 897 final, de 20.12.2011.

⁸⁵ Sobre la configuración de los *servicios económicos de interés general* y los demás conceptos deben citarse:

- El Libro Verde sobre los servicios de interés general: COM (2003) 270 final, de 21.5.2003.
- La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa al Libro Blanco sobre los servicios de interés general: COM (2004) 374 final, de 12.5.2004.

El Anexo I de esta Comunicación (2004) 374 contiene unas *significativas* definiciones de tales términos:

- *Servicios de interés económico general*: «La expresión *servicios de interés económico general*, utilizada en el artículo 16 y en el apartado 2 del artículo 86 del Tratado, no aparece definida ni en el Tratado ni en el Derecho derivado. Sin embargo, en la práctica comunitaria, se suele designar con éste término aquellos servicios de naturaleza económica a los que los Estados miembros o la Comunidad imponen obligaciones específicas de servicio público en virtud de un criterio de interés general. Por consiguiente, entran dentro de este concepto ciertos servicios prestados por las grandes industrias de redes, como el transporte, los servicios postales, la energía y las comunicaciones. Sin embargo, esta expresión abarca igualmente otras actividades económicas sometidas también a obligaciones de servicio público».
- *Servicios de interés general*: «El término *servicios de interés general* no figura en el Tratado. En la práctica comunitaria, deriva de la expresión *servicios de interés económico general*, que sí recoge el Tratado. Más amplio que este último, abarca los servicios, sometidos o no a la disciplina de mercado, que las autoridades públicas consideran de interés general y están sometidos a obligaciones específicas de servicio público».
- *Obligaciones de servicio público*: «Otra expresión que se utiliza en el Libro Blanco es la de *obligaciones de servicio público*. Alude a las obligaciones específicas impuestas por los poderes públicos al proveedor del servicio con el fin de garantizar la consecución de ciertos objetivos de interés público, por ejemplo en materia de transporte aéreo, ferroviario y por carretera, o en el sector de la energía. Estas obligaciones pueden aplicarse a escala regional, nacional o comunitaria».
- *Servicio público*: «Los términos *servicios de interés general* y *servicios de interés económico general* no deben confundirse con la expresión *servicio público*, un término más ambiguo que puede tener diversos significados y, por tanto, inducir a confusión. Con esta expresión se alude a veces al hecho de que un determinado servicio se ofrece al público en general, mientras que otras veces lo que se quiere resaltar es que se ha asignado a un servicio una misión específica de interés público o se hace referencia al régimen de propiedad o al estatuto de la entidad que presta el servicio. Por esta razón, dicha expresión no se utiliza en el presente documento».

suministros cuyo objeto sea la prestación de los servicios a los que se refiere el anexo II» (art. 1.2.d). Tales servicios coinciden con los que enumeraba la Directiva 92/50/CEE, de 18.6.1992, *sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios*. A su vez, esa relación consta en el anexo II al que se remite el art. 10 del TRLCSP como referente para la aplicación de los *supuestos de publicidad comunitaria en los contratos de servicios* (art. 16, 141.1.c y 142.1, 2º párrafo).

Sentado lo anterior, hay que advertir que una parte de los sectores y materias incluidas en los anexos de las Directivas citadas, y en el anexo II del TRLCSP, coinciden con otros tantos en los que, de acuerdo con la tesis tradicional, se han venido desarrollando actividades prestacionales propias del *contrato de gestión de servicios públicos*, en los términos que veremos después.

En el Derecho español, en cambio, la situación tradicionalmente había venido presentando las siguientes características:

- 1ª. La *actividad de servicio público* identifica una parte muy importante de la desarrollada, directa o indirectamente, por la Administración, hasta el punto de constituir, en el ámbito local, si no la principal, una de las más relevantes manifestaciones de las competencias atribuidas.⁸⁶
- 2ª. En el TRLCSP la *concesión de servicios públicos* se define como aquella modalidad «*por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura*» (art. 277.a). Sin embargo, a diferencia de lo que veíamos con el Derecho comunitario, ni dicho texto legal ni el RGLCAP llegan a prohibir que la Administración satisfaga totalmente el precio del contrato.⁸⁷

⁸⁶ Y ello a diferencia de lo acaecido, en relación con las actividades ejercidas por la Administración general del Estado y, en cierta medida, por las Comunidades Autónomas. En este sentido es ilustrativo comprobar cómo los ejemplos sobre materias necesitadas de *obligaciones de servicio público* (así, *transporte ferroviario* o *energía*), o el paradigmático de las *telecomunicaciones*, los *servicios* cuya prestación se requiere en tales sectores, se corresponden con actividades que en el pasado se configuraron como *servicios públicos* y hoy tienen el *estatus* de *liberalizadas*.

⁸⁷ De hecho, el art. 281.1 del TRLCSP, sobre *prestaciones económicas* del contrato de gestión de servicios públicos, dispone: «*El contratista tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, entre las que se incluirá, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración*».

Por su parte, la legislación local también lo admite abiertamente. Así, el Reglamento de Servicios de 1955 prevé que el concesionario perciba como retribución «*las contribuciones especiales que se devengaren por el establecimiento del servicio*» y «*las tasas (o tarifas) a cargo de los usuarios*» (art. 129.1, letras a) y b), pero añade: «*también podrá consistir la retribución, juntamente con alguno de los conceptos anteriores o exclusivamente si el servicio hubiere de prestarse gratuitamente, en subvención a cargo de los fondos de la Corporación*» (art. 129.2).⁸⁸

Con todo, no debe deducirse de ello, según la tesis tradicional, que por no existir tarifas no hubiera riesgo, lo que sucede es que éste se había venido articulando en torno al cálculo del precio o, en términos del RS/1955, de la *subvención* que haya de satisfacer la Administración titular del servicio.⁸⁹

Y las citadas son unas previsiones normativas que no habían experimentado variación respecto de las contenidas en el TRLCAP, sobre el cual se admitían pacíficamente las tres modalidades de retribución del concesionario: con cargo a tarifas, acompañadas éstas de un precio o subvención, o exclusivamente de esta última forma.⁹⁰

⁸⁸ Cláusulas análogas se recogen en el Reglamento catalán de obras, actividades y servicios de los entes locales (ROASCat, art. 251.2), aprobado por el D 179/1995, y el Reglamento aragonés de bienes, actividades, servicios y obras (RBASO Arag, art. 280.2), aprobado por el D 347/2002.

⁸⁹ Y al respecto ya fija el RS/1955 las directrices a observar (art. 129):

«3. *En todo caso, la retribución prevista para el concesionario deberá ser calculada de modo que permita, mediante una buena y ordenada administración, amortizar durante el plazo de la concesión el costo de establecimiento del servicio y cubrir los gastos de explotación y un margen normal de beneficio industrial.*

4. *Si como forma de retribución, total o parcial, se acordare el otorgamiento de subvención, ésta no podrá revestir la forma de garantía de rendimiento mínimo ni cualquier otra modalidad susceptible de estimular el aumento de gastos de explotación, y, en general, una gestión económica deficiente por el concesionario y el traslado de las resultas de la misma a la Entidad concedente».*

En términos análogos se expresan el ROAS/1995 (art. 251.2 y 3) y RBASO/2002 (art. 280.2 y 3).

⁹⁰ Como concluía la JCCA Generalitat de Cataluña:

«El hecho de que los sistemas de financiación previstos en los contratos de gestión de servicio públicos consistan en el abono de los servicios efectivamente prestados por presentación de las facturas correspondientes, o bien en el establecimiento de las correspondientes tarifas más el otorgamiento de una subvención parcial para equilibrar el régimen económico financiero inicial, o bien en el otorgamiento de una subvención total para garantizar la viabilidad del servicio, no implica que el empresario no gestione el servicio a su propio riesgo y ventura y, por lo tanto, no obsta la contratación de estas prestaciones en la modalidad de concesión» (Informe 1/2005, de 5.5, conclusión A).

- 3^a. Más próxima a la regulación comunitaria, la regulación en el TRLCSP de la *concesión de obras públicas* sí que vincula la *explotación* con la percepción de tarifas, lo que constituye el principio general (art. 255. núm. 2 y 3), si bien admite – cabe entender que por excepción – otras modalidades de retribución, vinculadas, en todo caso, a la *utilización* de la obra (art. 255.4).⁹¹
- 4^a. El último aspecto a analizar desde la perspectiva del Derecho español es el que habíamos apuntado sobre el hecho de que algunos de los sectores y materias incluidos en los anexos de las Directivas 2004/18/CE y 92/50/CEE, sobre los *contratos públicos de servicios*, y reproducidos en el anexo II al que se remite el art. 10 del TRLCSP, coinciden con ámbitos en los que, de acuerdo con la tesis tradicional, se llevan a cabo actividades prestacionales propias del *contrato de gestión de servicios públicos*.⁹²

⁹¹ El art. 255 del TRLCSP dispone lo siguiente:

«Retribución por la utilización de la obra.

1. El concesionario tendrá derecho a percibir una retribución por la utilización de la obra en la forma prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares y de conformidad con lo establecido en este artículo.

2. Las tarifas que abonen los usuarios por la utilización de las obras públicas serán fijadas por el órgano de contratación en el acuerdo de adjudicación. Las tarifas tendrán el carácter de máximas y los concesionarios podrán aplicar tarifas inferiores cuando así lo estimen conveniente.

3. Las tarifas serán objeto de revisión de acuerdo con el procedimiento que determine el pliego de cláusulas administrativas particulares.

De conformidad con el artículo 131.1.c). 4º, el plan económico-financiero de la concesión establecerá la incidencia en las tarifas de los rendimientos de la demanda de utilización de la obra y, cuando exista, de los beneficios derivados de la explotación de la zona comercial, cuando no alcancen o cuando superen, respectivamente, los niveles mínimo y máximo que se consideren en la oferta.

4. La retribución por la utilización de la obra podrá ser abonada por la Administración teniendo en cuenta su utilización y en la forma prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

5. El concesionario se retribuirá igualmente con los ingresos procedentes de la explotación de la zona comercial vinculada a la concesión, en el caso de existir ésta, según lo establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

6. El concesionario deberá separar contablemente los ingresos provenientes de las aportaciones públicas y aquellos otros procedentes de las tarifas abonadas por los usuarios de la obra y, en su caso, los procedentes de la explotación de la zona comercial».

⁹² Del contraste entre los sectores y materias mencionados en el anexo II y en el art. 10 del TRLCSP y los analizados en el apartado sobre la legislación de régimen local, en la parte dedicada a *competencias municipales y servicios públicos* (epígrafe 1.5.3.1), se aprecian posibles identidades en los siguientes servicios:

- de transporte por vía terrestre (con el *colectivo urbano de viajeros* de carácter público);
- de *alcantarillado y eliminación de desperdicios, de saneamiento y similares* (con los públicos de *alcantarillado y recogida, tratamiento y eliminación de residuos*);
- de *hostelería y restaurante* (con algunos públicos configurados en torno al *turismo y al ocio*);
- de *educación* (con los públicos correlativos);

El posible punto de conflicto, pues, se produce:

- entre una figura contractual comunitaria, que junto a su carácter oneroso sólo se define *materialmente* por la *prestación de servicios*, sin atender al destinatario, pero objeto de contratación por el poder público adjudicador (*contrato público de servicios*);
- y dos figuras contractuales en el Derecho español, en las que, coincidentemente, el contratista presta unos servicios, y cuyas diferencias radican en el destinatario, según sea la propia Administración (*contrato de servicios*), o un conjunto de personas, denominado *usuarios*, y en el marco de la prestación de un servicio público (*contrato de gestión de servicios públicos*);
- y con la consecuencia práctica, en la vertiente jurídica, de que sólo se aplicaban las Directivas comunitarias a la primera figura citada, y no a la segunda.

2.2. Transposición y aplicación de la Directiva 2004/18/CE

Como es bien sabido, la Directiva 2004/18/CE tenía que haber sido transpuesta no más tarde del 31 de enero de 2006, aunque no lo fue hasta la promulgación de la LCSP/2007, cuya entrada en vigor se produjo el 30.4.2008. Pero es que resulta que, incluso a pesar del retraso, la transposición cabe concluir que junto a algunas luces (concesión de obras públicas), tuvo algunas sombras (contrato de gestión de servicios públicos). Afirmación esta que resulta de las consideraciones siguientes:

1ª En relación con la *concesión de obras públicas*, atendida su regulación pormenorizada (art. 56 a 65, además de la definición del 1.3), las determinaciones de la LCSP limitaron las anteriores previsiones, y afectaron tanto a que el objeto fuera únicamente la explotación de la obra pública, como al hecho de que el concesionario percibiera sólo un precio, posibilidades autónomas previstas en el TRLCAP (art. 220.1 y 264.4, respectivamente), pero no contempladas en la Directiva. Y es por ello que el TRLCSP/2011 (como anteriormente la LCSP), en relación con la concesión de obras públicas (art. 7), no consigna de manera independiente ninguna de estas

-
- los *sociales y de salud* (idem);
 - los *de esparcimiento, culturales y deportivos* (idem);
 - y queda la última cláusula sobre *otros servicios*, absolutamente abierta.

posibilidades, sino como complementos de la construcción de la obra y el cobro de tarifas. Con todo, como ya se ha señalado, se prevé que «*la retribución por la utilización de la obra podrá ser abonada por la Administración teniendo en cuenta su utilización y en la forma prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares*» (TRLCSF, art. 255.4).⁹³

2ª En cambio, por lo que se refiere al *contrato de gestión de servicios públicos* la aprobación de la LCSP/2007 y también la del TRLCSF/2011 no supusieron alteración de la regulación de dicho contrato, que siguió manteniendo las mismas previsiones que con el TRLCAP/2000 y las modalidades de la concesión, gestión interesada, concierto y empresa mixta, aunque incluyó una precisión sobre las prestaciones económicas a las que tiene derecho el contratista de gestión de servicios públicos que venía a corresponderse con las tres formas de retribución consignadas en el Reglamento de servicios y en sus correlativos autonómicos para la concesión: sólo tarifas, tarifas y precio/subvención o únicamente precio/subvención.⁹⁴

Una primera hipótesis de explicación de ese nulo efecto de modificación en el derecho positivo del CGSP era la de que la Directiva 2004/18/CE no incidía con la misma intensidad, toda vez que únicamente se limitaba a ofrecer una definición de la *concesión de servicios* en los términos vistos (art. 1.4), pero sin desarrollar una regulación detallada. De esa hipótesis se seguían las dos conclusiones siguientes:

⁹³ Por su parte, la LForal Navarra 6/2006, de 9.6, de *Contratos Públicos*, contiene la definición del *contrato de concesión de obras públicas* siguiente (art. 140.1):

«*La construcción y la explotación de obras públicas objeto de concesión se efectuarán a riesgo y ventura del concesionario, quien asumirá los riesgos económicos derivados de su ejecución y explotación en los términos y con el alcance establecidos en esta Ley foral, lo que será en todo caso compatible con los distintos sistemas de financiación de las obras y con las aportaciones a que pudiera obligarse la Administración que, en ningún caso, podrán exceder del 50 por 100 del valor estimado del contrato.*»

Y como complemento, la *retribución del concesionario* se configura en los siguientes términos (art. 145):

«*El concesionario será retribuido directamente mediante el precio que abone el usuario o la Administración por la utilización de la obra, por los rendimientos procedentes de la explotación de la zona comercial y, en su caso, con las aportaciones de la propia Administración de acuerdo con lo previsto en esta Ley Foral, debiendo respetarse el principio de asunción de riesgo por el concesionario.*»

⁹⁴ Efectivamente, para el contrato de gestión de servicios públicos y, consecuentemente, para sus cuatro modalidades, el art. 281.1 del TRLCSF (antes el 257.1 de la LCSP) dispone que «*el contratista tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, entre las que se incluirá, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración*».

- Que en las *concesiones de servicios públicos* que incluyan la *ejecución de obras* cuyo valor estimado supere el umbral de la regulación armonizada resultarán de aplicación las determinaciones comunitarias previstas para la *concesión de obras públicas* (recurso especial en materia de contratación y publicidad de la convocatoria, entre otras, TRLCSP, art. 40 y 14.1, 133.2, 141.1.a y 142.1.2p).
- Que si no se ejecutan obras, o si su valor estimado no es superior al umbral comunitario, en la *concesión de servicios* y en el resto de modalidades (*gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta*), rigen únicamente los principios derivados del Tratado de la Unión: *no discriminación, igualdad de trato, transparencia de los procedimientos, proporcionalidad y reconocimiento mutuo*.

Y esta resultaría ser la explicación de que en la regulación del contrato de gestión de servicios públicos no se incluyan determinaciones derivadas del Derecho comunitario que, en cambio, sí encontramos en otros contratos.⁹⁵

Sentado todo lo anterior, se configura la tesis tradicional sobre la base de la máxima funcionalidad del contrato de gestión de servicios públicos, que cuenta a su favor, como ya se ha dicho, con las previsiones normativas específicas del TRLCSP (art. 8, 132, 133, 172 y 257 a 289) y de la LBRL (art. 85.2.B y 116 ter, en su desarrollo mediante la Orden HAP/2075/2014, art. 6 y anexos I y II), con la opinión de parte de la doctrina,⁹⁶ y también con pronunciamientos de algunos de los Tribunales

⁹⁵ Que esa fuera la explicación lógica de la no alteración de la regulación del CGSP no obsta a que ya se plantearan dudas sobre su funcionalidad e, incluso, sobre su viabilidad por posible contradicción con el Derecho Comunitario, en aplicación del principio de primacía de éste sobre el Derecho interno. Así, respecto del Proyecto de LCSP/2006, ya manifestaba lo siguiente:

«Debe hacerse constar que esta es la opción adoptada por el legislador nacional, aunque personalmente preferiría más que, de lege ferenda, se transpusieran para el de gestión de servicios públicos que no incluya obras las determinaciones comunitarias previstas para el contrato público de servicios (básicamente la obligación de publicidad comunitaria si el importe excede del umbral). Esa es la opción adoptada por el art. 224.3.b) de la LFNav 6/1990 (en la redacción dada por la LFNav 1/2007) que se aviene más con la tradición jurídica de los servicios locales» (MARTÍNEZ-ALONSO, 2007: 313).

Sobre la opción de la legislación navarra habremos de volver después.

⁹⁶ Así, MESTRE DELGADO (2011), FUERTES LÓPEZ (2013 y 2015), HERNÁNDEZ GONZÁLEZ (2016) y VILLAR ROJAS (2016b).

Administrativos de Recursos Contractuales (TARC), y Juntas Consultivas de Contratación Administrativa (JCCA).⁹⁷

3ª Frente a la tesis tradicional, sin embargo, se fue *armando* la tesis restrictiva que:

- De un lado, reduce la utilización del contrato de gestión de servicios públicos (CGSP) a una sola modalidad, la concesión de servicios públicos, cuya aplicación exige siempre que el concesionario asume el riesgo en la explotación y sobre la base de que su remuneración se obtenga de las tarifas pagadas por los usuarios, o de éstas acompañadas de un precio satisfecho por la Administración; excepcionalmente, se llega a admitir que sea la Administración la que remunere, pero a condición de que su importe esté vinculado con el rendimiento obtenido de la explotación del servicio.

⁹⁷ Cabe citar los casos de (siguiendo a RAZQUÍN LIZÁRRAGA, J.A., 2012: 187-188):

- a) TARC Central, Resolución (R) núm.: 256/2011, de 26.10 (inadmisión del recurso contra el anuncio de licitación y pliegos del contrato de gestión de servicios públicos para realizar la asistencia sanitaria hospitalaria en la localidad de Zaragoza con destino a los trabajadores asociados a IBERTUAMUR, por entender que es correcta la calificación del tipo contractual de gestión de servicios públicos en la modalidad de concierto, lo que supone la incompetencia del TARC por no cumplir los requisitos establecidos en el artículo 310.1.c) LCSP, hoy art. 40.1.c) TRLCSP).
- b) TARC Comunidad de Madrid:
 - R 27/2012, de 7.3 (inadmisión del recurso contra el acuerdo, de 20 de febrero de 2012, del Pleno del Ayuntamiento de Torrejón de Velasco por el que se adjudica el contrato de «*Gestión de Servicio Público de recogida de residuos sólidos urbanos, limpieza viaria y gestión del punto limpio y jardinería y zonas verdes en el municipio de Torrejón de Velasco*» (sin que conste la modalidad específica, pero sí la duración del contrato por veinticinco años), por no ser el mismo susceptible de recurso administrativo especial en materia de contratación, ex. Art. 40.1.c del TRLCSP).
 - R 28/2012, de 7.3 (inadmisión del recurso contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato de gestión del servicio público de realización de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida en el ámbito de la Comunidad de Madrid, de referencia «CA Terapias respiratorias domiciliarias 2011», del Servicio Madrileño de Salud (bajo la modalidad de concierto), por no ser susceptible de recurso especial en materia de contratación (ex. Art. 40.1.c del TRLCSP).
- c) TARC Junta de Andalucía: R 79, 80 y 86/2012, todas ellas relativas a la inadmisión de recurso especial contra las Resoluciones de exclusión de la licitación adoptadas por el Delegado Provincial de la Consejería de Salud en Sevilla, respecto a los procedimientos de adjudicación del Contrato denominado «Gestión del Servicio Público para la Prestación de Asistencia Dental de Andalucía», al haberse dictado el acto imputando en el procedimiento de adjudicación de un contrato no susceptible de recurso especial en materia de contratación, por tener una duración no superior a cinco años, ex TRLCSP, 40.1.c).

Como referencia de la JCCA puede mencionarse la de Aragón que en sus Informes 9 y 10/2009, de 13.5, informa favorablemente los modelos tipo de PCAP para la adjudicación de contratos de gestión de servicios públicos, modalidad de concierto, por procedimiento abierto y varios criterios de adjudicación.

- Y, de otro, reconduce las prestaciones que, en el pasado, integraban el CGSP en sus distintas modalidades, y que se caracterizaban porque el precio era abonado por la Administración titular del servicio público, sin transferencia de riesgo en la explotación, al contrato de servicios (TRLCSF, art. 10).

Como ya se anticipó, debe afirmarse que esta tesis gira esencialmente, no ya sobre la primacía del Derecho comunitario (que está fuera de toda duda), sino sobre la aplicación exhaustiva de la concesión de servicios y la consideración de que su única alternativa es el contrato de servicios (Directiva 2004/18/CE, de 31.3.2004, art. 1.2.d *versus* 1.4). Y hay que reconocer que la misma se ha ido imponiendo de manera progresiva, con argumentaciones relevantes:

- a) Jurisprudencia comunitaria: que contrapone la concesión de servicios y el contrato público de servicios en función de la asunción o no del riesgo de explotación; así, en las SSTJCE de 29.4.2010 (C-160/08), 10.3.2011 (C-274/09)⁹⁸ y de 10.11.2011 (C-348/10).⁹⁹

⁹⁸ De la que pueden destacarse las previsiones siguientes:

«Si bien el modo de remuneración es, por tanto, uno de los elementos determinantes para la calificación de una concesión de servicios, de la jurisprudencia se desprende además que la concesión de servicios implica que el concesionario asuma el riesgo de explotación de los servicios de que se trate y que la inexistencia de transmisión al prestador del riesgo relacionado con la prestación de los servicios indica que la operación en cuestión constituye un contrato público de servicios y no una concesión de servicios» (FJ 26).

«El artículo 1, apartados 2, letra d), y 4, de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, debe interpretarse en el sentido de que, cuando la remuneración del operador económico elegido corre íntegramente a cargo de personas distintas de la entidad adjudicadora que ha otorgado el contrato relativo a servicios de socorro y el operador económico asume un riesgo de explotación, aunque sea muy limitado, debido en particular al hecho de que el importe de los precios por la utilización de los servicios de que se trata depende del resultado de negociaciones anuales con terceros y no se le garantiza la cobertura íntegra de los costes soportados en el marco de una gestión de sus actividades conforme a los principios establecidos por el Derecho nacional, dicho contrato debe ser calificado de contrato de «concesión de servicios» en el sentido del artículo 1, apartado 4, de esta Directiva» (FALLO).

⁹⁹ Que concluye:

«La Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, debe interpretarse en el sentido de que constituye un “contrato de servicios” en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra d), de dicha Directiva 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. Corresponde al juez nacional apreciar si la operación de que se trata en el procedimiento principal debe ser calificada de concesión de servicios o de contrato público de servicios teniendo en cuenta todas las características de dicha operación» (FALLO, ap. 1).

b) Informes de Juntas Consultivas de Contratación Administrativa (JCCA).¹⁰⁰

¹⁰⁰ Pueden mencionarse los casos siguientes (siguiendo a RAZQUÍN LIZÁRRAGA, J.A., 2012: 183-186):

- a) JCCA Administración General del Estado (AGE), Informes (Inf.) núm.:
- Inf. 04/08, de 28.7, que califica como contratos de servicios los contratos de coordinación de un programa cuya finalidad es la prevención de riesgos en el tiempo libre juvenil, para la prestación del servicio «Taller de Música y Locales de Ensayo», para desarrollar el servicio «Centro de Formación, Recursos y Actividades» y para la prestación del servicio «Centro de Información, Documentación y Asesoramiento de la Juventud», sin asumir ni la organización ni el riesgo para la prestación del servicio (pago a tanto alzado).
 - Inf. 22/09, de 25.9, relativo a «Diversas cuestiones sobre un contrato de gestión de servicio público para recogida selectiva de residuos», y sobre el cual concluye:
 - «1. La retribución económica del concesionario puede provenir directamente de la Administración que le hubiese otorgado la concesión, siempre que su importe esté vinculado directamente con el rendimiento obtenido de la explotación del servicio.
 2. Sólo pueden ser objeto de gestión indirecta los servicios que pueden reportar un beneficio (o correlativamente pérdidas) para el empresario o la entidad que los gestiona.
 3. No existe concesión sino cuando el volumen de los ingresos del empresario depende exclusivamente de que éste se acomode o no a determinados estándares o indicadores de control de calidad en su prestación toda vez que ello se vincula directamente con la voluntad del concesionario y con el riesgo derivado de la explotación del servicio.
 4. Cuando no sea posible la gestión indirecta de un servicio público, la Entidad titular del mismo podrá prestarlo de forma directa con la colaboración de empresarios que pongan a su disposición sus medios celebrando para ello los correspondientes contratos de servicios».
 - Inf. 64/09, de 26.2.2010, relativo a «Calificación de un contrato cuyo objeto es salvamento y socorrismo en las playas del término municipal. Distinción de las concesiones de servicios», y sobre el cual afirma:
 - «1. La actividad de socorrismo y salvamento en las playas puede ser objeto de un contrato de servicios.
 2. Para determinar si un contrato tiene o no la naturaleza de concesión de servicios es preciso atender a si el contratista asume o no el riesgo económico inherente a la gestión del servicio.
 3. No es exigible clasificación para la adjudicación de un contrato de servicios que tenga por objeto el socorrismo y salvamento en la playa».
 - Inf. 12/10, de 23.7, relativo a «Diferencia entre el contrato de gestión de servicios públicos, bajo la modalidad de concesión de servicios, y los contratos de servicios», y sobre el cual asevera:
 - «1. El contrato en cuya virtud se encomienda a un particular la gestión de servicios asumidos como de su competencia por una administración pública, no podrá ser calificado como concesión de servicios si el concesionario no asume el riesgo de la explotación, es decir cuando su retribución se establece de un modo cierto, variable e independientemente del grado de utilización del servicio por los usuarios.
 2. Los contratos que tengan dicho objeto podrán ser calificados en tal caso como contratos de servicios si su objeto puede ser subsumido dentro de las actividades enumeradas en el Anexo II de la Ley de Contratos del Sector Público y fuera de dichos casos como contratos administrativos especiales».
- b) JCCA de Cataluña, cuyo Informe 11/2010, de 26.11, concluye que «las actividades de limpieza viaria, recogida y tratamiento de residuos y de limpieza de playas se pueden calificar como contratos de gestión de servicios públicos o como contratos de servicios, según si el contratista asume el riesgo de explotación o no».
- c) JCCA de Aragón:
- Inf. 2/2014, de 22.1, sobre la calificación de los contratos asistenciales sanitarios y sociales, cuyas conclusiones son del siguiente tenor:
 - «1. Aquellos contratos en los que el adjudicatario asume todos los gastos de explotación de un centro sanitario o social, así como la responsabilidad frente al

c) Resoluciones de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales (TARC).¹⁰¹

usuario por la incorrecta ejecución del servicio y la contraprestación consiste en un precio a tanto alzado que no varía con el número efectivo de usuarios del centro, deben calificarse como contratos de servicios, pues no existe transferencia del riesgo de explotación al adjudicatario.

II. Los contratos en que la contraprestación se establece en una cantidad por usuario del servicio, siendo los usuarios asignados por los servicios públicos de salud o sociales, siempre que se produzca transferencia de la totalidad o de una parte significativa del riesgo, aunque éste sea muy limitado por la configuración jurídica del servicio, deberán calificarse como contratos de gestión de servicio público.

II. [sic] La configuración de los contratos de servicios del ámbito sanitario o social en los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas admite suficiente flexibilidad como para garantizar, en aras del interés público, la calidad y continuidad en la prestación del servicio.»

- Inf. 4/2014. de 22.1, sobre la calificación de un contrato de recogida de residuos domésticos, que concluye lo siguiente:

«I. La calificación de un contrato de recogida de residuos como contrato de servicios o como contrato de gestión de servicio público, no es algo inherente a su objeto, sino que dependerá de cómo se configure el mismo en los pliegos, en particular en relación a la asunción del denominado “riesgo de explotación”, en los términos recogidos en el cuerpo de este informe.

II. La previsión en los pliegos de la revisión de la remuneración al contratista si se modifica la frecuencia del servicio, la inclusión de causas de modificación del contrato que minoren las prestaciones contempladas en el mismo y sus efectos, o la posibilidad de que parte de la retribución se realice mediante la venta directa por el contratista de los residuos sin que esto afecte al importe total del contrato, son elementos que no suponen la asunción por el contratista del “riesgo de explotación”, y por tanto no permiten calificar un contrato como de gestión de servicio público.

III. En los contratos cofinanciados ex artículo 109.5 TRLCSP, es el Convenio o protocolo a suscribir entre las Administraciones o Entes Públicos intervinientes en donde deben establecerse todos los términos de la cofinanciación.

IV. Las modificaciones previstas en un contrato deben cumplir todos los requisitos del TRLCSP, interpretados desde la lógica del derecho comunitario, y en ningún caso alterar requisitos de validez, como puede ser el de la suficiencia de su financiación.»

¹⁰¹ Serían los supuestos que se enumeran a continuación:

- a) TARC Central, R 203/2011, de 7.9, que afirma que «mientras en la concesión de servicios el concesionario asume el riesgo de la explotación del mismo, de tal forma que su mayor o menor retribución dependerá en todo caso del mayor o menor uso que del servicio hagan los destinatarios, en el contrato de servicios la retribución del empresario se fija en el contrato y no depende de ninguna circunstancia vinculada a la utilización del servicio». Y más adelante añade: «dada la estructura de la contraprestación, resulta evidente el riesgo asumido por el contratista, pues aún cuando el pliego establezca que los precios tienen que cubrir al menos el coste de personal de la actividad, siendo éste el coste principal, lo cierto es que dichos precios sólo pueden establecerse en base a los datos de inscripciones en los ejercicios anteriores, lo cual son meras estimaciones en cuanto a la determinación de los inscritos en el ejercicio que se contrata. Ello significa, que el contratista asume un riesgo en la explotación del servicio, en cuanto que sus ingresos vendrán determinados por el número de personas inscritas que puede ser superior e incluso inferior a los de ejercicios precedentes. En consecuencia el contrato objeto de recurso deberá ser calificado como contrato de concesión de servicios, a los efectos de interponer el correspondiente recurso especial».

Y R 215/2014, de 14.3, que tras plantearse «si el contrato de gestión del punto de encuentro familiar puede conceptuarse o no como un verdadero contrato de gestión de servicios públicos en régimen de concesión», señala que:

- d) Opiniones de la Doctrina administrativa, que comentan las sentencias, informes y resoluciones mencionadas, y entre cuyos autores destacan Gimeno Feliú (2010, 2012 y 2014b), Gallego Córcoles (2011), Razquín Lizárraga (2014) y Sáiz Ramos (2012).¹⁰²

«La respuesta, a juicio de este Tribunal, debe ser negativa. La lectura del clausulado de los Pliegos (cfr.: antecedente de hecho tercero de esta Resolución) evidencia que, en rigor, el candidato que resulte adjudicatario no asumirá ningún riesgo derivado de la explotación del servicio, pues su retribución se abonará por la Administración mensualmente, sin que de ninguna de las estipulaciones de los Pliegos se infiera que el importe dependa del número de visitas o intervenciones que efectivamente se lleven a cabo en el Punto de encuentro familiar; lo único que resulta de aquéllos es que el pago se hará a mensualidades vencidas, previa presentación de la factura, “de acuerdo con el precio que resulte de la adjudicación” que, por lo demás, se fija a tanto alzado. Sólo se prevé que el precio pueda variar en los casos en los que la prestación del servicio no llegue a iniciarse el 1 de enero de 2014, hipótesis en la que se reducirá proporcionalmente al tiempo de ejecución.

Como se apreciará, pues, la retribución del contratista es en realidad la propia de un contrato de servicios, sin que esté vinculada en modo alguno a la demanda que pueda hacerse del servicio, como correspondería si se tratara de una verdadera concesión. En consecuencia, este Tribunal considera que la forma de retribución prevista excluye cualquier asunción del riesgo por parte del contratista, con lo que debe descartarse la existencia de un contrato de gestión de servicios públicos» (pág. 10).

b) TARC Aragón:

- Acuerdo 19/2011, de 11.8, por el que se resuelve el recurso, interpuesto contra el procedimiento de licitación denominado «Gestión y explotación de los Puntos Limpios Fijos ubicados en Zaragoza», promovido por el Ayuntamiento de Zaragoza, calificado como contrato de servicios
- Acuerdo 20/2011, de 11.9, por el que se inadmite el recurso especial, contra la resolución por la que se acuerda la adjudicación del contrato de gestión de servicios públicos denominado «Centro Municipal de protección animal», promovido por el Ayuntamiento de Zaragoza, por haber sido interpuesto respecto de un contrato no susceptible de ser recurrido, al no encontrarse en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 310.1 LCSP, si bien, en el FJ 3º, se afirma que «no puede dejar de mencionarse, en relación la calificación jurídica del objeto de este contrato —que conforme a la legislación anterior de contratos era habitual tipificar como contrato de gestión de servicios públicos— en la actualidad es claramente un contrato de servicios del artículo 10 LCSP».
- Acuerdo 55/2013, de 1.10, que resuelve el recurso especial, interpuesto contra la resolución por la que se adjudica el contrato denominado «Gestión integral del Hogar y Centro de Día de mayores Luis Aula de Zaragoza», promovido por el Instituto Aragonés de Servicios Sociales, calificado como gestión de servicios públicos, en la modalidad de concesión.

En la resolución, el «Tribunal entiende que tal y como está configurado el contrato objeto de recurso, no hay transferencia del riesgo de la explotación al contratista, ni se deja indeterminada la demanda del servicio. En consecuencia, el presente contrato debe ser calificado como contrato de servicios» (FDº 1º, antepenúltimo párrafo).

¹⁰² Expresivamente lapidaria es la conclusión del primero de los autores citados cuando afirma: «en la práctica esto comporta no sólo 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 concierto ni la sociedad de economía mixta al no cumplir los requisitos exigidos por la jurisprudencia del TJCE» (GIMENO FELIÚ, 2010: 156, 2012: 35 y 2014b: 158).

4ª Respecto de este planteamiento hay que hacer notar que, en rigor, no se produce una correlación exacta entre las conclusiones de la jurisprudencia comunitaria y las de la *tesis restrictiva*, toda vez que aquellas se contraen exclusivamente a la alternativa concesión de servicios/contrato público de servicios, mientras que el argumentario de dicha tesis contraponen el contrato de servicios al contrato de gestión de servicios públicos, reducido exclusivamente a la concesión y considerando que han perdido su vigencia las modalidades de la gestión interesada, el concierto y la sociedad de economía mixta.

5ª Y este vino siendo el escenario donde se barajaban las distintas opciones contractuales para la gestión de servicios públicos hasta principios de 2014, fecha a partir de la cual nuevos factores incidirían en la polémica tal como se analizará en los apartados siguientes.

2.3. Nuevas Directivas de adjudicación de contratos de concesión (2014/23/UE), sobre contratación pública (2014/24/UE) y de sectores excluidos (2014/25/UE)

Como se ha adelantado, hay que referirse a la necesidad de la transposición de las tres nuevas Directivas comunitarias (2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, 2014/24/UE, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, y 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE, todas ellas de 26.2.2014 y publicadas en el DOUE de 28.3.2014), transposición que debía tener lugar antes de la fecha límite del 18 de abril de 2016. Centrando el análisis en las dos primeras Directivas cabe formular las siguientes consideraciones:

a) La nueva Directiva 2014/23/UE define los contratos de concesión en los términos siguientes:

*«Artículo 5
Definiciones*

A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

- 1) *«concesiones»: las concesiones de obras o de servicios, con arreglo a las definiciones contempladas en las letras a) y b) :*

a) «concesión de obras»: un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar las obras objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago;

b) «concesión de servicios»: 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».

b) Por su parte, la nueva Directiva 2014/24/UE no regula los *contratos públicos de servicios* en un solo precepto, sino que su definición resulta de la integración de las notas contenidas en varios de ellos, de manera que cabe conceptuarlo como aquel *contrato oneroso, celebrado por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes económicos, cuyo objeto sea la prestación de servicios distintos a la ejecución de obras, entendidas éstas como ejecución de obras relativas a una de las actividades mencionadas en el anexo II o conjuntamente con el proyecto* (art. 2.1.5), 6) y 7 y CDO 8).

c) Sin que abordemos todavía el análisis detallado de las Directivas 2014/23 y 2014/24,¹⁰³ en relación con la gestión contractual de servicios públicos cabe señalar los siguientes aspectos relevantes:

1º Se reiteran las definiciones comunitarias de los contratos públicos de servicios y de las concesiones de obras y de servicios, confirmándose la transferencia del riesgo como criterio de distinción entre éstas y aquel contrato, si bien se sustituye la mención al *precio* por la de *pago* como complemento al derecho a explotar la obra o el servicio.¹⁰⁴

¹⁰³ Abordan pormenorizadamente ese análisis GIMENO FELIÚ (2014 y 2014b), HERNANDO RYDINGS (2015), MARTÍNEZ FERNÁNDEZ (2014b), MORENO MOLINA (2014), VAZQUEZ DEL REY VILLANUEVA (2012) y VILLALBA PÉREZ (2014).

¹⁰⁴ Todavía en referencia a la propuesta de Directiva, la JCCA de la Generalitat Valenciana calificaba de sustancial esa diferencia referida al cambio de *precio* por *pago*, el cual «*puede venir de terceros o de la propia entidad contratante y directamente relacionado con la utilización (demanda) y, en su caso, la disponibilidad*» (Informe 3/2012, de 9.5, p. 6). Esa valoración es recogida por la JCCA de la Generalitat de Catalunya (Informe núm. 15/2014, de 17.12 nota 10).

2º La Directiva 2014/23 se adopta tras constatar que «es necesario instaurar un marco jurídico adecuado, equilibrado y flexible en el ámbito de la adjudicación de concesiones que garantice a todos los operadores económicos de la Unión un acceso efectivo y no discriminatorio al mercado y que afiance la seguridad jurídica, favoreciendo así la inversión pública en infraestructuras y servicios estratégicos para el ciudadano» (Considerando 1).

Y de ahí la regulación conjunta de las concesiones de obras y de servicios, definidas como «contratos a título oneroso mediante los cuales uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras o la prestación y gestión de servicios a uno o más operadores económicos. El objeto de dichos contratos es la contratación de obras o servicios mediante una concesión cuya contrapartida consiste en el derecho a explotar las obras o servicios, o este mismo derecho en conjunción con un pago» (CDO 11).

3º De acuerdo con su propia naturaleza, la Directiva 2014/23 sobre concesiones vincula a los Estados miembros en la consecución de las finalidades que persigue, dejando a las autoridades internas competentes la elección de la forma y los medios adecuados para ello.¹⁰⁵ Además de consignar ese principio en sus considerandos 5º y 6º, la Directiva lo incorpora en su regulación:

¹⁰⁵ «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. 5º).

«Cabe recordar que los Estados miembros son libres, dentro del respeto de los principios del TFUE sobre igualdad de trato, no discriminación, transparencia y libre circulación de personas contemplados en el Tratado, de decidir organizar la prestación de servicios, ya sea como servicios de interés económico general, como servicios no económicos de interés general, o como una combinación de ambos. Cabe recordar asimismo que la presente Directiva se entiende sin perjuicio de la libertad de las autoridades nacionales, regionales y locales para definir, de conformidad con el Derecho de la Unión, los servicios de interés económico general, su ámbito de aplicación y las características del servicio, incluidas las eventuales condiciones relativas a la calidad del servicio, con el fin de lograr sus objetivos de interés público. Tampoco menoscabará la competencia de las autoridades nacionales, regionales y locales para prestar, encargar y financiar los servicios de interés económico general, de acuerdo con el artículo 14 del TFUE y el Protocolo no 26 sobre los servicios de interés general, anejo al TFUE y al Tratado de la Unión Europea (TUE). Asimismo, la presente Directiva no aborda la financiación de servicios de interés económico general ni los sistemas de ayuda concedidos por los Estados miembros, en particular en el ámbito social, de conformidad con las normas de la Unión en

«Artículo 2

Principio de libertad de administración de las autoridades públicas

1. *La presente Directiva reconoce el principio de libertad de administración de las autoridades nacionales, regionales y locales, de conformidad con el Derecho nacional y de la Unión. Dichas autoridades tienen libertad para decidir la mejor forma de gestionar la ejecución de obras o la prestación de servicios, en particular garantizando un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios en los servicios públicos.*

Dichas autoridades podrán optar por realizar sus funciones de interés público con recursos propios o en colaboración con otras autoridades o confiarlas a operadores económicos.

2. *La presente Directiva no afecta a los regímenes de propiedad de los Estados miembros y, en particular, no requiere la privatización de empresas públicas que presten servicios al público».*

4º La Directiva 2014/23 define con gran precisión el riesgo del concesionario (art. 5.1, *in fine*):

*«La adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. 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 ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable».*¹⁰⁶

materia de competencia. Conviene aclarar que los servicios no económicos de interés general deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de la presente Directiva» (CDO 6º).

¹⁰⁶ Como se ha señalado, con ello recoge la Directiva la jurisprudencia consolidada sobre el riesgo de explotación económica del servicio (STJUE de 10.3.2011, C-274/09) (GIMENO FELIÚ, 2014b:145 y VILLALBA PÉREZ, 2014:86). Efectivamente, asevera la referida Sentencia:

«A este respecto, procede señalar que el riesgo de explotación económica 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 (véanse, en este sentido, las sentencias de 27 de octubre de 2005, Contse y otros, C-234/03, Rec. p. I-9315, apartado 22, y Hans & Christophorus Oymanns, antes citada, apartado 74)» (FJ 37).

Complementando su articulado, la Directiva anticipa que:

«La característica principal de una concesión, el derecho de explotar las obras o los servicios, implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter

5º Del resto de previsiones de la Directiva 2014/23 sobre concesiones destacan las relativas a:

5.a) El *umbral* a partir del cual se aplicará, que se cifra en las concesiones de un valor igual o superior a 5.225.000 EUR (importe que sustituyó al de 5.186.000 en aplicación del Reglamento delegado 2015/2172/UE de la Comisión de 24.11.2015), tomando como base que el valor de la concesión será el volumen de negocios total de la empresa concesionaria generados durante la duración del contrato, excluido el IVA, estimado por el poder adjudicador o la entidad adjudicadora, en contrapartida de las obras y servicios objeto de la concesión, así como de los suministros relacionados con las obras y los servicios y fijando los métodos de cálculo del valor estimado de las mismas (art. 8), así como los supuestos en que procederá la revisión del umbral (art. 9).

económico que supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento, si bien parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador. La reglamentación de la adjudicación de concesiones mediante normas específicas no estaría justificada si el poder adjudicador o la entidad adjudicadora aliviase al operador económico de cualquier posible pérdida garantizando unos ingresos mínimos que sean iguales o superiores a las inversiones y los costes que el operador económico deba asumir en relación con la ejecución del contrato. Al mismo tiempo, hay que aclarar que ciertos regímenes en los que la remuneración procede exclusivamente del poder adjudicador o la entidad adjudicadora pueden considerarse concesiones si la recuperación de las inversiones y costes que hubiera satisfecho el operador para la ejecución de las obras o la prestación de los servicios depende de la demanda o del suministro efectivos de esos bienes o servicios» (CDO. 18, 3r pfo.).

Y todavía la Directiva añade otras precisiones en dos párrafos más:

«Cuando la reglamentación específica del sector elimina el riesgo estableciendo una garantía en beneficio del concesionario en virtud de la cual se compensen las inversiones y costes sufragados para la ejecución del contrato, este último no debería considerarse concesión a efectos de la presente Directiva. El hecho de que el riesgo esté limitado desde el inicio no impedirá que el contrato se considere una concesión. Lo mismo ocurre, por ejemplo, en sectores con tarifas reglamentadas, o cuando se limita el riesgo operacional mediante regímenes contractuales que prevén una compensación parcial, incluida la compensación en caso de adelantarse la caducidad de la concesión por motivos atribuibles al poder o entidad adjudicador, o por causas de fuerza mayor» (CDO 19).

«Un riesgo operacional debe derivarse de factores que escapan al control de las partes. Los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión. Un riesgo operacional debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro. Debe entenderse por “riesgo de demanda” el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato. Debe entenderse por “riesgo de oferta” el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda. A efectos de la evaluación del riesgo operacional, puede tomarse en consideración, de manera coherente y uniforme, el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario» (CDO 20).

- 5.b) Las denominadas *exclusiones*, esto es, las concesiones a las que no se aplica la Directiva (art. 10 a 17, entre las que destacan las relativas al sector del agua potable y a las formalizadas entre entidades del sector público) y las que se someten de manera limitada (art. 19, sobre servicios sociales y otros servicios específicos).
- 5.c) La *duración* limitada de la concesión y su vinculación con la amortización de la inversión (art. 18).¹⁰⁷
- 5.d) Las *normas en materia de adjudicación de concesiones*: principios generales y garantías procedimentales (art. 30 a 41), con determinaciones sobre anuncios de las concesiones, selección y evaluación cualitativa de los candidatos, criterios objetivos de adjudicación y comunicación de ésta a los candidatos y licitadores, complementadas con previsiones sobre la información que debe figurar en los anuncios de las concesiones (anexos V a IX y XI).

¹⁰⁷ Prescribe concretamente:

«Para las concesiones que duran más de cinco años, la duración máxima de la concesión no podrá exceder el tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos.»

Las inversiones que se tengan en cuenta a efectos del cálculo incluirán tanto las inversiones iniciales como las realizadas durante la vida de la concesión» (art. 18.2).

Útiles resultan también las precisiones que ofrece el CDO 52:

«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.»

5.e) Las *normas relativas a la ejecución de las concesiones* (art. 42 a 45), que incluyen las determinaciones sobre subcontratación, modificación de los contratos durante su período de vigencia¹⁰⁸ y resolución de las concesiones.

6° Por su parte, de la Directiva 2014/24 sobre contratación pública, en relación con la gestión contractual de los servicios públicos locales, interesa resaltar los aspectos siguientes:

6a) Se reitera la libertad de la que gozan los Estados miembros para organizar sus servicios, dejando constancia de ello tanto en sus considerandos 6° y 7°,¹⁰⁹ como en su propia regulación:

¹⁰⁸ La modificación contractual de las concesiones se contiene en el art. 43 de la Directiva 2014/23 y coincide con la de la Directiva 2014/24 (art. 72), sobre contratación pública, salvo en el uso de algunos términos, que no alteran la regulación común. Sobre esta regulación se ha dicho que «no resulta coherente con la doctrina del TJUE», pues «supone cierta innovación sobre (la misma)» y «abre un peligroso portillo que ha de generar dudas interpretativas» (GIMENO FELIÚ, 2014:65-66). Con todo, añade: «sin embargo, la doctrina ya consolidada del TJUE no queda desplazada por esta nueva regulación, pues como advierte en considerando 107 de la Directiva 2014/24, “es preciso aclarar las condiciones en las que la modificación de un contrato durante su ejecución exige un nuevo procedimiento de contratación, teniendo en cuenta la jurisprudencia pertinente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”» (GIMENO FELIÚ, 2014b: 180). Con remisión a los estudios más detallados (GIMENO FELIÚ, 2014: 63-72 y 2014b: 169-187, y VILLALBA PÉREZ, 2014: 87-89), sí conviene sugerir que en la lectura de tales preceptos se inviertan los términos: el principio general (no modificación que altere el contenido sustancial del contrato) y sus concreciones (cuándo se considera que existe modificación sustancial) se localizan en los apartados 5° y 4°, mientras que las excepciones se detallan en los apartados 1°, 2° y 3° de los art. 43 y 72 de las Directivas 2014/23 y 2014/24, respectivamente.

Ése es el orden que siguen en sus análisis los autores citados que, por cierto, es el que tenía el art. 42, sobre *modificación de las concesiones durante su vigencia*, de la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión*, COM (2011) 897 final, de 20.12.2011, y cuyas determinaciones sobre las posibilidades de modificación se han ampliado.

¹⁰⁹ «(6) *Conviene recordar asimismo que la presente Directiva no ha de afectar a la legislación en materia de seguridad social de los Estados miembros. 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.*

Ha de recordarse también que los Estados miembros gozan de libertad para organizar la prestación de los servicios sociales obligatorios o de cualquier otro servicio, como los servicios postales, los servicios de interés económico general o los servicios no económicos de interés general, o una combinación de ambos. Conviene aclarar que los servicios no económicos de interés general deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de la presente Directiva.

(7) Por último, cabe recordar que la presente Directiva se entiende sin perjuicio de la libertad de las autoridades nacionales, regionales y locales de definir, con arreglo al Derecho de la Unión, servicios de interés económico general, su ámbito de aplicación y las características del servicio que ha de prestarse, incluida cualquier condición relativa a la calidad del servicio, con objeto de perseguir sus objetivos de política general. La presente Directiva también debe entenderse sin perjuicio de la facultad de las autoridades nacionales, regionales y locales de establecer, encargar y financiar servicios de interés económico general con arreglo al artículo 14 del TFUE y el Protocolo nº 26 sobre los servicios de interés general anejo al TFUE y al Tratado de la Unión Europea (TUE). Por otra parte, la presente Directiva no trata la financiación

«Artículo 1

Objeto y ámbito de aplicación (...)

4. La presente Directiva no afecta a la libertad de los Estados miembros de definir, de conformidad con el Derecho de la Unión, lo que consideran servicios de interés económico general, cómo deben organizarse y financiarse dichos servicios con arreglo a las normas sobre las ayudas estatales y a qué obligaciones específicas deben estar sujetos. Del mismo modo, la presente Directiva no afectará a la decisión de las autoridades públicas de decidir si desean asumir ellas mismas determinadas funciones públicas, en qué forma y en qué medida, en virtud del artículo 14 del TFUE y del Protocolo no 26.»

6b) El *umbral* se sitúa para los contratos públicos de servicios, excluido siempre el IVA, en los 209.000 EUR (cifra que sustituyó a la de 207.000 en aplicación del Reglamento delegado 2015/2170/UE de la Comisión de 24.11.2015), naturalmente referido al valor estimado de la contratación, si bien se eleva a 750.000 en los de servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo XIV.

Una vez destacados sucintamente los principales aspectos de las Directivas 2014/23 y 24/UE hay que hacer una mención a la tercera, la 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE. El estudio de esta Directiva, tradicionalmente conocida como *de los sectores excluidos*, y del Anteproyecto por el cual se procede a su transposición (ALCSE/O/2015) quedan fuera del estudio de la tesis toda vez que no resultan aplicables al objeto de la misma, afirmación respecto de la cual cabe formular las siguientes consideraciones:¹¹⁰

de servicios de interés económico general ni los sistemas de ayuda concedida por los Estados miembros, en particular en el ámbito social, de conformidad con las normas de la Unión en materia de competencia.»

¹¹⁰ Como ya se ha señalado, a diferencia del texto del Anteproyecto de abril de 2015, el de octubre siguiente no fue publicado. La consulta al mismo me ha sido posible, no obstante, tras su remisión por la Dirección General de Patrimonio del Estado del MINHAP, mediante resolución de 24 de febrero de 2016, como consecuencia de haber ejercido el derecho de acceso a la información pública (ex 12 y ss de la L 19/2013, de Transparencia, acceso a la información y buen gobierno / TAIPBG). Asimismo, la consulta del Dictamen núm. 1115/2015, de 10.3.2016, del Consejo de Estado, la he obtenido por la misma vía de la referida Dirección General, mediante su resolución de 9.5.2016.

1ª) Constituyen los antecedentes de los referidos textos normativos la aludida Directiva 2004/17/CE y la L 31/2007, de 30.10, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

2ª) La nueva Directiva 2014/25/UE y su correlativa propuesta de norma de Derecho interno excluyen de su aplicación a las Administraciones públicas, que se regirán por la Ley de contratos del sector público, según precisa el Anteproyecto de Ley de sectores excluidos de octubre de 2015 (art. 5.3). En consecuencia, debe desarrollarse al amparo de la ley general la gestión contractual de los servicios públicos por las entidades locales, ya se trate de las territoriales (municipios, provincias e islas), o de las funcionales (comarcas, áreas metropolitanas, entidades locales menores o descentralizadas, mancomunidades, consorcios y organismos autónomos), en aplicación de la legislación básica contractual (ex TRLCSP y ALCSP, art. 3) y local (LBRL, 3 y 85).

3ª) Las *entidades contratantes* a las que resulta de aplicación la Directiva 25 y el ALCSE son las siguientes (ALCSE, 5.2 y 6):

3ªa) los poderes adjudicadores que no sean Administración Pública de conformidad con la Ley de Contratos del Sector Público y las empresas públicas,

3ªb) así como otras entidades distintas de las anteriores que tengan derechos especiales o exclusivos según se establece en el artículo 6 del Anteproyecto, esto es, cuando estos sean concedidos por los órganos competentes de una Administración Pública en virtud de cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa que siendo compatible con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea tenga como efecto limitar a una o más entidades el ejercicio de una actividad contemplada en los artículos 8 a 14, y que afecte sustancialmente a la capacidad de las demás entidades de ejercer dicha actividad, y teniendo en cuenta que los derechos que se hayan concedido mediante un procedimiento que haya sido objeto de una publicidad adecuada, con arreglo a criterios objetivos y que no contravenga el Derecho de la Unión Europea, no constituirán derechos especiales o exclusivos a los efectos de la Ley.¹¹¹

Referencias bibliográficas: BERMEJO VERA (2008 y 2009), BOUSO DARRIBA y LOMAS MENÉNDEZ (2014) y LÓPEZ-IBOR MAYOR y GIMENO FELIU (2004).

¹¹¹ La L 31/2007 efectúa una enumeración de las *entidades contra tantes* de los sectores excluidos (DA 2ª), la cual si bien tiene carácter enunciativo y no limitativo, sirve desde luego para identificarlas más fácilmente, objetivo por otra parte que debe ser cubierto por el uso de la

4ª Circunscrita la actividad al desarrollo por las entidades contratantes citadas, los sectores a los que se aplica esta normativa son los de agua, gas y calefacción, electricidad, servicios de transporte (ferrocarril, sistemas automáticos, tranvía, trolebús, autobús o cable), puertos y aeropuertos, servicios postales, y prospección y extracción de petróleo, gas, carbón y otros combustibles sólidos (ALCSE y D 25, art. 8 a 14).

5ª Para finalizar, baste decir que las previsiones de la Directiva 25 plantean para las entidades contratantes en los sectores referidos un régimen contractual menos estricto y rígido que el establecido en la Directiva 24, asegurando en todo caso los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de estos, como son los de igualdad de trato, no discriminación, proporcionalidad, transparencia, publicidad y libre competencia; sobre esas bases, el Anteproyecto que se comenta persigue aclarar las normas vigentes en aras a una mayor seguridad jurídica, y trata de conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo y promoción de las PYMES y todo ello garantizando la eficiencia en el gasto público (EM ALCSE, II, pfs. 1º y 3º).

2.4. Transposición de las nuevas Directivas, exigencias del Derecho comunitario e incumplimiento del plazo para hacerlo

autorización concedida al Ministerio competente para su modificación (DF4ª.2), cuya última manifestación tuvo lugar mediante la Orden EHA/1420/2009, de 22.5. El ALCSE/A/2015 recogía igualmente una relación de las entidades contratantes en su DA5ª (Aigües de Barcelona, Endesa, SA, Gas Natural SDG, SA., ADIF, Autoridades Portuarias y Correos y Telégrafos, SA., son algunas de las que se incluían en la relación), habilitándose igualmente al MINHAP para su modificación (DF4ª.2). Ambas previsiones, sin embargo, fueron suprimidas en el texto de octubre de 2015. El Consejo de Estado da cuenta que tal omisión, que fue defendida por varias de las entidades incluidas aduciendo motivos de seguridad jurídica (cualquier enumeración *petrificada* en una ley podía quedar desfasada), así como la supresión en la Directiva 25 de la lista de entidades que sí figuraba en la Directiva anterior (2004/17). A juicio del Alto órgano consultivo la supresión debe ser reevaluada, en la medida en que permite al operador jurídico conocer la sujeción de las entidades incluidas en la relación, al tiempo que evita que las mismas puedan pretender la “huida del Derecho administrativo” y sin que haya riesgo de *petrificación* al contemplarse la autorización al Ministerio de la modificación del elenco de entidades contratantes (Dictamen 1115/2015, p. 99 y 100), juicio con el que coincido plenamente.

Con vistas a la transposición de las nuevas Directivas es conveniente sintetizar las características y exigencias del Derecho comunitario que, en lo que concierne al tema estudiado, se concretan en las máximas siguientes:¹¹²

1ª) *Primacía del Derecho comunitario*, lo que se traduce, de un lado, en resolver a favor de la norma comunitaria el conflicto con la interna, la cual deberá inaplicarse y, de otro, en la obligación del Estado miembro de eliminar de su ordenamiento interno las disposiciones incompatibles con el Derecho comunitario.¹¹³

2ª) *Eficacia o aplicación directa de las directivas*, lo que se concreta en las determinaciones siguientes:

¹¹² Referencias bibliográficas: BERNAL BLAY (2015), DELGADO-IRRIBAREN (2008), GIMENO FELIU (2015 y 2015b), GONZÁLEZ DE OLANO y NAVARRO MANICH (2014), HERNÁEZ SALGUERO (2015), HERNANDO RYDINGS (2015), LAVILLA RUBIRA (2014), MANGAS MARTÍN (1995), MARTÍNEZ FERNÁNDEZ (2014b), MORENO MOLINA (2014), RUIZ COLOMÉ (1995) y SERRANO CHAMIZO (2015).

¹¹³ Esa doctrina de la primacía de las normas comunitarias fue una creación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJCE de 15.7.1964, asunto 6/64, Costa ENEL), que ha sido reiterada jurisprudencialmente. El Proyecto no aprobado de Constitución para Europa de 2004 incluía su positivización:

«Artículo I.6. *Derecho de la Unión*

La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros.» Abstracción hecha de que no se culminara el proceso de ratificación del Tratado (rechazo en referéndum de Francia y Países Bajos), es relevante el pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional al respecto: «la proclamación de la primacía del Derecho de la Unión por el art. I-6 del Tratado no contradice la supremacía de la Constitución.

Primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquélla, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones. Toda supremacía implica, en principio, primacía (de ahí su utilización en ocasiones equivalente, así en nuestra Declaración 1/1992, FJ 1), salvo que la misma norma suprema haya previsto, en algún ámbito, su propio desplazamiento o inaplicación. La supremacía de la Constitución es, pues, compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro Ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto, que es lo que ocurre exactamente con la previsión contenida en su art. 93, mediante el cual es posible la cesión de competencias derivadas de la Constitución a favor de una institución internacional así habilitada constitucionalmente para la disposición normativa de materias hasta entonces reservadas a los poderes internos constituidos y para su aplicación a éstos. En suma, la Constitución ha aceptado, ella misma, en virtud de su art. 93, la primacía del Derecho de la Unión en el ámbito que a ese Derecho le es propio, según se reconoce ahora expresamente en el art. I-6 del Tratado.» (Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13.12.2004, FJ 4, BOE núm. 3, de 4.1.2005).

- «La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.»¹¹⁴
- Aunque sea necesaria su transposición al derecho nacional, se afirma el efecto directo de las directivas en todos aquellos casos en que su formulación sea clara, precisa, completa e incondicional, si ha transcurrido el plazo para su ejecución, o si la transposición ha sido incorrecta.¹¹⁵

3ª) Antes del 18 de abril de 2016, debía producirse la transposición al derecho interno de las determinaciones contenidas en las nuevas Directivas comunitarias:

- la 2014/23/UE, relativa a la *adjudicación de contratos de concesión*, en sus modalidades de *obras* y de *servicios*;
- la 2014/24/UE, sobre *contratación pública*, de la que hay que resaltar, a los efectos de la cuestión analizada, la regulación del *contrato público de servicios*;
- la 2014/25/UE, relativa a la *contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales*, en la medida que afecten a los servicios públicos locales.

4ª) Precisado lo anterior, una vez que entró en vigor, y como se ha sostenido por la doctrina, la Directiva ya produce efectos jurídicos, por lo que debe efectuarse una interpretación *secundum directivam* a los efectos de preservar el efecto útil de la nueva

¹¹⁴ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, versión consolidada 2016 (art. 288, 3º pfo).

¹¹⁵ Dijo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea:
 «A este respecto, de la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia se desprende que, en todos aquellos casos en que las disposiciones de una directiva, desde el punto de vista de su contenido, no estén sujetas a condición alguna y sean suficientemente precisas, los particulares están legitimados para invocarlas ante los órganos jurisdiccionales nacionales contra el Estado, bien cuando éste no adapte el Derecho nacional a la directiva dentro de los plazos señalados, bien cuando haga una adaptación incorrecta (véanse, en particular, las sentencias de 19 de noviembre de 1991, *Francovich* y *Bonifaci*, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, Rec. p. I-5357, apartado 11, y de 11 de julio de 2002, *Marks & Spencer*, C-62/00, Rec. p. I-6235, apartado 25)» (STJUE de 5.10.2004, asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer* y otros, apartado 103).

Sobre la cita de la jurisprudencia que reitera ese pronunciamiento, véase MARTÍNEZ FERNÁNDEZ (2014b: nota 22).

regulación, con el límite de la interpretación *contra legem*, en aplicación del principio de seguridad jurídica.¹¹⁶

5ª) A su vez, vencido el plazo del 18 de abril de 2016 sin que se haya producido la transposición, las Directivas tienen un efecto directo, son de aplicación directa, en aquellas determinaciones que tengan una formulación clara, precisa, completa e incondicional, como se analizará más detalladamente (epígrafe 7).

6ª) Y todo ello, naturalmente, sin olvidar la observancia de las garantías sobre los medios de recursos eficaces y rápidos contra decisiones adoptadas por poderes adjudicadores y entidades contratantes contenidas en la Directiva 2007/66/CE, transpuesta por la L 34/2010, de modificación de las leyes LCSP/2007 (luego reflejada en el TRLCSP/2011), L 31/2007 (sectores excluidos) y LJCA/1998, y la deseable extensión de la aplicación del *recurso especial de contratación* reclamada por la doctrina.¹¹⁷

Examinadas pues las nuevas Directivas y las exigencias del Derecho comunitario, procede analizar, con vistas a su transposición, la problemática del derecho interno actual y su tratamiento de la gestión contractual de los servicios públicos locales.

Antes, no obstante, hay que hacer una referencia al incumplimiento del deber de transposición de las Directivas comunitarias 2014/23, 24 y 25/UE con anterioridad al 19 de abril de 2016 y contextualizarlo en el conjunto de países miembros de la Unión Europea. A este respecto pueden formularse las siguientes consideraciones:

1ª No ha sido España la única que ha inobservado la obligación de hacerlo en plazo. El 26 de mayo de 2016, la Comisión Europea hacía público el requerimiento remitido a 21 de los Estado miembros, esto es, las tres cuartas partes de los que integran la UE. Además de España, la relación de infractores es la siguiente: Austria, Bélgica, Bulgaria, República Checa, Chipre, Croacia, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Grecia,

¹¹⁶ Véase GIMENO FELIÚ (2015b), que defiende el valor interpretativo de las nuevas directivas antes del vencimiento del plazo de transposición.

¹¹⁷ Véase, entre otros, GIMENO FELIÚ (2015: 37 y 38), MORENO MOLINA (2011) y RAZQUÍN LIZÁRRAGA, M.M. (2012).

Irlanda, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumania y Suecia.¹¹⁸

2ª Los Estados que sí dieron cumplimiento al deber prescrito en las Directivas de contratación son los siguientes: Alemania, Dinamarca, Eslovaquia, Francia, Hungría, Italia y Reino Unido. De éstos, cabe resaltar las transposiciones llevadas a cabo por:¹¹⁹

2ª.a) Francia, que la desarrolló en tres fases, mediante:

- 2014: «Décret n° 2014-1097, du 26 septembre, portant mesures de simplification applicables aux marchés publics», que incluye medidas sobre simplificación y partenariado de innovación (el correlativo a la asociación para la innovación de la D 24, CDO 49 y art. 31).¹²⁰
- 2015: «Ordonnance n° 2015-899, du 23 juillet, relative aux marchés publics» y «Décret d'application n° 2016-360, du 25 mars, relatif aux marchés publics», respectivamente, relativas a las Directivas 24 y 25, sobre contratación y sectores excluidos.¹²¹

¹¹⁸ Puede consultarse la Nota de prensa de la Comisión Europea de 26.5.2016 en (apartado 4, sobre *Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs. Public procurement: Commission requests 21 Member States to transpose new EU rules on public procurement and concessions*, consulta efectuada el 14.8.2016):

http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-1823_en.htm

De la noticia se hicieron eco diversas publicaciones en España:

- El observatorio de Contratación Pública (27.5.2016):
<http://www.obcp.es/index.php/mod.noticias/mem.detalle/id.1012/relcategoria.1058/relmenu.23/chk.0e4f18058820e265760c45aabe04fd04>
- La web de ROMAR VILLAR : <http://contratodeobras.com/noticias-sobre-contratacion-publica-2016/>
- El diario Expansión, en crónica de FERNÁNDEZ-MIER GARCÍA(30.3.2016):
<http://www.expansion.com/juridico/opinion/2016/03/30/56bf9a1ca47415e258b46a3.html>

¹¹⁹ PADRÓS CASTILLÓN (2016: 7 y 8).

¹²⁰ Puede consultarse en:

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000029504714&categorieLien=id>

¹²¹ Accesibles, respectivamente, en:

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000030920376>

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032295952&categorieLien=id>

- 2016: «Ordonnance n° 2016-65, du 29, relative aux contrats de concession» y «Décret d'application n° 2016-86, du 1er février, relatif aux contrats de concession », sobre los contratos de concesión de obras y de servicios.¹²²

2ª.b) Reino Unido, que transpuso las Directivas de la siguiente forma:

- 2015: «The Public Contracts Regulations 2015, n° 102», respecto de la 2014/24/UE.¹²³
- 2016: «The Concession Contracts Regulations 2016, n° 65», relativa a la 2014/23/UE y aplicable a Escocia.¹²⁴
- 2016: «The Concession Contracts Regulations 2016, n° 273», también referida a la 2014/23/UE y a Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte.¹²⁵
- 2016: «The Utilities Contracts Regulations 2016», que incorpora la 2014/25/UE.¹²⁶

2ª. c) Italia, que articuló la transposición a partir de:

- La «Legge 28 gennaio 2016, n. 11», por la que delega al Gobierno las actuaciones relativas a las Directivas 2014/23, 24 y 25/UE.¹²⁷
- El «Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50», de aplicación a las tres Directivas de concesiones, de contratación y de sectores excluidos y reordenación de la

¹²² Puede accederse a tales normas, respectivamente, en:
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000031939947&categorieLien=id>
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000031963717&dateTexte=&categorieLien=id>

¹²³ Puede consultarse en:
http://www.legislation.gov.uk/uksi/2015/102/pdfs/uksi_20150102_en.pdf

¹²⁴ Accesible en:
http://www.legislation.gov.uk/ssi/2016/65/pdfs/ssi_20160065_en.pdf

¹²⁵ A la norma se puede acceder en:
http://www.legislation.gov.uk/uksi/2016/273/pdfs/uksi_20160273_en.pdf

¹²⁶ Sobre la referida transposición, véase el comentario en:
http://www.procurementportal.com/utilities_regulations_2016/

¹²⁷ Se puede consultar en:
http://www.bosettiegatti.eu/info/norme/statali/2016_0011.htm

disciplina vigente en materia de contratos públicos de obras, servicios y suministros.¹²⁸

3ª Finalmente, aparte del efecto directo de las Directivas por la falta de transposición, sobre las consecuencias de la inobservancia de ese deber cabe señalar la posibilidad de que se abra un procedimiento sancionador por parte de la Comisión Europea. Regulado en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE, art. 258 a 269), prevé una serie de medidas que, entre las más relevante, incluyen la emisión de un Dictamen motivado por la Comisión, el eventual sometimiento de la cuestión ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), mediante el denominado recurso por incumplimiento, y la imposición al Estado miembro incumplidor del pago de una suma a tanto alzado o una multa coercitiva. Con todo, en la práctica puede alegarse en su descargo que se ha seguido el trámite para la elaboración de la norma desde la perspectiva del ejecutivo español. Esa es la opinión del Consejo de Estado que, después de señalar la pertinencia en la emisión del Dictamen sometido a su consulta, añade (Dictamen núm. 1116/2015, de 10.3.2016, p.41):

«Consulta que, por otra parte, resulta conveniente expedir toda vez que las directivas que se incorporan con el anteproyecto han de estarlo en el derecho interno antes del mes de abril de 2016. El incumplimiento del citado plazo puede comportar la incoación por parte de la Unión Europea del correspondiente procedimiento sancionador. Ahora bien, en virtud de una práctica de uso, la Comisión no lo hace cuando se ha culminado el procedimiento interno de elaboración de la norma de incorporación, lo que, en el caso español, se considera producido al emitir su dictamen este Cuerpo Consultivo.»

¹²⁸ Accesible en: http://www.bosettiegatti.eu/info/norme/statali/2016_0050.htm

CAPÍTULO 3. LA GESTIÓN CONTRACTUAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES: REGULACIÓN ACTUAL Y FUTURA

3.1. La regulación actual y los dilemas sobre las opciones a seguir

3.1.1. Fases del proceso

De acuerdo con la regulación actual del TRLCSP/2011, sólo existe un ámbito en el que la gestión contractual de servicios públicos locales goza de todos los requisitos de la seguridad jurídica: la concesión de servicio público en que el contratista asume el riesgo de la explotación del mismo, sobre la base de que su remuneración proviene de las tarifas que abonan los usuarios, exclusivamente o acompañadas de un precio que satisface la Administración titular de dicho servicio; eventualmente, cabe el pago directo por la Administración siempre sobre la base de que el concesionario asuma el riesgo de explotación. En tal caso, la contratación de la prestación es subsumible en el tipo definido en el art. 277.a) y 281.1 del TRLCSP, referidos a la concesión,¹²⁹ y concuerda con el concepto que ofrece la ya derogada Directiva 2004/18/CE (art. 1.4.b) y la hoy vigente Directiva 2014/23/UE (art. 5.1.b).¹³⁰

Ese es el único supuesto en el que coinciden el derecho positivo y los pronunciamientos de las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa, los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales y la doctrina administrativista. Fuera del mismo, los requisitos y las opiniones se separan y los operadores jurídicos se ven ante el dilema de los preceptos a aplicar y las consecuencias que se derivan.

¹²⁹ Definida como aquella modalidad de *contratación de la gestión de servicios públicos por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura* (art. 277.a), y en la que como *contratista tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, entre las que se incluirá, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración* (art. 281.1).

¹³⁰ Las previsiones respectivas son las siguientes:

a) Directiva 2004/18/CE:

«La concesión de servicios es un contrato que presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien dicho derecho acompañado de un precio» (art. 1.4.b).

b) Directiva 2014/23/UE:

«concesión de servicios: 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» (5.1.b).

Constatado lo anterior, lo cierto es que se fueron sucediendo diversas propuestas en un escenario en el que, al cierre de la presente tesis, se diferencian las siguientes fases:

1ª Elaboración y sometimiento al trámite de información pública del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público (ALCSP) de abril de 2015, tras el Informe sometido por el MINHAP al Consejo de Ministros en la reunión de 17.4.2015.¹³¹

Después de la lectura del texto, y durante el período hábil del referido trámite (del 25 al 14.5.2015, según anuncio publicado en el BOE núm. 98, del 24.4.2015), formulé y presenté alegaciones en relación con el ALCSP/A (14.5.2015).¹³²

2ª Siguió luego un período, que va de mayo a octubre de 2015, durante el cual se fueron sucediendo informes de diversos órganos y organismos, tanto de las diversas Administraciones, como de Autoridades independientes y del Poder Judicial. En el curso del mismo, y sobre la base de las alegaciones antes citadas aunque ampliadas, elaboré el artículo «Modificación de la Ley de Contratos del Sector Público y gestión de servicios públicos locales: propuestas y alternativas», publicado en la *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 40 (octubre 2015).¹³³

3ª Cerrado y fechado el 21.10.2015, el texto del nuevo Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público (ALCSP/O/2015), fue remitido al Consejo de Estado para su Dictamen preceptivo por el Pleno, en tanto que integrante de la categoría de los «*anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o*

¹³¹ Sobre la referencia al Consejo de Ministros, véase <http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/documents/2015/refc20150417.pdf>; para el texto del ALCSP, fechado el 17.4.2015, el enlace es: <http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Proyectos/Borrador%20Anteproyecto%20de%20Ley%20de%20Contratos%20del%20Sector%20P%C3%ABlico-%2017%20abril%202015.pdf>; consultas efectuadas el 1.5.2016.

¹³² Las alegaciones pueden consultarse en la página del GREL (*Grup de Recerca en Estudis Locals* / Universidad de Barcelona, del que formo parte): <https://grelub.wordpress.com/2016/04/26/opiniones-y-argumentos-defendidos-por-investigadores-del-grel-son-confirmados-por-el-consejo-de-estado/> concretamente, en https://www.dropbox.com/s/ny0768586jbsosk/Abis_Censurado.pdf?dl=0

¹³³ Dicho artículo es accesible también en la página del GREL antes citada; concretamente en https://www.dropbox.com/s/dzy6ygv89fxsn7e/Publicat.%20Modificaci%C3%B3n%20de%20la%20Ley%20de%20contratos_RGDA.pdf?dl=0

desarrollo (...) del derecho comunitario europeo» (ex LO 3/1980, de 22.4, del Consejo de Estado, art. 21.2).¹³⁴

4ª En la sesión de 10.3.2016, el Pleno del Consejo de Estado aprobó el Dictamen núm. 1116/2015 sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público. Se trata de un texto de considerable extensión (293 páginas), que será objeto de análisis pormenorizado; baste ahora adelantar que, por lo que se refiere a la gestión contractual de servicios público locales, acoge las tesis y reproduce consideraciones y argumentos contenidos en mis alegaciones y en el artículo de mayo y octubre de 2015, respectivamente.¹³⁵

5ª Cumplidos los trámites señalados en relación con la iniciativa legislativa del Gobierno (ex 22 de la L 50/1997), los restantes pendientes quedaban en suspenso atendidas la prolongación de la situación del Ejecutivo en funciones, la no resolución de una investidura gubernamental de resultados de las elecciones generales del 20 de diciembre de 2015 y la convocatoria de unas nuevas elecciones generales para el 26 de junio de 2016.¹³⁶

Efectivamente, en ese escenario no podía el Gobierno en funciones ejercer la facultad de aprobar el Proyecto de Ley de contratos del sector público y su remisión al Congreso de los Diputados (ex 21.5.b y 22.4 de la L 50/1997), por lo que esa iniciativa quedaba pospuesta hasta tanto se resolviera la investidura gubernamental en la XII Legislatura resultante de las referidas elecciones generales del 26 de junio de 2016.

¹³⁴ El Observatorio de Contratación Pública (Obcp) dio noticia de esa remisión el 30.10.2015 (véase

<http://www.obcp.es/index.php/mod.noticias/mem.detalle/id.881/recategoria.1062/reلمenu.2/chk.114be27cd9b080c8e2e51ab60cd4234d>; consulta el 1.5.2016).

A diferencia del texto de abril de 2015, el de octubre siguiente no fue publicado. La consulta al mismo me ha sido posible, no obstante, tras su remisión por la Dirección General de Patrimonio del Estado del MINHAP, mediante resolución de 15 de enero de 2016, como consecuencia de haber ejercido el derecho de acceso a la información pública (ex 12 y ss de la L 19/2013, de Transparencia, acceso a la información y buen gobierno / TAIPIBG). Dicha resolución y el texto del ALCSP/O/2015 se encuentran accesibles en la referida página del GREL; concretamente en: <https://www.dropbox.com/s/e53m5u52trn5t8m/B.pdf?dl=0> y <https://www.dropbox.com/s/tz7n06dvjf21sm2/C.pdf?dl=0>

¹³⁵ Que presenté alegaciones al ALCSP es un extremo que se recoge en el referido Dictamen núm. 1116/2015 (pág. 34), cuya consulta me resultó posible tras su remisión por la Dirección General de Patrimonio del Estado del MINHAP, mediante resolución de 19.4.2016, al haber ejercido igualmente el derecho de acceso a la información pública. Dicha resolución y el Dictamen están accesibles en la página del GREL; concretamente, en: <https://www.dropbox.com/s/jk9qaq8wgnw0cwb/G.pdf?dl=0> y <https://www.dropbox.com/s/1hknpnfost46p0c/DictamenConsejoEstadoJLMAC.pdf?dl=0>

¹³⁶ Mediante RD 184/2016, de 3.5.

Por si la complejidad no fuera ya elevada, el vencimiento del plazo de transposición de las Directivas daba paso, a partir del 19 de abril de 2016, al efecto directo de las mismas, todo lo cual abocaba a una situación en la que se distinguen cuatro conflictos normativos, cuyo desarrollo es objeto del siguiente apartado:

- La controversia entre la concesión de obra pública y la de servicios públicos.
- La utilización del contrato de gestión de servicios públicos en supuestos en los que el precio o pago es abonado por la entidad local y no existe transferencia del riesgo de explotación u operacional en la acepción comunitaria.
- Las limitaciones y disfunciones que resultan de la apelación al contrato de servicios en la gestión de servicios públicos locales.
- El efecto directo de las Directivas comunitarias de 2014 a partir del 19 de abril de 2016.

3.1.2. Conflictos normativos en torno a la gestión contractual de los servicios locales.

a) Controversia entre la concesión de obra pública y la de servicios públicos.

En los supuestos en que la concesión de servicios públicos va precedida de la construcción de la obra que le servirá de soporte, la controversia se produce entre la aplicación del régimen propio del contrato de gestión de servicios públicos (TRLCSP: 8, 19.1.a, 132, 133 y 275 a 289) o el de la concesión de obra pública (COP) (TRLCSP: 7, 19.1.a, 128 a 131 y 240 a 274).

Este dilema, sin embargo, debería haber quedado resuelto tras la aprobación de la LCSP/2007, en la que en ningún precepto de la COP se mencionan los *servicios públicos de naturaleza económica*, a diferencia de la referencia que sí se contenía en el TRLCAP/2000 (art. 220.1). En consecuencia, si de un servicio público se trata, al concurrir las características que lo definen, éste ha de ser el criterio que resuelve la duda en favor de la concesión de servicios y descarta la de obra pública.¹³⁷

¹³⁷ Ese es el parecer que sostiene la JCCA de la AGE:

- b) Utilización del contrato de gestión de servicios públicos en supuestos en los que el *precio* es abonado por la entidad local y no existe transferencia del *riesgo de explotación* en la acepción comunitaria de la Directiva 2004/18/CE, o sustituyendo correlativamente los términos por los de *pago* y *riesgo operacional*, si nos referimos a la Directiva 2014/23/UE.

Tal como se ha detallado, la regulación del TRLCSP y del Reglamento de servicios y sus correlativos autonómicos prevén la utilización del contrato de gestión de servicios públicos (CGSP) en supuestos en los que el precio es abonado por la entidad local y no existe transferencia del riesgo de explotación en la acepción comunitaria, naturalmente siempre sobre la base de que su objeto sea un servicio público, de carácter local en el análisis que venimos efectuando. Hay que recordar que esa regulación del CGSP no prevé la publicación del anuncio de la licitación en el DOUE, prescrita solo para los contratos armonizados (ex TRLCSP, 13 a 16, 141 y 142 y concordantes).¹³⁸ A esa restricción se viene a añadir que la regulación del CGSP reserva el recurso especial de contratación a un sólo supuesto.¹³⁹

Pues bien, si en aplicación de esas determinaciones del derecho positivo se opta por seguir la tesis tradicional, y se califica como CGSP, en cualquiera de sus modalidades, un contrato en el que el contratista percibe la remuneración de la Administración y sin

«Para establecer claramente los límites entre una y otra debe tenerse en consideración cuál es el objeto de la concesión. Así, mientras en la concesión de obras públicas, el objeto lo constituye la ejecución de una obra de tal naturaleza, pactándose como retribución la explotación de la obra durante un periodo de tiempo, en la concesión de servicios públicos el objeto está constituido por la explotación o gestión del servicio en sí mismo considerado siendo la retribución del concesionario el importe de las tarifas que los usuarios deben pagar (sin perjuicio de ello cuando la gestión del servicio requiera la construcción de obras con carácter previo al comienzo de la explotación éstas pueden estar a cargo del concesionario también). Es decir el elemento diferenciador se encuentra en el hecho de que el objeto lo constituya la construcción de la obra o la explotación del servicio. En aquellos casos en que la explotación del servicio requiera la ejecución de obras de instalación, éstas tendrán un carácter accesorio y una entidad económica menor respecto de la explotación del servicio» (Informe 49/09, de 26.2.2010, CJ³).

¹³⁸ Incluso, el TRLCSP establece que «cuando el órgano de contratación lo estime conveniente, los procedimientos para la adjudicación de contratos de obras, suministros o servicios no sujetos a regulación armonizada podrán ser anunciados, además, en el «Diario Oficial de la Unión Europea» (art. 142. 2), posibilidad que ni siquiera contempla, por tanto, para el CGSP.

¹³⁹ Concretamente, a los «contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años» (TRLCSP, 40. 1. C).

que concurra traslado del riesgo en la explotación del servicio que presta a los usuarios, en su acepción comunitaria, y se descarta, por tanto, la del contrato de servicios, tal calificación, ante eventuales impugnaciones de licitadores que no hayan visto satisfechas sus aspiraciones, será considerada incorrecta, e incluso se podrá entender que «una incorrección de esta naturaleza no es una mera irregularidad, pues afecta a la concurrencia, al generar confusión jurídica sobre las reglas aplicables al proceso de licitación» (Acuerdo TARC Aragón, Acuerdo 19/2011, de 11.8, FDº 3º, *in fine*).

Si, además, el valor estimado del contrato (VEC) supera el umbral comunitario de los contratos de servicios (209.000 euros, art. 16.1.b, del TRLCSP), de no haberse anunciado en el DOUE, se consideraría incumplida la Directiva 2004/18/CE (art. 2.1.d en relación con los art. 35 a 37, sobre normas de publicidad y de transparencia). Correlativamente, en el supuesto de que no se hubiera admitido el recurso especial de contratación (*ex* TRLCSP, art. 40 y concordantes), ello supondría, a su vez, el incumplimiento de la Directiva 2007/66/CE, de 11.12.2007, sobre los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.

c) Limitaciones y disfunciones que resultan de la apelación al contrato de servicios en la gestión de servicios públicos locales.

El tercer conflicto normativo se plantea si se inaplican las previsiones normativas sobre el CGSP, se opta por seguir la que, con apoyo en criterios de JCCA, tribunales administrativos y doctrina administrativa, hemos denominado tesis restrictiva, y se califica como contrato de servicios una actividad identificada como propia de un servicio público local, al concurrir las características objetivas y la competencia municipal (según lo señalado en los epígrafes 1.5.2 y 1.5.3).

De optarse, pues, por el contrato de servicios habrá que tener en cuenta lo siguiente:

c.1) En la fase de selección debía requerirse la clasificación correspondiente si el VEC era igual o superior a 200.000 euros, en tanto no se desarrollaran reglamentariamente las nuevas previsiones de los art. 65.1 y 75 a 78 y 79 bis (véase DT 4ª del TRLCSP, en relación con la DF 3ª, apartado 8, de la L 25/2013, de 27.12, de *impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público*). El desarrollo reglamentario ha tenido lugar mediante el RD 773/2015, de 28.8, por el que se modifican determinados preceptos del RGLCAP/2001. Con efectos del 5.11.2015

(DF del RD 773/2015), ya no es exigible la clasificación en el contrato de servicios (RGLCAP, nuevo redactado art. 46).¹⁴⁰

c.2) Sobre su duración, «los contratos de servicios no podrán tener un plazo de vigencia superior a cuatro años con las condiciones y límites establecidos en las respectivas normas presupuestarias de las Administraciones Públicas, si bien podrá preverse en el mismo contrato su prórroga por mutuo acuerdo de las partes antes de la finalización de aquél, siempre que la duración total del contrato, incluidas las prórrogas, no exceda de seis años, y que las prórrogas no superen, aislada o conjuntamente, el plazo fijado originariamente. La celebración de contratos de servicios de duración superior a la señalada podrá ser autorizada excepcionalmente por el Consejo de Ministros o por el órgano autonómico competente de forma singular, para contratos determinados, o de forma genérica, para ciertas categorías» (TRLCSP, 303.1).

El primer aspecto a resaltar es la corta duración del contrato, lo que plantea limitaciones en relación con las previsiones sobre amortización de bienes e

¹⁴⁰ Ello no obstante, se sigue manteniendo la clasificación en los contratos de servicios (RGLCAP, 37 a 46). Así, de acuerdo con el nuevo redactado del art. 46 del RGLCAP, el licitador podrá acreditar su solvencia indistintamente mediante su clasificación en el subgrupo de clasificación correspondiente al contrato o bien acreditando el cumplimiento de los requisitos específicos de solvencia exigidos en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y detallados en los pliegos del contrato; en defecto de éstos, la acreditación de la solvencia se efectuará de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 4 del art. 11 del propio RGLCAP, objeto también de nueva redacción.

El ATACP Aragón 11/2014, de 20.2, entiende que el límite para la exigencia de la clasificación era el de 207.000, en aplicación del Reglamento (UE) 1336/2013 que elevó a esa cifra el umbral comunitario de los contratos armonizados (FDº 2); accesible en http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/TribunalAdministrativo/contenido_canal_trb_ho me/Acuerdo_011_2014.pdf

Ese mismo criterio lo reitera en el ATCAP Aragón 37/2015, de 27.3 (FDº 3); accesible en http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/TribunalAdministrativo/contenido_canal_trb_ho me/Acuerdo_035_2015.pdf

No es compartida esta extensión y, entre otros, siguieron manteniendo el umbral de la clasificación en la cifra de 200.000 euros:

a) Resolución del TACRC 297/2014, de 4.4; accesible en [http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202014/Recurso%2002192014%20\(Res%20297\)%2004-04-2014.pdf](http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202014/Recurso%2002192014%20(Res%20297)%2004-04-2014.pdf)

b) Gobierno de Extremadura (Guía de fiscalización, apartado 1.1.5); accesible en (consulta el 24.9.2015) http://www.gobex.es/filescms/ig/uploaded_files/interlex_guias/3_Guia_SERVICIOS_06.07.2015.pdf

c) JCCA GENCAT (Manual divulgativo sobre la clasificación, *concepte*); accesible en (consulta el 24.9.2015) http://economia.gencat.cat/ca/70_ambits_actuacio/contractacio_publica/junta_consultiva_de_contractacio_administrativa/classificacio_empresarial/manual_divulgatiu/#7

Sobre el aumento del umbral comunitario en relación con los contratos armonizados hay que recordar que se recogió en la Orden HAP/2425/2013, de 23.12, con efectos del 1.1.2014.

instalaciones, características en los contratos de gestión de servicios públicos atendida su vigencia más dilatada (ex TRLCSP, 278), y sin que se admita para el ámbito local la posibilidad de que el contrato de servicios tenga una duración superior a la prevista en el inciso final del precepto.¹⁴¹

En segundo lugar debe precisarse que no solo se trata de que el plazo es sensiblemente más corto que el del CGSP, sino que, además, la prórroga requiere la conformidad del contratista, sin que pueda imponerse la misma, toda vez que el precepto transcrito supone una excepción a la previsión general del art. 23.2 del TRLCSP que dispone:

«El contrato podrá prever una o varias prórrogas siempre que sus características permanezcan inalterables durante el período de duración de éstas y que la concurrencia para su adjudicación haya sido realizada teniendo en cuenta la duración máxima del contrato, incluidos los períodos de prórroga.»

La prórroga se acordará por el órgano de contratación y será obligatoria para el empresario, salvo que el contrato expresamente prevea lo contrario, sin que pueda producirse por el consentimiento tácito de las partes».

No es esta una previsión novedosa pues la denominada prórroga impuesta o forzosa cuenta con precedentes en nuestra legislación.¹⁴²

¹⁴¹ De la problemática sobre la amortización de las inversiones en maquinaria en el servicio de recogida de residuos se hace eco la JCCA de la Generalitat de Catalunya, así como de la imposibilidad de una vigencia superior a cuatro años en el ámbito local (Informe 15/2014, de 17.12, CJ I y IV). La Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía concluye que «las Entidades Locales no tienen la facultad que otorga el artículo 303.1 del TRLCSP al Consejo de Ministros o al órgano autonómico competente para autorizar excepcionalmente la celebración de contratos de servicios de duración superior a la señalada en dicho apartado» (Informe 6/2014, de 11.7).

¹⁴² Así, el derogado Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales de 1953 establecía lo siguiente (art. 59):

«1. Los contratos referentes a servicios o suministros que tengan por objeto atender necesidades permanentes podrán ser prorrogados en su término final por la Corporación, obligatoriamente para el contratista, hasta que, realizadas dos subastas consecutivas o un concurso, según procediere, se encuentre aquélla, a falta de licitador, en las condiciones exigentes de ambas formas de contratación.»

2. Esta prórroga se extenderá hasta que el nuevo contratista se haga cargo del servicio o la Corporación interesada comience a prestarlo por administración, sin que pueda exceder en ningún caso de seis meses.»

Por su parte, la Doctrina había considerado perfectamente posible que la Administración titular del servicio, en ejercicio de su *ius variandi* ordenara la prórroga de la concesión, en tanto que variación de *tiempo* (ex RS/1955, art. 127.1.a; véase Mestre Delgado, 1992: 50-51). Y en el mismo sentido lo había acogido la Jurisprudencia: «la Administración por razones de interés

c.3) El contratista podrá proceder a la suspensión del contrato si se produce una demora en el pago superior a cuatro meses (TRLCSP, art. 220 en relación con el 216.5). A este respecto hay que recordar que esta posibilidad estaría vedada si de un contrato de gestión de servicios públicos se tratase (ex TRLCSP, art. 276), lo que constituye una manifestación del principio de continuidad y regularidad propio de los servicios públicos.¹⁴³

c.4) Tampoco resultarán ejercitables las potestades inherentes al contrato de gestión de servicios públicos.

En el marco del contrato de servicios, serán ejercitables naturalmente las prerrogativas genéricas referidas a los contratos administrativos, bien que con las particularidades de su régimen jurídico.¹⁴⁴ Pero la opción por esa modalidad contractual privará a la

público unidas a la necesidad de continuidad del servicio -y mientras no se seleccione al nuevo contratista- impone coactivamente la permanencia del anterior con unas consecuencias equiparables a las producidas cuando la Administración hace uso de las facultades que forman el contenido del "ius variandi", con la ineludible contrapartida de la compensación económica a favor del contratista o concesionario de un servicio público» (STS de 22.3.1985, LA LEY 59114-NS/0000, Cdo 1º).

El ROAS/1995, entre las obligaciones del contratista de gestión de servicios públicos, consigna, entre otras, la siguiente (art. 235.a): *«Prestar el servicio con la continuidad y regularidad que haya acordado la entidad local contratante sin otras interrupciones que las que se producirían si la gestión se prestare de forma directa. En caso de extinción normal del contrato, el contratista tendrá que prestar el servicio hasta que otro se haga cargo de su gestión»*. En términos análogos se pronuncia el RBASO/2002 (art. 209.1.a).

¹⁴³ No se trata, obviamente, de justificar el impago por las Administraciones, sino de dejar constancia del diferente régimen que el legislador establece en atención al objeto del contrato de gestión de servicios públicos, y a las exigencias derivadas de la aplicación del principio de continuidad y regularidad servicial señalado.

¹⁴⁴ Con carácter general vienen referidas en el art. 210 del TRLCSP, que prescribe que «dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta». Y complementadas por las determinaciones del RGLCAP/2001:

«Artículo 94. Dirección e inspección de la ejecución

1. La ejecución de los contratos se desarrollará, sin perjuicio de las obligaciones que corresponden al contratista, bajo la dirección, inspección y control del órgano de contratación, el cual podrá dictar las instrucciones oportunas para el fiel cumplimiento de lo convenido.

2. Los pliegos de cláusulas administrativas, generales y particulares, contendrán las declaraciones precisas sobre el modo de ejercer esta potestad administrativa».

«Artículo 95. Facultades del órgano de contratación en la ejecución del contrato

Cuando el contratista, o personas de él dependientes, incurra en actos u omisiones que comprometan o perturben la buena marcha del contrato, el órgano de contratación podrá exigir la adopción de medidas concretas para conseguir o restablecer el buen orden en la ejecución de lo pactado».

Administración de utilizar las potestades que el ordenamiento jurídico le confiere por tratarse de servicios públicos y que la legislación acota al contrato de gestión de los mismos. En síntesis, sobre tales potestades pueden formularse las consideraciones siguientes:¹⁴⁵

1ª. La potestad de *dirección y ordenación del servicio* se manifiesta de diversas maneras:

- Con carácter general, a través de la ordenanza del servicio, conectándose con otra potestad, la *reglamentaria* cuyo ejercicio corresponde al Pleno de la entidad local (LBRL, art. 49), y cuyo carácter normativo permite una mayor salvaguarda de los derechos de los usuarios y de los intereses de la Administración en tanto que titular del servicio público.¹⁴⁶

- Y, con carácter específico, se concreta mediante el reconocimiento a la Corporación local concedente de la potestad de «*dictar órdenes para mantener o restablecer la debida prestación del servicio*» (RS/1955, 127.1.2ª, *in fine*); determinación que al venir referida al servicio público es extensible al resto de modalidades de prestación indirecta, como expresamente prevén algunas legislaciones autonómicas.¹⁴⁷

2ª. La potestad de *control del servicio* se articula a partir del ejercicio de las funciones de *seguimiento, inspección, investigación y fiscalización* por parte de la Administración titular del mismo.

Todas estas actuaciones están legitimadas, de manera expresa, mediante el reconocimiento de la potestad de «*fiscalizar la gestión del concesionario, a cuyo efecto podrá inspeccionar el servicio, sus obras, instalaciones y locales y la documentación relacionada con el objeto de la concesión*» (RS/1955, 127.1.2ª, primer inciso). Por lo que se refiere a la legislación de contratos, viene en aplicación a los de gestión de

¹⁴⁵ Referencias bibliográficas: ALBI, F. (1960: 583 y 584), SÁNCHEZ ISAC (1992: 225), LLISSET BORRELL (2002: 239, 240, 427 y 428), MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS (2009: 631 y 632), MORENO MOLINA y PLEITE GUADAMILLAS (2002: 107-108) y SARASOLA GORRITI (2003: 191-289 y 450-455).

¹⁴⁶ Hay que recordar a este respecto, con remisión a los textos normativos respectivos, las determinaciones sobre la *reglamentación del servicio* contenidas en el RS/1955 (30 a 34) y en las legislaciones autonómicas de Cataluña (TRLCat/2003, 246 y 247), Aragón (RBASO/2002, 206 a 211) y Andalucía (LAULA/2010, 26 a 32).

¹⁴⁷ Aluden, expresamente, a la potestad de *dirección del servicio*, el TRLCat/2003 (art. 251), la LRioja 1/2003 (art. 211.2) y la LArag 7/1999 (art. 210.2).

servicios públicos, en referencia a sus diferentes modalidades por tanto, la previsión del TRLCSP/2011: «en todo caso, la Administración conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate» (art. 279.2).¹⁴⁸

3ª No obstante su diferenciación conceptual, es bastante frecuente su consideración conjunta, especialmente en sede jurisdiccional, donde los Tribunales suelen resaltar la vinculación entre servicio público y Administración titular, sus poderes o potestades de dirección y control, y la posición jurídica del prestatario que, sin merma de los derechos que le corresponden, es de subordinación a aquélla.¹⁴⁹

¹⁴⁸ Las legislaciones autonómicas que han actualizado la normativa sobre servicios locales se refieren a la *potestad de control del servicio público*, genéricamente considerada (TRLCat/2003, 251, LRioja 1/2003, 211.2 y LArag 7/1999, 210.2), y a la *fiscalización* referida a la concesión (en Cataluña, ROAS/1995, 248.b, y en Aragón, RBASO/2002, 277.b).

¹⁴⁹ En los sentidos indicados cabe reseñar la siguiente jurisprudencia:

- STS de 3.3.1981 (Ponente RUIZ-JARABO FERRÁN, asunto parque de atracciones de Zaragoza, CDO 3º), que califica al concesionario como «intermediario entre la Administración y el público, de forma tal, que su actuación se reduce a colaborar con la primera, “de quien depende en absoluto, y a quien todo lo debe, atendiendo a que en la concesión, su titular goza de unas facultades que le han sido transferidas por dicha Administración, sin que el concesionario pueda presentar ninguna facultad previa u originaria”, por ello, la primera de las obligaciones generales del concesionario, establecida en el art. 128 del precitado Reglamento de Servicios, viene determinada a prestar el servicio del modo dispuesto en la concesión u ordenado posteriormente por la Corporación concedente».

- STS de 1.7.1981 (Ponente RUIZ-JARABO FERRÁN, asunto servicio de aguas de Palencia, CDO 4º, Sentencia apelada), referida a «las potestades interventoras, que competen a la Administración en las relaciones concesionales, aunque no sean exclusivas de éstas sino que se manifiestan en todas las modalidades gestoras que la Administración utiliza, como un poder o potestad derivado de la naturaleza misma de la competencia que le esta atribuida y, al mismo tiempo como una obligación -art. 60 del Regl. de Contratación- y que por ser una materia de interés público es irrenunciable como declara de modo expreso el art. 116-2 del Regl. de Servicios de las Corporaciones Locales; como una manifestación de tales potestades irrenunciables, además del poder de vigilancia, está el poder de dirección que se produce mediante la formulación al contratista de órdenes ejecutivas que éste está obligado a cumplir, como determina el art. 127-1 del Regl. de Servicios de las Corporaciones Locales en su norma 2.ª».

- STS de 13.5.1982 (LA LEY 23257-NS/0000, CDO 6º, Sentencia apelada), relativa a la «situación de privilegio de la Administración (que) hace que ésta tenga el poder de controlar y dirigir la ejecución del contrato, que se da por antonomasia en la concesión de servicios, en la que la potestad reglamentaria para regular la organización del servicio y velar por su cumplimiento se estipulan como facultades de la misma Administración, lo que entraña una mayor gravedad en el incumplimiento, dado que al administrado sólo le es dable adherirse a tal clausulado y facultades».

- STS de 27.4.1989 (LA LEY 120592-NS/0000, FJ 3º, Sentencia apelada), sobre el servicio público que «comprende aquella parte de la actuación administrativa que se concreta en prestaciones ofrecidas al público a través de una organización concebida para satisfacer ese interés general que en ocasiones realiza la propia Administración por sí misma, y en otras concierda o contrata con los particulares para el establecimiento del aparato organizativo y la ejecución de las prestaciones percibiendo los adjudicatarios o concesionarios un determinado precio o tarifa fijado por la administración concedente, que se reserva las facultades de inspección y vigilancia para dejar patente la idea de que si los particulares ejercen una función pública lo hacen por mera delegación de la concedente».

4º Especialmente aplicable a las de dirección y control es la caracterización de las potestades como *funciones*, esto es, facultad para actuar, pero también deber de hacerlo. De ahí que, por su trascendencia y para asegurar su normal funcionamiento, se atribuyan al órgano unipersonal las facultades de «*dirigir, inspeccionar e impulsar los servicios*» (LBRL, 21.1.d y 34.1.d, referidos a la alcaldía y a la presidencia de la diputación, en ambos casos delegables).¹⁵⁰

Sobre la *obligatoriedad* del ejercicio de las potestades de dirección y control cabe añadir dos apuntes más:

- De un lado, que se sanciona con la nulidad la cláusula por la que la *Corporación concedente renunciare a fiscalizar el servicio* (RS/1955, 116.2, declaración susceptible de ser extendida a todas las modalidades de gestión indirecta, como expresamente recogen las legislaciones de Cataluña (ROAS/1995, 233.c) y Aragón (RBASO/2002, 267.c).

- STS de 27.1.1995 (LA LEY 5497/1995, FJ 4º, Sentencia apelada), que sobre la concesión señala que «*debe destacarse el relevante papel de la idea de servicio público y el protagonismo que sobre él ejerce la Administración manteniendo facultades de imperio*».

- STS de 14.10.1996 (LA LEY 190/1997, FJ 7º, nº 45), según la cual, «*toda concesión administrativa, que es un institución jurídica compleja, supone lo siguiente: que el particular (persona física o jurídica) se subroga en el ejercicio de una potestad administrativa: ello es así porque la concesión administrativa es una forma de gestión indirecta de servicios públicos. Destaca, pues, en todo tipo de concesión, el siguiente dato significativo y relevante: que siendo la Administración la titular del servicio público de que se trate, encomienda temporalmente (de ahí que la caducidad de la concesión sea "ex lege"), al concesionario la gestión del servicio.*»

- STS de 15.10.1999 (LA LEY 3028/2000), que considera admisible que el Ayuntamiento, para fiscalizar la gestión del concesionario, contrate la práctica de una auditoria dado que «*guarda íntima relación con los conocimientos de causa precisos para que la Administración pueda decidir lo más correctamente posible sobre una petición de revisión de precios por parte de una empresa concesionaria*»; así como rechaza la recusación de la empresa auditora dado que «*la misma puede desde luego promoverse contra las autoridades y funcionarios de la corporación, pero no existe previsión legal que faculte para extender tal recusación contra una firma de auditorias, sin que quepa aplicar las reglas de la normativa procesal en la fase administrativa y sin perjuicio del derecho de la parte recurrente para combatir el contenido del informe elaborado por la entidad auditora, tanto en vía administrativa como jurisdiccional, no produciéndose por tanto indefensión alguna.*» (FJº 1º).

¹⁵⁰ La STS de 24.2.1992 (LA LEY 4775/1992) respalda las diversas medidas adoptadas por el Alcalde en relación con la concesión otorgada (camping municipal), ante una situación de riesgo para la salubridad pública (contaminación en los pozos de captación de agua y amenaza para la salud de la población acampada). Declara que la Administración conservó «*la potestad originaria de controlar el servicio (...), de fiscalizar la gestión del concesionario (...), dictar las órdenes para mantener y restablecer la debida prestación (...), porque la potestad de control de los servicios municipales es competencia expresamente concedida por la Ley al Alcalde (art. 21.1, letra d) de la Ley 7/1985*» (FJ 3º).

- De otro, que la consecuencia del no-ejercicio de tales potestades, en el supuesto de producirse un resultado lesivo para un tercero o un usuario del propio servicio, será la apreciación de la concurrencia de responsabilidad administrativa.¹⁵¹

5º En las consideraciones anteriores se han analizado las potestades de dirección y control en el marco de la relación entre Administración y concesionario, en tanto que gestor del servicio, y en términos de contraposición a fin de fijar más claramente las posiciones jurídicas respectivas. Desde la perspectiva de la prestación del servicio público y respecto del usuario del mismo, sin embargo, lo que se percibe es una *colaboración o reparto de funciones* entre la Administración y el concesionario, que, entre sus diversos contenidos, podrá alcanzar a las funciones de vigilancia y verificación del correcto funcionamiento del servicio, y cuya atribución al prestatario vendrá avalada tanto por la vía contractual, como por la lógica consecuencia del papel de *intermediario, encomendado, delegado, vicario* en suma, que deriva de su condición de gestor indirecto.¹⁵²

¹⁵¹ Los casos de las SSTs de 14.7.1998 (LA LEY 2922/1994, sobre caída de niño a pozo de la red de alcantarillado resultando muerto por asfixia y estar fracturada la valla y semiabierto la tapa del pozo) y de 4.6.1992 (LA LEY 5137/1992, sobre fallecimiento de disminuido psíquico y presencia de sólo un socorrista en la piscina municipal). Responsabilidad por daños causados que, en el caso del contrato de gestión de servicios públicos, deberá dirimirse entre Administración y prestatario, a tenor de su regla especial que se concreta en la obligación a que está sujeto en el sentido de «*indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración*» (TRLCSF, 280.c). Regla distinta, por tanto, a la prevista para el resto de contratistas en el art. 214 del TRLCSF.

¹⁵² Como se recordará, entre las obligaciones del contratista de gestión de servicios públicos, el art. 280.b) del TRLCSF incluye la de «*cuidar del buen orden del servicio, pudiendo dictar las oportunas instrucciones, sin perjuicio de los poderes de policía a los que se refiere el artículo anterior*» (279.2, antes transcrito).

Cabe señalar dos menciones referidas a la concesión:

- RGCLCAP/2001, art. 184. *Facultades de policía en la concesión.*

«1. En la concesión administrativa de servicios públicos el órgano de contratación podrá atribuir al concesionario determinadas facultades de policía, sin perjuicio de las generales de inspección y vigilancia que incumban a aquél.

2. Contra los actos del concesionario en el ejercicio de tales facultades podrá reclamarse ante la Administración concedente.»

- LJCA/1998, art. 2

«El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con:(...)»

d) Los actos administrativos de control o fiscalización dictados por la Administración concedente, respecto de los dictados por los concesionarios de los servicios públicos que impliquen el ejercicio de potestades administrativas conferidas a los mismos, así como los actos de los propios concesionarios cuando puedan ser recurridos directamente ante este orden jurisdiccional de conformidad con la legislación sectorial correspondiente».

6ª Junto a las generales de los contratos y a las específicas ya señaladas, la Administración titular del servicio dispone de otras potestades. Durante la ejecución del contrato, en primer lugar, la de *intervención del servicio*;¹⁵³ y en segundo, la muy relevante *potestad sancionadora*, cuyo régimen difiere del general del resto de contratos, toda vez que al de gestión de servicios públicos no resultan aplicables las determinaciones sobre *penalidades* vinculadas a la *demora* (ex TRLCSP, art. 276 que prescribe la inaplicación del art. 212, apartados 2 a 7).¹⁵⁴

Sobre la extinción, también en el contrato de gestión de servicios públicos se revelan dos causas específicas que ponen de manifiesto sendas potestades de las Administraciones titulares de los mismos: la de *rescate del servicio*, que supone su asunción para ser gestionado directamente por la Administración, y la *supresión del servicio por razones de interés público* (TRLCSP, 286.b) y c), respectivamente).¹⁵⁵

c.5) Las consideraciones efectuadas ponen de relieve la preocupación del legislador respecto la necesidad de dar cobertura a la Administración en su función de garante de la prestación de servicios públicos, y que se manifiestan en la atribución de potestades, la no posibilidad de suspensión del contrato y en unas determinaciones sobre la duración y la prórroga en los de gestión de servicios públicos que son privativas del mismo. Inversamente, por tanto, de intentar subsumir la gestión de un

¹⁵³ Prevé el TRLCSP que «*si del incumplimiento por parte del contratista se derivase perturbación grave y no reparable por otros medios en el servicio público y la Administración no decidiese la resolución del contrato, podrá acordar la intervención del mismo hasta que aquélla desaparezca. En todo caso, el contratista deberá abonar a la Administración los daños y perjuicios que efectivamente le haya irrogado*» (art. 285). En la legislación local a tal intervención se la denomina *secuestro* de la concesión y el RS/1955 la regula con mayor precisión (art. 131.2.2ª y 133 a 135), que las legislaciones de Cataluña y Aragón reproducen y amplían también a supuestos de incumplimiento por causa fortuita o fuerza mayor (ROAS, 248.c y 254 a 259, y RBASO, 277.c y 282 a 284, respectivamente).

¹⁵⁴ La inaplicación del régimen general de penalidades vinculadas a la demora resulta obviamente de la prescripción legal, pero también de su inadecuación al estar éste configurado para los contratos de resultado y donde se otorga al plazo un papel trascendental. Es por ello que en el de gestión de servicios públicos, arquetipo del contrato de actividad, se requiera la consignación en el pliego de cláusulas de las obligaciones del prestatario, las actuaciones constitutivas de infracciones y las sanciones correspondientes. Este requerimiento lo recogen el RS/1955 (127.1.4ª) y la legislación catalana y aragonesa (ROAS, 232.k, 248.d y 253, y RBASO, 277.d y 281, respectivamente), y constituye un olvido imperdonable del RGLCAP/2001 (art. 67.4 *a contrario*), toda vez que el Reglamento General de Contratación del Estado de 1975 sí exigía que el pliego contemplara las «*sanciones por incumplimiento de cualquiera de las cláusulas del contrato*» (art. 211.10).

¹⁵⁵ Sus correlativos preceptos en la legislación local se localizan en el RS/1955 (127.a, 5ª y 6ª), ROASCat (248, e) y f) y RBASO Arag (277, e) y f), referidos a la concesión pero extensibles al resto de modalidades de gestión indirecta.

servicio público en un contrato de servicios, nos encontraremos ante las consecuencias de aplicar un contrato configurado por la legislación española para unas prestaciones de una trascendencia limitada y cuyo destinatario es la propia Administración, esto es, bastante alejado de aquella otra configuración caracterizada por unas prestaciones dirigidas a los usuarios de los servicios públicos del Estado social.¹⁵⁶

Formuladas estas consideraciones sobre el contrato de servicios en orden a la gestión indirecta de servicios públicos en el marco del TRLCSP, el análisis más detallado de la opción por el mismo que efectúa el ALCSP se desarrolla en el epígrafe 5.

Sin perjuicio de esa remisión cabe anticipar que de todas estas *limitaciones y disfunciones que resultan de la apelación al contrato de servicios en la gestión de servicios públicos locales en que no se transfiera riesgo operacional* me hacía eco en las alegaciones presentadas al ALCSP en mayo de 2015 y en el artículo de octubre del mismo año, a las que añadía que «no se prevén en el contrato de servicios las prescripciones (que sí se recogen para los servicios públicos objeto de concesión) sobre:

- La inaplicación de la suspensión del contrato instada por el contratista ante el impago por plazo superior a 4 meses (ex 196.5, 206.1 y 284 del ALCSP).
- La modificación del contrato y el mantenimiento del equilibrio económico en tanto que vinculados con el interés público y el *ius variandi* (art. 288 del ALCSP, en relación con el 251.1.b) y el 295, así como en la legislación local que lo regula: RServicios de 1955, art. 127.1.1ª y la correlativa autonómica).
- La no embargabilidad de los bienes en tanto que afectos al servicio público (art. 289.3 del ALCSP).

¹⁵⁶ Como se recordará, el contrato de servicios tiene su antecedente en el Decreto 1005/1974, de 4.4, por el que se regulaban los *contratos de asistencia*, cuyos redactados guardan analogías con la regulación de aquél (así, significativamente, la subordinación de la prórroga al *mutuo acuerdo de las partes*, ex TRLCSP, 303.1 y D 1005/74, 5.1r pfo). Y es que el régimen jurídico de ese contrato arranca con el D 1005/1974, y a lo largo de los años y las modificaciones de la legislación de contratos (1995, 2000, 2007 y 2011) solo ha sido modificado en su duración y en pocos aspectos más, manteniendo una configuración en términos de igualdad entre el contratista y la Administración, y en la que ésta se halla privada de sus potestades específicas. Una configuración que tiene su lógica, en suma, si se trata de la limpieza de oficinas, actividades logísticas o prestaciones intelectuales en beneficio exclusivo de la Administración (que no se diferenciarían objetivamente de las que recibiría un privado), pero que resulta manifiestamente insuficiente para regular relaciones contractuales cuyos destinatarios son los ciudadanos usuarios de servicios públicos, tales como los servicios asistenciales o el suministro de agua potable, por poner dos ejemplos relevantes.

- Las previsiones sobre el secuestro o la intervención, en relación con el incumplimiento del contratista, atendida su vinculación con el servicio y el interés públicos (art. 291 del ALCSP).
- Las causas de resolución del contrato del rescate y la supresión del servicio por razones de interés público (art. 292.b) y c) y, consecuentemente, los efectos a ellas vinculados (art. 293), ambos del ALCSP.

Por su parte, ante la falta de previsión legal respecto del contrato de servicios, tampoco resultarán ejercitables por la Administración las potestades que el ordenamiento jurídico le confiere por tratarse de servicios públicos y que la legislación acota al contrato de gestión de los mismos.»¹⁵⁷

Y de la misma opinión es el Consejo de Estado, que señala «las limitaciones y disfunciones que resultan de la apelación al contrato de servicios en la gestión de servicios públicos en que no se transfiera riesgo operacional. No se prevén en el contrato de servicios prescripciones (que sí se recogen para los servicios públicos objeto de concesión) como la inembargabilidad de los bienes en tanto que afectos al servicio público (artículo 289.3), el secuestro o la intervención, en relación con el incumplimiento del contratista, atendida su vinculación con el servicio y el interés públicos (artículo 291) o la inclusión entre las causas de resolución del contrato del rescate y la supresión del servicio por razones de interés público (artículo 292 e) y d)) y, consecuentemente, los efectos a ellas vinculados (artículo 293). Asimismo, ante la falta de previsión legal respecto del contrato de servicios, tampoco resultaran ejercitables por la Administración las potestades que el ordenamiento jurídico le confiere por tratarse de servicios públicos y que la legislación acota al contrato de gestión de los mismos. Entre las mismas, cabe mencionar las potestades de ordenación y dirección del servicio público o de control sobre el mismo, todas ellas reconocidas en la normativa local.»¹⁵⁸

De la lectura de los pronunciamientos del Consejo de Estado no cabe otra conclusión que constatar la inidoneidad del contrato de servicios para la gestión indirecta de servicios públicos, tanto en sede del TRLCSP, como en la configuración dada en el ALCSP/O/2015, cuya objeción el Alto órgano consultivo la fórmula «con carácter

¹⁵⁷ Así, véanse las referencias en las alegaciones (pág. 18 a 24) y en el artículo (pág. 20 a 26).

¹⁵⁸ Dictamen núm. 1116/2015 (pág. 78 a 80).

esencial a los efectos de lo establecido en el artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado.»¹⁵⁹

d) Efecto directo de las Directivas comunitarias de 2014 a partir del 19 de abril de 2016

El cuarto conflicto normativo viene dado por el vencimiento del plazo sin que se haya efectuado la transposición al derecho interno, lo que tuvo lugar el 18 de abril de 2016, de las determinaciones contenidas en las nuevas Directivas comunitarias:

- la 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, en sus modalidades de obras y de servicios;
- la 2014/24/UE, sobre contratación pública, de la que hay que resaltar, a los efectos de la cuestión analizada, la regulación del contrato público de servicios;
- la 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, en la medida que afecten a los servicios públicos locales.

Vencido el plazo sin que se haya verificado la transposición, a partir del 19 de abril de 2016 se produce el denominado efecto directo de aquellas de sus determinaciones que sean claras, precisas, inequívocas e incondicionadas, efecto este a cuyo estudio se dedicará el epígrafe 7.

3.2. Propuestas sobre la nueva regulación

3.2.1. Planteamiento

Llegados a este punto, procede analizar las diferentes posibilidades que, de *lege ferenda*, permitirían superar el dilema al que nos ha abocado la legislación en los

¹⁵⁹ Véase Dictamen núm 1116/2015 (pág. 80). El art.130. 3 de dicho Reglamento Orgánico, aprobado por el RD 1674/1980, de 18.7, dispone lo siguiente:

«*Cuando el dictamen contenga observaciones y sugerencias de distinta entidad establecerá, siempre que sea posible, cuáles se consideran esenciales a efectos de que, si éstas son atendidas en su totalidad, la resolución que se dicte pueda utilizar la fórmula «de acuerdo con el Consejo de Estado».*

términos vistos en las páginas precedentes. Las opciones sobre la nueva regulación cabe plantearlas en torno a las siguientes cuestiones:¹⁶⁰

- la adecuación de las concesiones a la normativa comunitaria, aprovechando para eliminar disfunciones entre las determinaciones respectivas;
- la funcionalidad del contrato de servicios para gestionar indirectamente servicios públicos locales;
- la adecuación del contrato de gestión de servicios públicos a las exigencias comunitarias de publicidad y recursos contractuales.

3.2.2. *Concesiones de obras, de servicios y de servicios públicos.*

Es obvio que la futura regulación debe incorporar las determinaciones de la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, sobre la base de que su adjudicación implicará la transferencia de un riesgo operacional en la explotación de las obras o servicios abarcando el riesgo de demanda, el de suministro o ambos, así como el resto de prescripciones que recoge la norma comunitaria.

Además, desde la perspectiva del derecho interno, considero que sería conveniente:

- a) Mantener la diferenciación entre los dos tipos de concesiones, en razón de su respectivo objeto, la explotación de una obra o de un servicio.
- b) Someter ambas concesiones a un régimen jurídico común, con la regulación específica que se considere necesaria en razón del diferente objeto de cada una, pero intentando evitar la atribución injustificada de ventajas a una de ellas en detrimento de la otra.¹⁶¹

¹⁶⁰ La entidad de las adaptaciones a introducir en el vigente TRLCSP permite augurar que el resultado no será una modificación de este texto sino una ley de nueva planta. Sobre su denominación se ha barajado la de *ley o código de contratos públicos* (GIMENO FELIÚ, 2014b:207 y MORENO MOLINA, 2014:5). Sin negar lo sugerente de esa denominación, no hay que olvidar el avance que ha supuesto la opción que pivota en torno al *sector público*, concepto que define subjetivamente los sujetos obligados a su observancia, y que permite una regulación conjunta de los contratos que formalizan, sean privados o públicos.

¹⁶¹ Entre las previsiones que considero que no deberían ser objeto de un tratamiento diferenciado se encuentra la relativa a la duración máxima del contrato de concesión. Como es

- c) Finalmente, en coherencia con el criterio que se viene sosteniendo, habría que incorporar unas determinaciones para el caso de que el objeto de la concesión sea un servicio público, salvaguardando así los derechos de los usuarios y las potestades de la Administración titular del mismo que recoge la legislación local.

3.2.3. Las limitaciones del contrato de servicios para gestionar indirectamente servicios públicos locales.

Tal como se ha visto (apartado 3.1.c), la utilización del contrato de servicios en la gestión de servicios públicos locales, en el marco actual del TRLCSP, evidencia disfunciones y limitaciones. Conviene explorar, pues, si la nueva regulación derivada de la transposición de las directivas podría solventarlas.

En diversos foros se adelantó la posibilidad de ampliar el plazo de vigencia cuando sea necesario atendida la naturaleza del objeto del contrato de servicios.¹⁶² Por otra parte, se ha defendido la «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».¹⁶³

Sin negar desde luego las ventajas de unas previsiones como las referidas, opino que, de *lege ferenda*, sus posibilidades son limitadas. Estamos hablando del régimen

sabido, el TRLCSP fija 50 años para la concesión de servicios públicos (CSP), si incluye la ejecución de obras (ex art. 278.a) y 40 para la concesión de obras públicas (COP) (ex art. 268.1). Otra diferencia sustantiva la constituye el régimen de financiación privada establecido para la COP (ex TRLCSP, 259 a 265, sobre emisión de títulos, hipoteca y otras fuentes de financiación), no contemplado expresamente para la CSP. Entiendo que no hay razón para regular de manera distinta dichos aspectos, máxime si se repara en la posibilidad de que las ventajas de la mayor duración de la concesión de servicios públicos o el régimen de financiación privada en la de obras públicas puedan *forzar* la elección de la figura contractual, descartando el criterio del objeto que es el que debe primar a tenor de la regulación legal, como recuerda la JCCA de la AGE (Informe 49/09, de 26.2.2010, CJ^a 3 ya citado).

¹⁶² Así, por GIMENO FELIÚ en el marco de la Jornada «El acceso de las PYMES a la contratación pública», celebrada en Barcelona, el 26.2.2015, y organizada por la Federación de Municipios de Cataluña (2015f). Reiterada luego en la Jornada “La nueva Directiva de Contratación Pública”, en Castellón el 3.6.2015, organizada por la Diputación de esta provincia (2015c).

¹⁶³ En el informe 2/2014, de 22.3, de la JCCA de Aragón se desarrolla un encomiable esfuerzo para «“armar” el régimen jurídico del contrato a conveniencia para preservar el interés público» e incluir previsiones sobre las potestades de intervención y rescate y las obligaciones a imponer al contratista, bien que ello podrá ser «en tanto no exista contradicción con norma legal y no se quiebre la lógica del principio de igualdad de trato» (p. 24-26).

jurídico contractual y, en consecuencia, las determinaciones que pueden justificarse si el objeto es un servicio público y a fin de garantizar los derechos de sus usuarios, resultarán desproporcionadas si la prestación tiene como destinatario exclusivo la Administración contratante. Y entiendo que el régimen jurídico debe ser unitario. Así, para el caso de la prórroga, no creo que su regulación admita tanto la posibilidad de ser impuesta (actual regulación para el contrato de gestión de servicios públicos art. 23.2 TRLCSP), como subordinarla al acuerdo entre las partes (tal como hoy se exige en el de servicios art. 303.1, 1r pfo. *in fine*, TRLCSP); y el mismo razonamiento habría que aplicar en relación con la suspensión o no del contrato, si se produce una demora en el pago superior a 4 meses (prevista en el TRLCSP como derecho para el contratista en el de servicios y negada en el de gestión de servicios públicos art. 216.5 y 220.1, y 276, respectivamente). Por lo que se refiere a las potestades, su carácter exorbitante debe llevar a la conclusión de que sólo deben poder ser ejercitadas en el marco del servicio público, y ello sobre la base de que se prevea expresamente en la legislación, como así se ha venido recogiendo en la de régimen local. Adelantadas estas consideraciones, sin embargo, el análisis pormenorizado se contiene en el epígrafe 5.

3.2.4. El contrato de gestión de servicios públicos: modalidades y adecuación a las exigencias comunitarias de publicidad y recursos contractuales

Vistas las limitaciones del contrato de servicios, se plantea la alternativa que pasaría por conciliar la observancia de las determinaciones establecidas en las Directivas comunitarias, de un lado, con las garantías que aporta el régimen jurídico del contrato de gestión de servicios públicos (CGSP) para la prestación de los mismos, de otro.¹⁶⁴

Con ese propósito, la propuesta normativa que se formula se articula a partir de los presupuestos siguientes:

1º Sobre la base del mantenimiento de las modalidades del CGSP, la primera de ellas, la concesión de servicios públicos, deberá ser objeto –como ya se ha apuntado– de una regulación que se sujete a las determinaciones de la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, sobre la base de que su

¹⁶⁴ En rigor debe señalarse que a ese mismo planteamiento responde la regulación de la Ley Foral Navarra 6/1990, de Administración Local (art. 198 a 203 y 224), cuyas determinaciones se especificarán a lo largo de este apartado.

adjudicación implicará la transferencia de un riesgo operacional en la explotación de los servicios públicos y de las obras que lleve aparejadas, de nueva construcción (en el caso de concesión de servicios con obra previa, así, por ejemplo, la de una piscina municipal), o las de reposición inherentes a instalaciones (el supuesto del servicio de suministro de agua potable), abarcando el riesgo de demanda, el de suministro o ambos, así como el resto de prescripciones que recoge la norma comunitaria. Y complementada esa regulación con la aplicación de las previsiones del que ha sido el régimen jurídico propio de esta figura (potestades, aplicación del principio de continuidad y regularidad en la prestación de los servicios públicos y sus consecuencias, y las demás garantías señaladas).

De ser susceptible de configurar el contrato sobre la base del riesgo operacional, desde luego que la concesión es la figura idónea, para la prestación de servicios vinculados con infraestructuras (suministro de agua potable, alcantarillado, complejos deportivos, centros culturales y de ocio, etc.); especialmente indicada para que los empresarios privados aporten, junto a su iniciativa y experiencia de gestión, sus capitales para financiar las inversiones que dichos servicios demandan. Y de ahí el análisis pormenorizado de la concesión que se desarrolla en el epígrafe 4.

Sentado lo anterior, lo cierto es que el criterio de la transferencia del riesgo se vincula directamente con el contenido económico del servicio y a su posibilidad de explotación. Y es sabido que un volumen significativo de servicios públicos locales tienen unas posibilidades de explotación económica limitadas.

Financieramente se les conoce como servicios gratuitos o subvencionados, y el hecho de que los usuarios no satisfagan tarifas por recibir su prestación, o lo hagan en un porcentaje bajo, puede obedecer tanto a una previsión legal,¹⁶⁵ como a una decisión de la Corporación local, posibilidad cuyo margen se ha reducido con la LRSAL.¹⁶⁶ Desde el punto de vista material, tienen carácter total o parcialmente gratuito una parte

¹⁶⁵ Así, las entidades locales no pueden exigir tasas ni precios públicos por los servicios de alumbrado público y limpieza viaria (LBRL, 26.1.a) en relación con el TRLHL/2004, 21.1 y 42).

¹⁶⁶ Así, por ejemplo, como consecuencia del incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública o de la regla de gasto, una entidad local deberá aprobar un plan económico-financiero (PEF), entre cuyas medidas se cuentan «*la supresión de las competencias que ejerza la Entidad Local que sean distintas de las propias y de las ejercidas por delegación*» y «*el incremento de ingresos para financiar los servicios obligatorios que presta*» (LBRL, 116 bis.2, letras a) y c). La STC 41/2016, de 3.3, declara la constitucionalidad del art. 116 bis sobre el PEF, al considerarlo complemento de la regulación contenida en el art. 21 de la LOEPSF/2012 (FJ 15).

significativa de los servicios educativos, sanitarios y asistenciales. Y, en mi opinión, la gestión contractual de estos servicios, los emblemáticos del *Estado social* (ex CE, 1.1), requiere de un régimen jurídico adecuado a su dimensión prestacional, que, en aquellos supuestos en que no concorra traslado del riesgo operacional, deberá articularse a través de las otras modalidades distintas de la concesión.¹⁶⁷

Además de estos servicios gratuitos o subvencionados, en el amplio mosaico local podemos encontrar otros servicios que, aun teniendo unas posibilidades de explotación económica significativas, la realidad de su ecuación económica no permite articularla en términos de transferencia del riesgo operacional.

Se plantearía así al operador jurídico una doble decisión a adoptar, en relación con el servicio público cuya gestión se quiere contratar. En primer término, discernir si concurre efectivamente transferencia del riesgo operacional, en cuyo caso, si se produce, deberá optar por la concesión de servicios. En segundo, de no transferirse dicho riesgo, habrá que seleccionar cual de las tres modalidades del CGSP resulta más idónea, para lo que es necesario analizar las características de cada una de ellas.

2º La opción por una de las modalidades de gestión interesada, concierto o sociedad mixta deberá resolverse en función de la concurrencia del *elemento relevante*

¹⁶⁷ Buena prueba de la falta de ajuste en la gestión de servicios sanitarios de la figura de la concesión, y del riesgo operacional que la misma requiere, lo constituyen los Acuerdos del TARCAragón núm. 37/2015, de 27.3, 57/2014, de 1.10, y 37/2014, de 30.6. Tal como recoge el primero de los acuerdos citados, sobre *servicio integral de atención a los pacientes de salud mental*, «un servicio sanitario como el analizado, difícilmente encaja con modalidades de tipo concesional y transferencia de riesgos, en tanto puede desvirtuarse una prestación esencial y obligatoria contenida en la cartera de servicios del Departamento. Criterio avalado por los Acuerdos 37/2014 y 57/2014, de este Tribunal, relativos, respectivamente, a la Gestión de un centro de día de salud mental para personas con enfermedad mental en la Comunidad Autónoma de Aragón, y a la gestión de un Centro de Inserción Laboral en Zaragoza para personas con enfermedad mental, en los que se rechaza la interpretación de que exista riesgo - con fundamentación que puede extrapolarse a la licitación impugnada, con ligeros matices-, por lo siguiente: «En primer lugar, porque un servicio como el analizado, difícilmente encaja con modalidades de tipo concesional y transferencia de riesgos, en tanto puede desvirtuarse una prestación esencial y obligatoria contenida en la cartera de servicios del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia, máxime cuando ni siquiera hay inversiones iniciales que justifiquen el modelo para una adecuada financiación. Además, y en el caso concreto, no existe transferencia de riesgos, pues ésta exige capacidad de adoptar decisiones de carácter empresarial para captar usuarios, y tal opción viene negada por los propios pliegos, ya que es la Administración sanitaria la que decide cuando se envía a un paciente al centro. Asimismo, como se reconoce en el informe al recurso, en el supuesto de no alcanzarse un mínimo de pacientes (en una escala del 25 por ciento) se garantiza el reequilibrio financiero del contrato, lo que, por sí, implica la laminación del pretendido riesgo operacional. No hay, en consecuencia, transferencia del riesgo operacional al contratista, sino pago de una cantidad fija mensual por la prestación de unos servicios a unos usuarios que el propio Departamento determina» (ATARCAragón 37/2015, FDº 6º).»

respectivo. En síntesis, los elementos relevantes de tales modalidades son los siguientes:

- De la gestión interesada, la *articulación de la retribución del gestor* (ex TRLCSP, 277.b).
- Del concierto, que el contratista sea una *persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate* (ex TRLCSP, 277.c).
- De la sociedad de economía mixta, que en ella *la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas* (ex TRLCSP, 277.d), y que dicha sociedad *figure como contratante con la Administración titular del servicio* (ex RGLCAP, 182).

El análisis de estas modalidades, junto con el del arrendamiento como otra forma más de gestión indirecta de los servicios locales, se desarrolla en el epígrafe 6.¹⁶⁸

Sobre la base de los *elementos relevantes* respectivos, y de la actualización de su regulación (así, en relación con la duración que deberá atemperarse a los criterios de amortización de la inversión y necesaria licitación periódica), las modalidades señaladas conforman un marco jurídico capaz de ofrecer una solución jurídica idónea para la gestión contractual de servicios públicos en aquellos casos en que, se satisfaga un precio por la Administración o se abonen tarifas por los usuarios, no concurra la transferencia de riesgo operacional para el contratista. Junto a ese elenco de posibilidades, que permitirá adaptar el pliego a las particularidades técnicas y económicas del servicio a prestar, el régimen jurídico general del contrato de gestión de servicios públicos le proporcionará la cobertura apropiada para salvaguardar los derechos de los usuarios y garantizar la continuidad y regularidad en la prestación de los mismos.

¹⁶⁸ La polémica sobre la subsistencia del arrendamiento quedó cerrada por el Tribunal Constitucional al negar la inconstitucionalidad de la modificación introducida por la Ley estatal 57/2003, que remitía exclusivamente la gestión indirecta de los servicios públicos a la legislación básica del Estado en materia de contratos (STC núm. 161/2013, de 26.9, FJ 11), desestimando así el recurso interpuesto por el Gobierno de Aragón, Comunidad Autónoma que recogía la figura del arrendamiento, en su legislación específica (L 7/1999, 214 y RBASO/2002, 297-300). Sentado lo anterior, nada impediría reintroducir esa figura en la legislación básica de contratos, tal como se propone en el epígrafe 6.

Naturalmente, ese planteamiento se verá complementado con la figura de la concesión de servicios públicos para los supuestos en que se transfiera al contratista el riesgo operacional de manera efectiva, sin necesidad de forzar la configuración del mismo atendida la posibilidad de que podrá acudir a otras modalidades de no concurrir dicho riesgo.¹⁶⁹

Se trata, en suma, de configurar bajo un régimen jurídico unitario la modalidad que resulte más idónea para la gestión indirecta de servicios públicos.

3º El tercer presupuesto del que hay que partir es el relativo a asegurar el cumplimiento de las exigencias comunitarias de publicidad y recursos contractuales.

Como se recordará, los principales reproches formulados a seguir aplicando las modalidades del contrato de gestión de servicios públicos distintas de la concesión, en supuestos en que no concorra traslado del riesgo en la explotación, se centran en que con ello se incumplían las directivas comunitarias. Concretamente, se objeta que si el valor estimado del contrato (VEC) supera el umbral comunitario de los contratos de servicios (209.000 euros, art. 16.1.b, del TRLCSP), de no haberse anunciado en el DOUE, se consideraría incumplida la Directiva 2004/18/CE (art. 2.1.d en relación con

¹⁶⁹ Tal como se ha anticipado, la legislación navarra constituye un referente en la materia, acrecentado porque Navarra, como Comunidad Foral, goza de una situación singular en la medida en que el artículo 49.1.d) de la Ley Orgánica 13/1982, de 10.8, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral, le atribuye *competencia exclusiva sobre contratos y concesiones administrativas, respetando los principios esenciales de la legislación básica del Estado*. Y sabido es que, en ejercicio de dicha competencia, el Parlamento navarro es muy diligente en las adaptaciones normativas de las directivas comunitarias; las leyes 6/2006, de 9.6, de Contratos Públicos (transposición de las DC 2004/18/CE y 89/665/CEE) y 3/2013, de 25.2, de modificación de la anterior (DC 2007/66/CE y 2011/7/UE), por citar las más relevantes, dan prueba de ello.

Pues bien, la legislación navarra contempla para los servicios públicos locales, en su LF 6/1990, de la Administración local (objeto de más de una decena de actualizaciones), un régimen jurídico adaptado a las peculiaridades de tales servicios aplicando la concesión de servicios en su sentido comunitario (224.2 de dicha L 6/1990, en relación con los art. 5 y 167 de la L 6/2006), y añadiendo la previsión siguiente (224.3 de la L 6/1990).

«A los contratos para gestionar un servicio público de las entidades locales de Navarra y sus entidades vinculadas en los que la retribución al contratista no consista en su explotación económica o bien en la explotación acompañada de un precio se les aplicará el régimen jurídico establecido para los contratos de concesión de servicios con las siguientes salvedades:

a) El plazo no podrá exceder, incluidas sus prórrogas, salvo en los conciertos, de diez años.

b) Será de aplicación la obligación de publicidad comunitaria cuando, procediendo estas por el tipo de servicio de que se trate, el importe estimado del contrato exceda del umbral comunitario.»

Esa regulación, por tanto, permite seguir aplicando un régimen jurídico unitario a los contratos que tienen por objeto un servicio público, sin merma del cumplimiento de las exigencias derivadas de las directivas comunitarias.

los art. 35 a 37, sobre normas de publicidad y de transparencia). Correlativamente, en el supuesto de que no se hubiera admitido el recurso especial de contratación (ex TRLCSP, art. 40 y concordantes), ello supondría, a su vez, el incumplimiento de la Directiva 2007/66/CE, de 11.12.2007, sobre los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.

Detalladas las argumentaciones anteriores, sin embargo, hay que hacer notar que, en rigor, no se produce una correlación exacta entre las conclusiones de la jurisprudencia comunitaria y las de la *tesis restrictiva*, toda vez que aquellas se contraen exclusivamente a la alternativa concesión de servicios/contrato público de servicios, mientras que el argumentario de dicha tesis contrapone el contrato de servicios al contrato de gestión de servicios públicos, reducido exclusivamente a la concesión y considerando que han perdido su vigencia las modalidades de la gestión interesada, el concierto y la sociedad de economía mixta. Además de todas las consideraciones formuladas, hay que consignar que las realmente relevantes siempre se vinculan con el aseguramiento de los principios esenciales de igualdad de trato y no discriminación y concurrencia, a través de las exigencias instrumentales de la publicidad comunitaria y del recurso de contratación. Y cómo en el incumplimiento de tales principios y exigencias instrumentales radican la mayoría de los *conflictos* que son objeto de pronunciamiento por la jurisprudencia comunitaria y los tribunales administrativos. Lo hasta cierto punto paradójico del dilema que se plantea es que una objeción que afecta a la fase de selección del contratista, acaba teniendo consecuencias determinantes en la ejecución del contrato y en su régimen jurídico.

Ciertamente, no constituye excusa que el derecho positivo vigente (LCSP/2007, primero y TRLCSP/2011, después) no prescriba tales obligaciones sobre publicidad y recursos en relación con el contrato de gestión de servicios públicos, ni que tan siquiera las prevea con carácter potestativo. Podrá calificarse de una transposición defectuosa por incompleta, pero lo cierto es que la falta de esas medidas y sus consecuencias han afectado gravemente a las garantías del proceso de licitación de dicho contrato, que solo podía salvarse incorporando las determinaciones comunitarias, *innovando* así en sede contractual lo que la legislación de contratos del sector público no contemplaba.¹⁷⁰

¹⁷⁰ Esa era la propuesta que defendí, en marzo de 2007, respecto del proyecto de ley de contratos del sector público:

«Debe hacerse constar que esta es la opción adoptada por el legislador nacional, aunque personalmente preferiría más que, de *lege ferenda*, se transpusieran para el de gestión de servicios públicos que no incluya obras las determinaciones comunitarias previstas para el

Con todo, debe precisarse que el auge que la *tesis restrictiva* expuesta ha ido adquiriendo, desde la aprobación de la LCSP/2007 hasta nuestros días, no significa que no se hayan mantenido otras posturas. Así la de la doctrina administrativa que, al amparo de la legislación básica contractual y local vigente, sigue considerando de plena aplicación el contrato de gestión de servicios públicos y sus diferentes modalidades.¹⁷¹

contrato público de servicios (básicamente la obligación de publicidad comunitaria si el importe excede del umbral). Esa es la opción adoptada por el art. 224.3.b) de la LFNavigación 6/1990 (en la redacción dada por la LFNavigación 1/2007) que se aviene más con la tradición jurídica de los servicios locales, frente a la más radical seguida por la LFNavigación 6/2006 en la que, tal como hemos señalado, desaparece para el ámbito autonómico el contrato de gestión de servicios públicos al repartirse su objeto entre los de *asistencia* (léase servicios) y de *concesión*» (MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, 2007: 313).

Propuesta que he seguido manteniendo al entender que «la opción de regulación más idónea para el ámbito local sería la que comportara lo siguiente:

a) En cualquier caso, utilizar la concesión de servicios públicos para los supuestos en que el contratista explote el servicio a su riesgo y ventura y sea remunerado mediante las tarifas que abonen los usuarios del mismo exclusivamente o ello acompañado de un precio que pague la Administración titular de dicho servicio; eventualmente, cabría la remuneración directa por la Administración si el contratista asume el riesgo de explotación.

b) En los casos de prestación de servicios públicos distintos del anterior, seguir utilizando las modalidades del contrato de gestión de servicios públicos (CGSP), previstas en el texto vigente del TRLCSP y reiteradas ahora por la LRSAL, pero complementando la regulación del texto refundido con las dos siguientes determinaciones:

b.1) Publicidad comunitaria en los supuestos previstos para el contrato público de servicios y si el valor estimado del contrato (VEC) del CGSP excede del umbral comunitario (situado hoy en 207.000 euros).

b.2) Previsión de que, al ser el VEC igual o superior al fijado como umbral comunitario, el CGSP sería susceptible del recurso especial de contratación, objeto de regulación en el actual art. 40 del TRLCSP, y ello sin perjuicio de la opción por generalizar dicho recurso que es la que estimo más adecuada.

b.3) Con las dos determinaciones señaladas, lo que supone la unificación del régimen de publicidad e impugnación del CGSP y el contrato de servicios, se solventarían los reproches que se objetan al empleo del CGSP en lugar del contrato de servicios, fundados en el incumplimiento del Derecho comunitario, pues se daría cumplimiento al efecto útil de las Directivas» (MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, 2014: 603-604).

¹⁷¹ Entre sus autores cabe destacar a MESTRE DELGADO, en relación con las formas de prestación de los servicios locales (2011), y a FUERTES LÓPEZ, que advierte sobre *los riesgos del riesgo de la explotación* y analiza de manera crítica la jurisprudencia comunitaria sobre las concesiones de servicio público y los contratos de servicios (2013). Esta misma autora, al comentar una controversia judicial, pone de relieve la diferente consideración de los contratos de gestión de servicios públicos y de servicios, según se trate de la dimensión comunitaria o la del derecho interno. Y dice MERCEDES FUERTES (2015, la cursiva es mía):

«¿Cuántas veces se ha insistido en que los pliegos de contratación deben favorecer la concurrencia y no discriminar? Es cierto que han de establecer condiciones para la participación, unos obstáculos mínimos a superar para facilitar la convicción de que los licitadores cuentan con medios suficientes. Las precisiones son necesarias como aduana de control en la consecución del buen fin del contrato. Pero esa especie de barrera no puede accionarse sin suficientes razones, argumentos ciertos y de peso para no caer en la discriminación ilegal.

Hace ya un par de años que se suscitó ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial presentada por un Juzgado de lo contencioso-administrativo de Bilbao. La

respuesta se ha publicado recientemente. Se trata de la sentencia de 22 de octubre de 2015 (asunto C-552/13).

De manera muy resumida: un grupo hospitalario había impugnado los pliegos de dos contratos de gestión de servicios públicos que tenían como objeto atenciones quirúrgicas especializadas. Los contratos pretendían que se pusieran a disposición las instalaciones médicas privadas para que los cirujanos del servicio público de salud contaran con más medios. Las condiciones mínimas exigían lógicamente parámetros de calidad pero también que los establecimientos estuvieran ubicados en el término municipal de Bilbao. Se justificaba este presupuesto en favorecer la proximidad de esos servicios a pacientes, familiares y personal médico, así como las posibilidades del transporte público. Es cierto que en la propia convocatoria, del mismo modo que de la ordenación de los servicios de salud, se deducía que estarían atendidos no sólo vecinos de Bilbao, sino también de Galdácano.

Pues bien, un grupo hospitalario que tiene alojadas sus instalaciones en el municipio de Erandio impugnó los pliegos que le impedían concurrir a tales convocatorias. Y el magistrado de lo contencioso que conoció del asunto, tras analizar el conflicto, promovió una acertada pregunta al Tribunal de Luxemburgo porque *“¿resulta compatible con el Derecho de la Unión Europea la exigencia en los contratos administrativos de gestión de servicios públicos de asistencia sanitaria que la prestación objeto del concurso sea prestada únicamente en un municipio concreto, que puede no ser el domicilio de los pacientes?”*

El Tribunal de Justicia declaró la incompatibilidad de tal previsión con la Directiva que establece los procedimientos de los contratos de obras, suministros y servicios donde se establece que las especificaciones de los pliegos deben garantizar el acceso a la licitación en condiciones de igualdad sin levantar obstáculos injustificados a la competencia. Y es que las razones aportadas para tal restricción no superaban un análisis concreto de la situación. Porque para analizar la proximidad ¿sólo hay que considerar el centro de Bilbao? Viviendo los pacientes en distintas localidades ¿no hay que atender a otras distancias y a las comunicaciones que ya existen? ¿por qué se entiende que dirigirse a un hospital privado situado en la cercanía de Bilbao origina más trastorno que acercarse desde el entorno al centro de Bilbao? ¿Se viaja sólo en un sentido? Y estando las intervenciones programadas ¿hay tantos inconvenientes? ¿No son poblaciones todas cercanas que se integran en lo que siempre se ha conocido como el Gran Bilbao o el entorno metropolitano? ¿No resulta preferible distribuir territorialmente las instalaciones? Si benefician a vecinos de distintas localidades, además de Bilbao, ¿por qué sólo atender a los establecimientos localizados en Bilbao? En fin, tal exigencia de ubicación no daba razones suficientes para cerrar tantos interrogantes. Por ello no extraña que el Tribunal contestara de manera breve y clara la incompatibilidad de esa exigencia con el Derecho europeo.

Añado unas líneas a modo de coda sobre un asunto que me preocupa.

Planteó bien el magistrado la pregunta calificando el contrato de “gestión de servicios sanitarios” y respondió de manera acertada el Tribunal europeo precisando un precepto de la Directiva que considera determinadas atenciones sanitarias como “contratos de servicios”. Sin embargo, que se califiquen determinadas prestaciones en el Derecho europeo como “servicios” no deben traducirse al Derecho español como contratos de servicios. Es diverso el régimen jurídico y no deberían confundirse pues ello podría conducir a la pérdida de las modalidades de contratos de gestión de servicios públicos, tan útiles en el actuar de las Administraciones. Así hace el anteproyecto de ley de contratos que circula para incorporar la nueva regulación comunitaria y debería corregirse en tal sentido.

No es este el lugar para recordar las necesidades y causas que se alojan en los distintos contratos administrativos y que han originado un peculiar régimen jurídico. Sirva el recordatorio de la obra del Prof. Sosa Wagner, *Los modos de gestión de los servicios públicos locales*, así como la recomendación de leer el reciente artículo de José Luis Martínez-Alonso (“Modificación de la Ley de Contratos del sector público y la gestión de los servicios públicos locales: propuestas y alternativas”) que atiende con rigor y de manera directa a estos problemas. Deberían consultarse antes de afrontar la reforma.»

Por su parte, respecto de la transposición a realizar por el legislador nacional de la Directiva 2014/23/UE y de las modalidades de colaboración público privada que van a ser tipificadas en la futura norma, HERNANDO RYDINGS plantea dos alternativas:

«Por un lado, cabría decantarse por el modelo comunitario e incluir únicamente los contratos de concesión, tanto de obras como de servicios, lo que supondría acabar con el contrato de gestión de servicios públicos, con el contrato de colaboración entre el sector público y privado y

Es por ello que, de *lege ferenda*, la solución pasaría por incluir, para las modalidades del CGSP de gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta, y arrendamiento en su caso, las dos siguientes determinaciones:

a) Publicidad comunitaria en los supuestos previstos para el contrato público de servicios si el valor estimado del contrato (VEC) de gestión de servicios públicos excede del umbral comunitario (situado hoy en 209.000 euros, cifra que sustituyó a la de 207.000, en aplicación del Reglamento delegado 2015/2170/UE de la Comisión de 24.11.2015, IVA excluido, ex TRLCSP, 16.1.b y 88).

b) Previsión de que, al ser el VEC igual o superior al fijado como umbral comunitario en los términos señalados, el CGSP sería susceptible del recurso especial de contratación, objeto de regulación en el actual art. 40 del TRLCSP, y ello sin perjuicio de la opción por generalizar dicho recurso que es la que estimo más adecuada.

3.2.5. La opción por la conciliación normativa y el mantenimiento del régimen jurídico de los servicios públicos y de su contratación específica

El contrato de gestión de servicios públicos y las modalidades de la concesión, la gestión interesada, el concierto y la sociedad de economía mixta forman parte de la tradición del derecho administrativo español y del derecho local, en particular.

Bajo su amparo se han venido prestando un número elevadísimo de servicios públicos municipales y construido infraestructuras e instalaciones que dan soporte físico a los mismos. Creo sinceramente que esas figuras contractuales y el régimen jurídico que las acoge no sólo mantienen su funcionalidad ya transcurridos 15 años del siglo XXI, sino que su supresión dejaría un espacio normativo vacío.

Naturalmente, hay que aplicar las determinaciones de las Directivas comunitarias 2014/23 y 24/UE, y hacerlo lo antes posible. Pero el cumplimiento de esa incuestionable obligación, junto a la incorporación de la concesión de servicios en los términos estrictos de la directiva que la regula, no pasa necesariamente por eliminar

buscar la forma en que pudieran tener cabida las fórmulas institucionales de colaboración o sociedades de economía mixta. *Pero, también sería posible optar por una solución más conservadora y mantener los tipos contractuales actuales, convenientemente depurados y sistematizados»* (2015: 928, el resaltado es mío).

las modalidades contractuales de la gestión interesada, el concierto y la sociedad de economía mixta, y constreñir su elenco de posibilidades bajo un único y desdibujado contrato que, cual *lecho de procusto*, estira el de servicios y restringe el de gestión de servicios públicos, desbordando y contrayendo sus respectivos regímenes jurídicos.

Hay que cumplir con Europa, desde luego, pero sin renunciar a mantener los valiosos elementos del acervo normativo de la gestión indirecta de los servicios públicos locales, los del reglamento de servicios de 1955 y la doctrina de Albi y tantos otros, y la del Consejo de Estado y demás órganos consultivos, elementos enriquecidos con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y actualizados normativamente por las aportaciones catalana (ROAS/1995) y aragonesa (RBASO/2002), entre las más relevantes. Y todo ello con un régimen jurídico unitario que garantice los derechos de los usuarios y la continuidad y regularidad de los servicios públicos en el marco del Estado social.

3.2.6. Las opciones en favor de la concesión y del contrato de servicios para la gestión de servicios públicos en el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público.

3.2.6.1. Planteamiento y articulación del ALCSP

Tal como se ha adelantado, se han ido cumpliendo sucesivas fases y trámites hasta llegar al punto en que se dispone del ALCSP/O/2015 y del Dictamen del Consejo de Estado núm. 1116/2015, de 10.3, emitido sobre el mismo.¹⁷²

En el texto del ALCSP de octubre de 2015 se incorporaron modificaciones, tanto correctoras de algunas deficiencias del texto de abril anterior, como variaciones de criterio. En la exposición que sigue se centrará el estudio en el texto sometido al Consejo de Estado, dejando constancia de las modificaciones significativas introducidas en dicho texto respecto del ALCSP/A/2015, así como de la valoración efectuada por el Alto órgano consultivo.

¹⁷² Sobre las fases completadas véase el epígrafe 3.1.1. Según lo ya dicho, en la página del GREL (*Grup de Recerca d'Estudis Locals* / Universidad de Barcelona) pueden consultarse los ALCSP de abril y mayo de 2015, mis alegaciones y el artículo sobre el primero de los anteproyectos y el Dictamen del Consejo de Estado relativo al segundo: <https://grelub.wordpress.com/2016/04/26/opiniones-y-argumentos-defendidos-por-investigadores-del-grel-son-confirmados-por-el-consejo-de-estado/>

Reconocida la calidad técnica del Anteproyecto, opino que éste encuentra en la regulación de la gestión contractual de los servicios públicos uno de sus puntos débiles. La primera objeción a plantear radica en la escasa e incompleta justificación de la desaparición del *contrato de gestión de servicios públicos* (CGSP) y de las alternativas que se proponen a su eliminación.

Así, en su primera formulación el ALCSP/A/2015 se limitó a consignar la supresión en los siguientes términos (Exposición de motivos/EM, IV, párrafo 5º):

*«En el ámbito de las concesiones, desaparece la figura del contrato de gestión de servicio público y, con ello, de la regulación de los diferentes modos de gestión indirecta de los servicios públicos que se hacía en el artículo 277 del anterior texto refundido, **dejando subsistente solo la concesión, si bien esta última pasa a desglosarse en dos categorías, como son la concesión de obras y la concesión de servicios. Esta última podrá tener por objeto servicios que no sean públicos siempre y cuando los mismos sean de la titularidad o competencia de la Administración.**»*¹⁷³

En su posterior formulación, se mantuvo la insuficiente motivación, aunque se introdujo la lógica mención a la Directiva 2014/23/UE, dando lugar al siguiente redactado (ALCSP/O/2015, EM, IV, pfo. 5º):

*«En el ámbito de las concesiones, desaparece la figura del contrato de gestión de servicio público y, con ello, la regulación de los diferentes modos de gestión indirecta de los servicios públicos que se hacía en el artículo 277 del anterior texto refundido. **Surge en su lugar, y en virtud de la nueva Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión, la nueva figura de la concesión de servicios, que se añada dentro de la categoría de las concesiones a la ya existente figura de la concesión de obras, y que podrá tener por objeto servicios que no sean públicos siempre y cuando los mismos sean de la titularidad o competencia de la Administración.**»*¹⁷⁴

¹⁷³ En negrita se identifican los términos objeto de modificación.

¹⁷⁴ De la escasa e incompleta justificación me quejaba ya en las alegaciones de mayo al ALCSP/A/2015 y en el artículo de octubre de 2015 (pág. 2 y 3, respectivamente). De la misma opinión es el Consejo de Estado: «En este panorama, la principal novedad del anteproyecto en la tipificación de los contratos administrativos es la desaparición del contrato de gestión de servicios públicos y la redifinición de los contratos de servicios y concesión de servicios,

Dejando para después el último inciso sobre los *servicios que no sean públicos*, lo cierto es que, a tenor de la escueta justificación, parecería que los servicios públicos sólo podrán gestionarse mediante concesión, equívoco que obviamente hay que descartar, si bien para ello hay que adentrarse en el articulado e intentar descubrir cual es el planteamiento general del Anteproyecto, que, en síntesis, cabe deducir que se articula a partir de los criterios siguientes:

1º *Omisión del CGSP* entre los contratos que regula el anteproyecto en el Título Preliminar, tanto en la mención genérica a los contratos administrativos (art. 25), como en las definiciones específicas referidas a los contratos de obras (13), concesiones de obras (14), concesiones de servicios (15), suministro (16), servicios (17) y mixtos (18).

2º Atribución al *contrato de concesión de servicios* de la gestión de aquellos servicios públicos *«cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir el precio»* (art. 15.1).

Esa determinación debe complementarse con las dos precisiones siguientes (art. 15.2 en relación con el 14.4, 2º párrafo):

- *«El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional».*
- *«Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable».*

aspectos a los que la memoria del análisis de impacto normativo no presta atención suficiente» (Dictamen núm. 1116/2015, de 10.3.2016, pág. 72).

3º *Subsunción en el contrato de servicios* de la gestión de aquellos servicios públicos en los que el prestatario no asuma el riesgo operacional en la gestión de los mismos. Ciertamente, este criterio no procede sino, de un lado, del razonamiento *a contrario sensu* de la no-inclusión del CGSP entre los regulados en el Anteproyecto de 2015, y de la definición vista del contrato de concesión de servicios y, de otro, de la amplísima concepción de los contratos de servicios como «*aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio en forma sucesiva y por precio unitario*» (ALCSP, art. 17, pfo. 1º).¹⁷⁵

Junto a los tres criterios señalados, y en lo que parece ser un intento de cerrar el círculo interpretativo, el Anteproyecto, en su parte final, dispone lo siguiente:

«DISPOSICIÓN ADICIONAL TRIGÉSIMA SEXTA. Referencias a contratos de gestión de servicios públicos.

Las referencias existentes en la legislación vigente al contrato de gestión de servicios públicos se entenderán realizadas tras la entrada en vigor de la presente Ley al contrato de concesión de servicios, en la medida en que se adecuen a lo regulado para dicho contrato en la presente Ley».

Sucede, no obstante, que la pauta es incompleta, pues no facilita regla para los supuestos en que la gestión de servicios públicos no se adecue al contrato de concesión. Faltaría, pues, en consonancia con la Directiva 2014/23/UE, la referencia al traslado del riesgo operacional, criterio de delimitación que distingue el contrato de concesión, del contrato de servicios, en el que no se transfiere dicho riesgo.

Frente a la configuración que plantea el Anteproyecto estimo que hay una alternativa mejor y que se concreta en una regulación que atienda a cuatro máximas:¹⁷⁶

¹⁷⁵ La primera parte de la definición reproduce la recogida por la LCSP/2007 y el TRLCSP/2011 (art. 10, primer inciso), al que se añade ahora la precisión que lo caracteriza como contrato de actividad (*ejecutar el servicio en forma sucesiva*) y la mención al *precio unitario*. La mención al *adjudicatario* se incorporó en el texto de octubre de 2015 en sustitución de la de *empresario* que figuraba en el de abril; con todo, lo más correcto hubiera sido utilizar la de *contratista*, pues sólo con la formalización se produce la perfección del contrato (ex ALCSP, 36 y TRLCSP, 27).

¹⁷⁶ Recogía las objeciones a la regulación propuesta y las alternativas al ALCSP/A/2015 en mis alegaciones al mismo (pág. 2 a 4) y en mi artículo en la RGDA (núm. 40, pág. 3 a 5).

- reservar la concesión de servicios para la gestión y explotación de aquellos en que, tengan o no el carácter de públicos, se transfiera al concesionario el riesgo operacional;
- diferenciar, no obstante, el régimen jurídico de la concesión según tenga o no por objeto un servicio público, estableciendo para el caso de tenerlo las necesarias determinaciones y garantías para salvaguardar los derechos de los usuarios y los principios de continuidad y regularidad de los servicios públicos, prescripciones que no han de resultar aplicables si la concesión tiene por objeto un servicio que no tenga el carácter de público;
- mantener el contrato de gestión de servicios públicos, en sus modalidades de gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta, y con la reintroducción en la legislación básica del arrendamiento, como formas contractuales para la gestión de servicios públicos en los que no se transfiera al contratista el riesgo operacional, actualizando su régimen jurídico para salvaguardar los derechos de los usuarios y los principios de continuidad y regularidad antes aludidos, e introduciendo las exigencias sobre publicidad comunitaria y recurso especial de contratación;
- y, en consonancia con lo anterior, definir los contratos de servicios como aquellos cuyo objeto lo integran prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra, gestión de un servicio público o suministro, incluyendo aquellos en que el empresario se obligue a ejecutar el servicio en forma sucesiva y por precio unitario, y sin que se transfiera al contratista el riesgo operacional.

Al análisis y valoración de la configuración planteada por el Anteproyecto y a la justificación y caracterización de esa alternativa a tal configuración se dedicarán las páginas siguientes.

3.2.6.2. La trascendencia de la noción de servicio público y la valoración del Consejo de Estado

Antes de pasar al análisis detallado de la configuración planteada por el ALCSP, no obstante, sí parece oportuno adelantar la opinión del Consejo de Estado, coincidente

con la valoración efectuada sobre la gestión contractual de los servicios públicos del Anteproyecto y las alternativas planteadas, y derivada de la trascendencia que confiere a la noción de servicio público, a cuya centralidad en el derecho público he dedicado ya un epígrafe (1.5). Después de analizar la dicotomía entre la concesión de servicios y el contrato de servicios, el Alto órgano consultivo se pronuncia en los términos que se reproducen a continuación.

i) Sobre la trascendencia de la noción de servicio público (Dictamen núm. 1116/2015, pág. 76 a 78):

«En la valoración de esta decisión normativa no puede orillarse la importancia que la noción de servicio público ha tenido y tiene en el Derecho continental, como elemento vertebrador, no solamente de la contratación, sino en general de la actividad de los poderes públicos. Desde la Escuela de Burdeos, para la que la noción del servicio público sustituye el concepto de soberanía como fundamento del Derecho público, dicha noción abarca toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y controlado por los gobernantes, porque es indispensable para la realización y desarrollo de la interdependencia social y porque es de tal naturaleza que no puede ser asegurada completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante.

Pronto reflejado en la doctrina del Consejo de Estado francés (asunto *Terrier*, de 6 de febrero de 1903), el concepto de servicio público se traslada con naturalidad al ámbito de la contratación, en la medida en que, para hacer frente a su responsabilidad de garantizar la prestación regular a los ciudadanos de los servicios englobados en dicho concepto, la Administración, además de poder realizar la actividad por sí misma, puede asegurarse su ejecución por terceros a través de la gestión contractual. Esta ha dado lugar a la construcción de los principios inspiradores de la prestación de los Servicios públicos, que de nuevo debemos, en buena medida, a la doctrina francesa y entre los que destacan los principios de continuidad, igualdad y mutabilidad. Tales principios están presentes en nuestra legislación de contratación administrativa, en el texto refundido actual a propósito del contrato de gestión de servicios públicos.

El desplazamiento de la noción de servicio público como elemento diferenciador de las dos modalidades contractuales aludidas, para poner el foco en un aspecto, sin duda, importante, pero de índole organizativo, como es si se transfiere o no el riesgo operacional, es el germen de diversas distorsiones. Al fin y al cabo, si el adjudicatario asume o no el aludido riesgo es una cuestión capital para regular las relaciones entre

las partes en el contrato, pero sin impacto directo en los ciudadanos destinatarios de los servicios públicos, en beneficio de los cuales ha de garantizarse la continuidad e igualdad en la prestación. Tales distorsiones pueden reconducirse a dos:

a) En el contrato de concesión de servicios rigen las reglas propias del contrato de gestión de servicios públicos, pese a que, como reconoce la propia exposición de motivos, aquel contrato puede tener por objeto servicios no públicos. Los problemas derivados de esta circunstancia se estudian al hilo del contrato de concesión de servicios.

b) En el contrato de servicios no se establecen las garantías propias del servicio público, para el supuesto de que sea la vía por la que se articule, en el caso de que no recaiga sobre el adjudicatario el riesgo operacional. En concreto, no se asegura la vigencia de los principios básicos definidores de la noción de servicio público, esto es, los de igualdad en su acceso, continuidad de su prestación y universalidad.»

ii) Valoración de las alternativas planteadas en orden a la gestión contractual de servicios públicos (Dictamen núm. 1116/2015, pág. 79 y 80)

«No resulta sencillo encontrar una solución a los problemas expuestos. La reinserción de la figura del contrato de gestión de servicios públicos es una opción que no debe ser desdeñada. Pero hay que tener en cuenta dos factores ineludibles:

a) Dado el alcance casi omnicomprendivo del contrato de servicios, siempre que al adjudicatario no le sea transferido el riesgo operacional, no tiene un encaje visible una nueva figura contractual si se pretende que, como sucede en el TRLCSP, no esté sujeta a regulación armonizada. Dicho de otro modo, un eventual contrato de gestión de servicios públicos tendría que estar sometido a las garantías de publicidad, igualdad y concurrencia en la adjudicación así como a los medios de reacción frente a actos vulneradores de estos principios, en los términos previstos en las directivas europeas.

b) Esta modalidad contractual, añadida al contrato de concesión de servicios y del de servicios, no eximiría de depurar en la regulación del primero aquellas previsiones cuya aplicación no resulta procedente si el concedido no es un servicio público.

Ante estas dificultades, se presenta otra alternativa que ofrece mayores ventajas. Cabría mantener la tipificación contractual del anteproyecto, basada en la diferenciación entre el contrato de servicios y el contrato de concesión de servicios, estableciendo para cada uno de ellos una regulación de sus efectos, extinción y cumplimientos inspirada en la hipótesis de que el servicio de que se trate no sea público. Esta regulación se completaría con unas especialidades -comunes a ambos tipos contractuales- para el supuesto de que el servicio concedido o adjudicado tenga la naturaleza de servicio público. Cabe, incluso, pensar en la posibilidad de que el contrato de servicios, cuando recaiga sobre un servicio público, adopte la forma de la gestión interesada, el concierto o la sociedad de economía mixta, que forman parte de la tradición del Derecho administrativo español.

En todo caso, es inexcusable la reevaluación del anteproyecto con vistas a resolver las disfunciones mencionadas, por cuanto la dicotomía entre el contrato de concesión de servicios y el de servicios no puede redundar en la merma de la regularidad y continuidad en la prestación de los servicios públicos. Esta observación se formula con carácter esencial a los efectos de lo establecido en el artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado.»

CAPÍTULO 4. LA CONFIGURACIÓN EN EL ALCSP DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS Y LA SUBSUNCIÓN DE LA GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS EN QUE SE TRANSFIERA EL RIESGO OPERACIONAL AL CONCESIONARIO

4.1. Planteamiento del articulado de la concesión de servicios

De la lectura de los preceptos del ALCSP cabe identificar como criterios que configuran la regulación del contrato de concesión de servicios los siguientes:

1º La ya señalada incorporación de la transferencia del *riesgo operacional* como regla identificadora de dicho contrato, en los términos del Anteproyecto transcritos anteriormente (art. 15.2 en relación con el 14.4.2º pfo.), que son coincidentes con los de la Directiva (art. 5.1.b).

2º Una configuración dual toda vez que la concesión podrá tener por objeto tanto servicios públicos, como «*servicios que no sean públicos*» (EM, IV, pfo. 5º y 282).

3º La traslación en bloque de los preceptos sobre el CGSP contenidos en el TRLCSP/2011 a la regulación de la concesión, tal como recoge el propio texto del Anteproyecto y refleja su documento complementario (*tabla de correspondencias*).

4º Un tratamiento normativo del contrato de concesión de servicios que puede calificarse de suficiente (art. 282-294), si se refiere a la gestión de servicios públicos en que concurra el traslado del riesgo operacional, pero que tiene efectos disfuncionales en la aplicación de las determinaciones exorbitantes a los servicios que no tengan el carácter de públicos.

5º Finalmente, la remisión expresa, como *regulación supletoria* (art. 295), a la «*regulación establecida respecto al contrato de concesión de obras, siempre que resulte compatible con la naturaleza de aquél*».

A partir de este planteamiento se desarrolla la regulación del ALCSP sobre la concesión de servicios que se analiza a continuación.

4.2. Concepto y regulación

4.2.1. Concepto de concesión y riesgo operacional

Tal como se ha anticipado, «*el contrato de concesión de servicios es aquél en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio*» (art. 15.1).

Y bien entendido que:

- «*El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional*» (art. 15.2).

- «*Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable*» (art. 14.4.2º pfo.).

El concepto del *riego operacional* es esencial para definir la concesión. Para su determinación, el ALCSP proporciona la definición que se acaba de transcribir, la cual coincide exactamente con la de la Directiva 2014/23/UE (art. 5.1, *in fine*). Esa definición legal, no obstante, es susceptible de completar en el sentido de que el *riesgo operacional* transferido al concesionario se caracteriza por:¹⁷⁷

- a) La posibilidad de no recuperar las inversiones realizadas ni cubrir los costes sufragados por el mismo.¹⁷⁸

¹⁷⁷ Referencias bibliográficas: GIMENO FELIU (2014b: 145 y 2015c), HERNANDO RYDINGS (2015: 920-923), VILLALBA PEREZ (2014: apartado 4) y VAZQUEZ DEL REY VILLANUEVA (2012: 58-61).

¹⁷⁸ La Directiva 2014/23/UE lo describe así:

Entre otras consecuencias, y como se ha precisado, esa caracterización del riesgo operacional incide en el cómputo del déficit de acuerdo con la normativa SEC 2010, según la cual se entenderá que no se han transferido los riesgos operacionales cuando se garantice, por la legislación o por el contrato, el pago de las inversiones efectuadas si la concesión ha quebrado o fallado por culpa del licitador, dando así lugar a la denominada *responsabilidad patrimonial de la Administración (RAP)*.¹⁷⁹

La característica principal de una concesión, el derecho de explotar las obras o los servicios, implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico que supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento, si bien parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador (CDO 18, 3r pfo.).

¹⁷⁹ GIMENO FELIU (2014b: 141-155 y 2015c). Sobre el SEC 2010 el referente normativo es el Reglamento (UE) núm. 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21.5.2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea. La referencia a los riesgos se encuentra en los apartados siguientes:

«20.283. Al igual que sucede con los contratos de arrendamiento, para determinar quién es el dueño económico de los activos en una APP es preciso averiguar qué unidad asume la mayor parte de los riesgos y qué unidad se espera que reciba la mayor parte de los beneficios de los activos. Se asignará a esta unidad el activo, y por lo tanto la formación bruta de capital fijo. Los principales elementos de riesgo y beneficio que deben evaluarse son los siguientes:

a) Riesgo de construcción, que incluye los rebasamientos en los costes, la posibilidad de costes adicionales derivados de retrasos en la entrega, el incumplimiento de condiciones o códigos de construcción, y los riesgos ambientales y de otros tipos que exijan pagos a terceros.

b) Riesgo de disponibilidad, que incluye la posibilidad de costes adicionales, como los de mantenimiento y financiación, y las sanciones soportadas porque el volumen o la calidad de los servicios no cumple las normas especificadas en el contrato.

c) Riesgo de demanda, que incluye la posibilidad de que la demanda de los servicios sea mayor o menor de la esperada.

d) El riesgo de valor residual y obsolescencia, que incluye el riesgo de que el activo sea inferior a su valor esperado al final del contrato y el grado en que las administraciones públicas tienen opción a adquirir los activos.

e) La existencia de financiación del garante o de concesión de garantías, o de cláusulas de rescisión ventajosas sobre todo en caso de rescisión a iniciativa del operador.

20.284 Los riesgos y beneficios corresponden al operador si el riesgo de construcción y la demanda o los riesgos de disponibilidad han sido transferidos de manera efectiva. La financiación mayoritaria, las garantías que cubren la mayoría de la financiación percibida, o las cláusulas de rescisión que prevén un reembolso mayoritario del proveedor de la financiación en caso de rescisión a iniciativa del operador provocan la ausencia de una transferencia efectiva de cualquiera de estos riesgos.»

Sobre el impacto de las concesiones y demás manifestaciones de colaboraciones público-privadas en los déficits y deuda públicos, y el análisis de los criterios de Eurostat, véase el exhaustivo trabajo de MACHO PÉREZ y MARCO PEÑAS (2014), del cual no me resisto a reproducir una de sus conclusiones: «Todo lo anterior nos lleva a concluir: primero, que si no se transfieren suficientemente los riesgos y beneficios de la operación de CPP al ente privado, el activo deberá calificarse como público y tendrá repercusión en los niveles de déficit y deuda públicos actuales. Por tanto, la operación no habrá logrado la pretendida huida de las restricciones presupuestarias. Y, segundo, en términos de inclusión en los presupuestos será irrelevante si la financiación se proporciona en un primer momento por el ente privado, porque estas operaciones, salvo si se sufragan por el usuario, acabarán teniendo repercusión en los presupuestos de los ejercicios futuros» (2014: 473).

Sobre la RPA (responsabilidad patrimonial de la Administración) y los cambios incorporados al TRLCSP (288) y lo que prevé el ALCSP (293), véanse los epígrafes 4.14 a 4.16.

- b) El no aseguramiento por parte de la Administración de unos ingresos mínimos.¹⁸⁰
- c) La ajeneidad de los factores que inciden en el riesgo operacional y la exposición a las incertidumbres del mercado; al riesgo de la demanda o al del suministro (o de oferta o de uso) o a ambos.¹⁸¹
- d) Aunque cabe que la remuneración proceda de la propia Administración.¹⁸²

Finalmente, sobre la incidencia en el riesgo operacional del factor de duración del contrato y su vinculación con la TIR (tasa interna de retorno o de rentabilidad), véase el epígrafe 4.3.4, 3ª.

¹⁸⁰ La Directiva 2014/23/UE lo expresa así:

- «La reglamentación de la adjudicación de concesiones mediante normas específicas no estaría justificada si el poder adjudicador o la entidad adjudicadora aliviase al operador económico de cualquier posible pérdida garantizando unos ingresos mínimos que sean iguales o superiores a las inversiones y los costes que el operador económico deba asumir en relación con la ejecución del contrato» (CDO 18. 4º pfo.).
- «Cuando la reglamentación específica del sector elimina el riesgo estableciendo una garantía en beneficio del concesionario en virtud de la cual se compensen las inversiones y costes sufragados para la ejecución del contrato, este último no debería considerarse concesión a efectos de la presente Directiva» (CDO 19, 1r pfo.).

¹⁸¹ Sobre tales riesgos la Directiva 23 formula las siguientes concreciones:

«Un riesgo operacional debe derivarse de factores que escapan al control de las partes. Los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión. Un riesgo operacional debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro. Debe entenderse por “riesgo de demanda” el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato. Debe entenderse por “riesgo de oferta” el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda. A efectos de la evaluación del riesgo operacional, puede tomarse en consideración, de manera coherente y uniforme, el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario» (CDO 20).

En este sentido, la Directiva sigue la línea de la jurisprudencia consolidada sobre el riesgo de explotación económica del servicio (STJUE de 10.3.2011, C-274/09):

«A este respecto, procede señalar que el riesgo de explotación económica 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 (véanse, en este sentido, las sentencias de 27 de octubre de 2005, *Contse y otros*, C 234/03, Rec. p. I 9315, apartado 22, y *Hans & Christophorus Oymanns*, antes citada, apartado 74)» (FJ 37).

¹⁸² Lo precisa así la Directiva 23:

«Al mismo tiempo, hay que aclarar que ciertos regímenes en los que la remuneración procede exclusivamente del poder adjudicador o la entidad adjudicadora pueden considerarse concesiones si la recuperación de las inversiones y costes que hubiera satisfecho el operador

e) También es admisible que la Administración asuma parte del riesgo.¹⁸³

Admitida, pues, esa asunción parcial por la Administración, para que quepa hablar de concesión habrá de producirse una transferencia *esencial* o *sustancial* del riesgo operacional al contratista.

f) En cualquier caso, debe permitir al concesionario recuperar las inversiones realizadas, más un beneficio sobre el capital invertido en condiciones normales de explotación, teniendo en cuenta los objetivos contractuales específicos que haya asumido el concesionario y en un horizonte temporal adecuado a tales objetivos.¹⁸⁴

para la ejecución de las obras o la prestación de los servicios depende de la demanda o del suministro efectivos de esos bienes o servicios» (CDO. 18, 5º pfo.).

¹⁸³ Tal es el pronunciamiento de la Directiva 23:

«El hecho de que el riesgo esté limitado desde el inicio no impedirá que el contrato se considere una concesión. Lo mismo ocurre, por ejemplo, en sectores con tarifas reglamentadas, o cuando se limita el riesgo operacional mediante regímenes contractuales que prevén una compensación parcial, incluida la compensación en caso de adelantarse la caducidad de la concesión por motivos atribuibles al poder o entidad adjudicador, o por causas de fuerza mayor» (CDO 19. 2º pfo.). O el inciso final del CDO 18, 3r pfo., antes transcrito.

Debe recordarse a este respecto que la propia definición legal se pronuncia en el sentido de que *«(..) la parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable» (D 23, 5.1, in fine y ALCSP, 14.4.2º pfo.)*

La calificación de esa parte del *riesgo operacional* que debe asumir el contratista para que se califique como concesión bien podría ser la de *sustancial*.

Así, en la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión* [COM (2011) 897 final, 2011/0437, 20.12.2011], se utilizaba precisamente esa expresión:

*«Las dificultades relacionadas con la interpretación de los conceptos de concesión y contrato público han sido fuente de continua inseguridad jurídica para las partes interesadas y han dado lugar a numerosas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a este respecto. Por lo tanto, debe aclararse la definición de concesión, en particular haciendo referencia al concepto de **riesgo operacional sustancial**» (CDO. 7).*

*«El derecho a explotar obras o servicios, contemplado en los puntos 2, 4 y 7 del apartado 1, implica la transferencia al concesionario del **riesgo operacional sustancial**. Se considerará que el concesionario asume el **riesgo operacional sustancial** cuando no esté garantizado que vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión» (art. 2.2).*

El calificativo *sustancial*, sin embargo, no aparece en los correlativos del texto finalmente aprobado (Directiva 2014/23/UE, CDO 18 y art. 5.1, *in fine*, respectivamente), quizás por su sobreutilización como criterio para definir las modificaciones contractuales no admitidas (ex 43.4 de la Directiva), tal como se verá después (epígrafe 4.9.4). Sobre la noción de *riesgo operacional sustancial*, véase LAZO VITORIA (2014: 45-46).

¹⁸⁴ La Directiva 23 lo contextualiza así:

«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

Un aspecto sobre el que es conveniente reflexionar en el marco de las concesiones es el relativo a su ecuación económico-financiera, esto es, al rendimiento que para el contratista supone la explotación del servicio o, en su caso, de la obra. La falta de profundización sobre ese aspecto puede dar lugar a una percepción incompleta de estas figuras, precisamente por falta del elemento traslativo del gasto a cargo de la Administración, el pago, presente en el resto de los contratos típicos de ejecución de obras, suministros o servicios. Un elemento que corrige esa deficiencia señalada viene de la mano de la obligación de cifrar el *valor de la concesión* en el «*volumen de negocios total de la empresa concesionaria generados durante la duración del contrato, excluido el IVA, estimado por el poder adjudicador o la entidad adjudicadora, en contrapartida de las obras y servicios objeto de la concesión, así como de los suministros relacionados con las obras y los servicios*» (Directiva 2014/23/UE, 8. 2), criterio que será analizado pormenorizadamente más adelante (epígrafe 4.3.5.3.).

También contribuye a clarificar su verdadera naturaleza, el calificativo que se añade a la definición de la concesión como *contrato oneroso*, tal como ya se ha apuntado (ALCSP, 15.1 y Directiva 23, 5.1), aunque no se define lo que se entiende por tal. De ahí que resulte del todo oportuna la sugerencia del Consejo de Estado en relación con el art. 2.1 del Anteproyecto, que recoge la mención a los contratos onerosos: «No se contiene sin embargo en el texto ninguna noción de lo que entiende por onerosidad. Habida cuenta de que no son infrecuentes los casos de contratos en los que su precio -o valor estimado en su caso- es cero y en los que el contratista obtiene algún tipo de ventaja o beneficio, no estaría de más recoger que *su carácter oneroso concurre cuando el contratista obtiene algún tipo de beneficio económico de forma directa o indirecta*» (Dictamen núm. 1116/2015, pág. 54 y 55, el subrayado es mío).

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.» (CDO 52).

4.2.2. Regulación

La *regulación específica* de la concesión de servicios en el Anteproyecto se contiene en los siguientes preceptos: art. 15, 20, 282 a 294, DA 36^a y DA 38^a. Además de las previsiones de carácter general que le afectan en tanto que contrato, cabe distinguir dos grupos que inciden en su régimen jurídico:

a) De un lado, el de los preceptos generales que contienen *determinaciones que afectan de una manera especial* a la concesión de servicios, entre los que destacan los art. 18 (contratos mixtos, en el supuesto que contenga elementos de una concesión de obras y de servicios), 29 (plazo de duración de los contratos y ejecución de la prestación), 44 a 59 (recurso especial de contratación), 99 a 105 (objeto, presupuesto base de licitación, valor estimado, precio del contrato y su revisión) y 186 a 215 (efectos, cumplimiento y extinción de los contratos).

b) El otro grupo viene constituido por las *previsiones referidas a la concesión de obras* que resultan de:

b.1) La aplicación a la concesión de servicios en virtud de la *regulación supletoria*, establecida en el art. 295 del ALCSP, y cuyo tenor es el siguiente:

«En lo no previsto en el presente Capítulo respecto al contrato de concesión de servicios, le será de aplicación la regulación establecida en la presente Ley respecto al contrato de concesión de obras, siempre que resulte compatible con la naturaleza de aquél».

b.2) La aplicación directa de sus preceptos en tanto que la concesión de servicios comprenda la ejecución de obras, posibilidad que recoge el propio Anteproyecto (ex art. 283.2, 2º inciso) y bastante habitual en los servicios públicos locales.¹⁸⁵

¹⁸⁵ En la tradición local, la ejecución de obras de primer establecimiento o gran reparación de las instalaciones donde se presta el servicio ha estado siempre ligada a la figura de la concesión, tanto financieramente –como medio para conseguir inversión privada, amortizada luego con su explotación–, como en su configuración jurídica. Ciertamente también se prevé la concesión de «*mero ejercicio del servicio público, cuando no requiera obras o instalaciones permanentes o estuvieren ya establecidas*» (RS, 114.2.b), pero las grandes obras, de haberlas, sólo podían ejecutarse mediante concesión. Efectivamente, esa *ejecución* no era posible en las otras modalidades de gestión indirecta:

Al análisis de las regulaciones específica, general que afecta de manera especial a las concesiones de servicios y la que resulta aplicable de la concesión de obras se dedicarán las páginas siguientes.

4.3. Ámbito, objeto, duración y valoración económica de la concesión de servicios

4.3.1. Introducción

El ALCSP regula en su art. 282 el *ámbito del contrato de concesión de servicios*, con el contenido que se analizará a continuación. Para su completa comprensión es preciso, no obstante, vincularlo con otras determinaciones generales del Anteproyecto; concretamente las relativas a:

- el *objeto* (99 en relación con el 18, ALCSP),
- la *duración* (29, ALCSP),
- y la *valoración económica del contrato* (100 a 102, ALCSP).

4.3.2. Ámbito: servicios públicos y no públicos susceptibles de explotación económica (EM, IV, pfo. 5º y art. 282)

-
- en el concierto, porque la Corporación local utilizaba los *servicios* que entidades o particulares *tuvieran ya establecidos* (RS, 143);
 - en el arrendamiento, por cuanto éste se caracterizaba por el hecho de que *la prestación de los servicios* se desarrollaba en instalaciones ya construidas y de pertenencia de la Corporación (RS, 138), de manera que el arrendatario debía asumir tal prestación, acompañada de su conservación, pero sólo referida a las *reparaciones ordinarias* (ex RS, 139.3).

Y tal era el arraigo de las obras que ALBI, en su minucioso y riguroso *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones locales*, concluye: «*eliminaremos en nuestro estudio del área de la concesión toda la materia a que alude el apartado b) del art. 114-2 del Reglamento (la de mero ejercicio del servicio), para trasladarla a la esfera del arrendamiento o de la autorización reglamentada, donde la desarrollaremos con sujeción absoluta a las normas legales y reglamentarias vigentes, con lo cual nuestro concepto de la concesión queda reducido, estrictamente, al que nos proporciona el apartado a) del precepto reglamentario de referencia (el que comprende la construcción de una obra o instalación)*» (ALBI CHOLBI, 1960: 513-514).

La legislación autonómica postconstitucional ha seguido manteniendo el posible doble objeto en la concesión: ROASCat/1995 (art. 243); RBASO Aragón/2002 (273); LGal/1997 (303) y LFNavigación/1990 (200), entre otras.

Las determinaciones sobre el ámbito de la concesión de servicios las encontramos en el Anteproyecto en la Exposición de motivos y en el art. 282, con las previsiones que se transcriben a continuación:

«En el ámbito de las concesiones, desaparece la figura del contrato de gestión de servicio público y, con ello, la regulación de los diferentes modos de gestión indirecta de los servicios públicos que se hacía en el artículo 277 del anterior texto refundido. Surge en su lugar, y en virtud de la nueva Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión, la nueva figura de la concesión de servicios, que se añade dentro de la categoría de las concesiones a la ya existente figura de la concesión de obras, y que podrá tener por objeto servicios que no sean públicos siempre y cuando los mismos sean de la titularidad o competencia de la Administración» (EM, IV, pfo 5º)

«Artículo 282. Ámbito del contrato de concesión de servicios.

1. La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato de concesión de servicios, los servicios de su titularidad o competencia siempre que sean susceptibles de explotación económica por particulares. En ningún caso podrán prestarse mediante concesión de servicios los que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

2. Antes de proceder a la contratación de una concesión de servicios, en los casos en que se trate de servicios públicos, deberá haberse establecido su régimen jurídico, que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio.

3. El contrato expresará con claridad, en todo caso, el ámbito de la concesión, tanto en el orden funcional, como en el territorial».

Sobre tales contenidos cabe formular las consideraciones siguientes:

1ª La concesión de servicios puede aplicarse tanto a servicios públicos como a *servicios que no sean públicos* (por utilizar la expresión del inciso final del párrafo transcrito de la EM). La distinción entre unos y otros no es fácil, por la misma razón que la legislación ha venido obviando la definición de la *actividad de servicio público*, obligando así a la doctrina y a la jurisprudencia a dotar de significado ese término.

Sobre tales bases, y para el ámbito del servicio público que se analiza, la he definido «como aquella actividad *desarrollada* por una entidad pública local, por sí o mediante un gestor contratado, para satisfacer las necesidades de los usuarios, conjunto de personas destinatarias de la misma, *caracterizada*, objetivamente, por venir constituida por prestaciones técnicas, que reportan utilidades a los usuarios que las reciben, *configurada* bajo criterios de generalidad e igualdad y en unas condiciones de continuidad y regularidad, y *declarada* por la legislación como servicio público local o

asumida como tal por la entidad en el ámbito de sus competencias y de conformidad con el procedimiento administrativo establecido». ¹⁸⁶

Por contraste con esa definición, los *servicios no públicos* integrarían unas actuaciones que, constituidas lógicamente por utilidades y siendo recibidas efectivamente por terceros, su prestación no responde a una obligación derivada de la competencia de la Administración. Faltando este título, pero concurriendo el de la titularidad de los inmuebles en que se prestan los servicios, podría darse cobertura contractual a supuestos en que se produce una *explotación económica* y concurre la *transferencia del riesgo operacional*. ¹⁸⁷

Entiendo por ello correcta la disyuntiva sobre *los servicios de su titularidad o competencia*, referidos a la Administración, que se contiene en el art. 282.1 del Anteproyecto, toda vez que sirve para distinguir los *servicios no públicos* de los *públicos*, respectivamente. Pues es bien sabido que el *criterio de la competencia* es el que ha venido caracterizando, en tanto que amparo y título jurídico, la prestación de servicios públicos por las Administraciones en la legislación básica de contratos (TRLCSF, con menciones en los art. 8.1, a «*servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia*», y 275.1, a «*los servicios de su competencia*», en ambos casos referidos al contrato de gestión de servicios públicos). Y ese mismo criterio de la competencia es el observado en la legislación local para los servicios públicos en este ámbito (cifro los art. 25, 26, 86 y concordantes de la LBRL y su comentario en los apartados 1.5.3.1 y 1.5.4.).

Pero por las razones aludidas no encuentro explicación a que esa misma disyuntiva sirva para justificar que la concesión de servicios «*podrá tener por objeto servicios que no sean públicos siempre y cuando los mismos sean de titularidad o competencia de la Administración*» (EM, IV, pfo. 5º). Cabalmente, habría que entender que si se atribuye

¹⁸⁶ MARTÍNEZ-ALONSO (2007: 25 y 66 y 2014: 599).

¹⁸⁷ Así, por ejemplo, los habituales *servicios de cafetería y restauración* de edificios públicos (ministerios, universidades y otros), objeto de controversia sobre su calificación como contratos de servicios, administrativos especiales o patrimoniales, entiendo que podrían encontrar acomodo en esta *concesión de servicios no públicos*, porque obviamente la oferta de tales servicios aunque reporta utilidades a terceros, no integra competencia alguna de las Administraciones, que sí ostentan la titularidad de los espacios y dependencias en que se prestan. Y siempre sobre la base de que el concesionario asuma los riesgos de demanda y oferta y el resto de determinaciones que se establezcan (sobre tarifas, ejecución de las obras y canon a satisfacer, entre otras). Sobre el encaje de este contrato en la concesión de servicios comunitaria véase el IJCCA de la Administración General del Estado núm. 25/2012, de 20.11 (FJ 2, *in fine*).

la competencia, los servicios han de calificarse como públicos, y reservar la categoría de los no-públicos para los supuestos en que la Administración solo ostenta la titularidad respecto de actuaciones que se desarrollan por el concesionario, pero en el marco de un contrato que aquella ha promovido.¹⁸⁸

El Consejo de Estado también advierte sobre ese *doble objeto de la concesión* que incluye el anteproyecto: «la distinción entre el contrato de servicios y el de gestión de servicios públicos, basada en la naturaleza de la prestación, ha sido desplazada por una dicotomía entre el contrato de concesión de servicios y el de servicios fundada en la transferencia o no del riesgo operacional, *con independencia de si el servicio sobre el que recae el pacto entre las partes tiene la consideración de servicio público*» (Dictamen núm. 1116/2015, de 10.3.2016, p. 75, la cursiva es mía).

Apreciadas las diferencias respecto de la dualidad de objetos de la concesión, hay que adelantar que las consecuencias no se detienen ahí, sino que se proyectan sobre el *régimen jurídico aplicable a uno y otro tipo de servicios*. Tal como se ha expuesto, que el objeto de la concesión sea un servicio público justifica la traslación en bloque de los preceptos sobre el CGSP contenidos en el TRLCSP/2011, pues ese es el régimen jurídico que le corresponde, incluidas las prerrogativas y potestades exorbitantes conferidas a la Administración titular del servicio público a fin de garantizar la continuidad, regularidad y demás exigencias derivadas de tal objeto. Pero por esas mismas razones debe excluirse la aplicación de tales potestades en los supuestos en que la concesión recaiga en servicios que no sean públicos.¹⁸⁹

Enlazando con su apreciación antes transcrita, el Consejo de Estado repara así en esas consecuencias: «El desplazamiento de la noción de servicio público como elemento diferenciador de las dos modalidades contractuales aludidas, para poner el foco en un aspecto, sin duda, importante, pero de índole organizativo, como es si se transfiere o no el riesgo operacional, es el *germen de diversas distorsiones*. Al fin y al cabo, si el adjudicatario asume o no el aludido riesgo es una cuestión capital para regular las relaciones entre las partes en el contrato, pero sin impacto directo en los *ciudadanos destinatarios de los servicios públicos, en beneficio de los cuales ha de*

¹⁸⁸ Estas consideraciones sobre la dualidad de objetos de la concesión las formulé en las alegaciones al ALCSP/O/2015 (p. 16 y 17) y en el artículo de la RGDA (p. 17 a 19).

¹⁸⁹ Sobre el régimen jurídico aplicable a los servicios públicos y la correlativa exclusión de las prerrogativas y potestades exorbitantes en el caso de los servicios que no tengan tal carácter me extendía en las alegaciones al ALCSP (p. 17 y 18) y en el artículo de la RGDA (p. 19).

garantizarse la continuidad e igualdad en la prestación. Tales distorsiones pueden reconducirse a dos:

a) En el contrato de *concesión de servicios rigen las reglas propias del contrato de gestión de servicios públicos, pese a que, como reconoce la propia exposición de motivos, aquel contrato puede tener por objeto servicios no públicos* » (Dictamen núm. 1116/2015, p. 77, la cursiva es mía).

El régimen jurídico aplicable a la concesión de los servicios públicos es objeto de análisis en este epígrafe 4, al final del cual se formulan los criterios que estimo que deben presidir la regulación de los servicios que no tengan tal carácter.¹⁹⁰

2ª La segunda determinación sobre el ámbito del contrato se refiere a que la Administración podrá gestionar mediante concesión los *servicios que sean susceptibles de explotación económica por particulares* (ALCSP, 282.1, 1º inciso *in fine*). La expresión proviene de la LCSP/2007 (251.1), que la tomó de sus precedentes LCE/1964 (63.1), LCAP/1995 (156.19) y TRLCAP/2000 (155.1), si bien suprimiendo significativamente la mención a *empresarios particulares*, y dejando sólo el término *particulares* (sustantivándolo), con lo que se solventaban las dificultades que aquella calificación había planteado cuando los licitadores no reunían la condición de empresarios (así, fundaciones o asociaciones); y en los mismos términos pasó al TRLCSP (275.1).

Se han citado los antecedentes históricos para evidenciar que la expresión *explotación económica* siempre ha estado presente en el contrato de gestión de servicios públicos, si bien su significado ha ido variando, de manera especialmente acusada en relación con la concesión y su vinculación directa con el *riesgo* de tal explotación en su sentido

¹⁹⁰ La segunda distorsión que señala el Consejo de Estado se centra en la *inidoneidad del contrato de servicios para la gestión indirecta de servicios públicos*, cuestión sobre la me extenderé en el epígrafe 5. Los términos en los que se pronuncia el Alto órgano consultivo son los siguientes:

«b) En el contrato de servicios no se establecen las garantías propias del servicio público, para el supuesto de que sea la vía por la que se articule, en el caso de que no recaiga sobre el adjudicatario el riesgo operacional. En concreto, no se asegura la vigencia de los principios básicos definidores de la noción de servicio público, esto es, los de igualdad en su acceso, continuidad de su prestación y universalidad» (Dictamen, p. 77 y 78).

comunitario, y como criterio de distinción entre la concesión y el contrato de servicios.¹⁹¹

Situados ya en el Anteproyecto, la explotación económica de los servicios mediante concesión requiere ineludiblemente que se transfiera el *riesgo operacional* al contratista en los términos vistos en el apartado anterior.

3ª El Anteproyecto trae al artículo 282.2 que se examina la determinación referida al *establecimiento del régimen jurídico en los casos en que se trate de servicios públicos*, que en el TRLCSP se ubicaba, como precepto autónomo, entre las *actuaciones preparatorias del contrato de gestión de servicios públicos* (Sección, 3ª, Capítulo II, Título I, Libro II, art. 132).¹⁹²

En cualquier caso, se trata de una prescripción muy relevante, ya que las previsiones que, con carácter previo, deben establecerse sobre el régimen jurídico del servicio público son las siguientes:

- *declaración expresa de que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, la denominada publicatio;*
- *determinación del alcance de las prestaciones en favor de los administrados;*
- *regulación de los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio.*

La fijación de estas prescripciones viene a coincidir con el *establecimiento, modificación y supresión del servicio público*, cuestión regulada en la legislación local, con determinaciones generales en la de carácter básico y específicas en aquellas

¹⁹¹ Así, en el ámbito del contrato de gestión de servicios públicos, se había mantenido pacíficamente hasta 2008 que la explotación también podía centrarse en la disminución de costes, razón por la cual el contenido económico podía referirse al precio que satisfacía la entidad titular del servicio al gestor indirecto para su prestación. La JCCA de la Generalitat de Cataluña (GENCAT) admitió que en los contratos de gestión de servicios públicos el prestatario percibiese como única retribución la que le abonaba la administración, incluso en la modalidad de concesión (Informe 1/2005, de 5.5); con carácter general para el contrato de gestión de servicios públicos lo prevé el TRLCP (281.1).

¹⁹² No tiene mucha lógica esta incorporación al art. 282 si se tiene en cuenta que, a continuación, se localizan la *Sección 2ª, Régimen jurídico* y la *Subsección 1ª. Actuaciones preparatorias del contrato de concesión de servicios*.

Comunidades Autónomas que las han aprobado, las cuales ya he analizado en otros trabajos a los que me remito.¹⁹³

4ª Proveniente del TRLCSP (275.1), el Anteproyecto incorpora la prescripción de que, «*en ningún caso, podrán prestarse mediante concesión de servicios los que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos*» (282.1, *in fine*).

Esta limitación tiene también su correlato en la legislación local, si bien su explicación requiere las siguientes precisiones:

4ª.a) Hasta su derogación por la LRSAL, la LBRL prescribía lo siguiente:

- «*En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta ni mediante sociedad mercantil de capital social exclusivamente local los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad*» (LBRL, antiguo 85.3, derogado por la LRSAL, 1º.21).

Se trata de una formulación sustancialmente idéntica a la de la legislación básica contractual antes transcrita, y ambas son análogas a las que prescribe el ROASCat, que no admite la gestión indirecta para los servicios que comportan el ejercicio de potestades indeclinables y de coacción administrativa (art. 189.1, a contrario). Sobre estas formulaciones, que constituyen conceptos jurídicos indeterminados, la doctrina administrativa ha señalado como manifestaciones de la soberanía que implican ejercicio de autoridad las siguientes: la potestad de emanar normas jurídicas; la potestad coactiva, dirigida a sancionar su infracción o imponerla por la fuerza física; y la función de policía, en tanto que se ejerce para garantizar el bienestar de la colectividad.¹⁹⁴

Por su vinculación con las potestades y funciones señaladas no serían susceptibles de gestión indirecta los servicios públicos de protección civil (LBRL, 26.1.c) y medio ambiente urbano (LBRL, 26.1.d, en la redacción dada por la LRSAL, 1º.9), en los ámbitos propios de intervención administrativa (control, inspección, sanción y ordenación).

¹⁹³ Las determinaciones generales se contienen, esencialmente, en la LBRL (85 y 86) y en el TRRL/1986 (96-98, 100 y 109) y, de las autonómicas, destacan las reguladas en Cataluña (ROAS/1995, 136-163), Aragón (RBASO/2002, 203-217) y Andalucía (L 5/2010, 26-32). Para un análisis más detallado véase MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS (2007: 255-270 y 2014: 597-614).

¹⁹⁴ La relación la consignó ALBI (1960:119-120) y la comentan MESTRE DELGADO (2003:1446-1447) y SOSA WAGNER (2004: 81-82).

4^a.b) El redactado del art. 85.2.B de la LBRL, que sigue remitiéndose a *las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el texto refundido d la Ley de Contratos del Sector Público*, se cierra con una prescripción nueva (LRSAL, 1º, 21):

«La forma de gestión por la que se opte deberá tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 9 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, en lo que respecta al ejercicio de funciones que corresponden en exclusiva a funcionarios públicos.»

Cabe entender referida la remisión al art. 9 del EBEP/2007 a su núm. 2, que establece que, *«en todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca»* (el mismo redactado corresponde al art. 9.2 del Texto refundido del EBEP aprobado por el RDLEG 2/2015).

De acuerdo con esa prescripción, quedarían vedadas en el ámbito de la gestión de las diferentes modalidades del contrato de gestión de servicios públicos en general (TRLCSP), y de la concesión de servicios (ALCSP), en particular, aquellas actuaciones vinculadas con el ejercicio de las potestades públicas o la salvaguardia de los intereses generales de las Administraciones públicas. En un plano práctico, sin embargo, las actividades prestacionales de dichos contratos no plantean colisiones con la salvaguardia de tales intereses en el ámbito local y, a lo sumo, las actuaciones que implican ejercicio de potestades públicas pueden solventarse mediante la intervención puntual de la policía local u otros funcionarios de la entidad titular del servicio público de que se trate.¹⁹⁵

¹⁹⁵ Como ejemplo de actuaciones reservadas a funcionarios públicos pueden citarse la retirada o inmovilización de vehículos, en el *servicio público de estacionamiento limitado de vehículos* en la vía pública mediante control horario y otras prestaciones conexas, por lo que el ejercicio de las mismas por agentes de la autoridad da cobertura a la exigencia legal (Texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos y seguridad vial, aprobado por el RDLeg 339/1990, art. 83-85, substituido por el Texto refundido de la misma Ley, aprobado por el RDLeg 6/2015, art. 103-105, vigente a partir del 1.2.2016), sin que nada obste a que el resto de actuaciones y prestaciones se lleven a cabo por el gestor indirecto.

Por otra parte, tradicionalmente se había negado la posibilidad de prestación indirecta de los *servicios de prevención y extinción de incendios*, se supone que por la conexión con las funciones de autoridad y la estructuración jerarquizada de los cuerpos de bomberos. Sin

4ª.c) Precisado todo lo anterior, hay que consignar que la propia LRSAL, tres artículos después establece lo siguiente (1º.24, que da nueva redacción al 92 de la LBRL):

«3. Corresponde exclusivamente a los funcionarios de carrera al servicio de la Administración local el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales. Igualmente son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado a funcionarios de carrera, las que impliquen ejercicio de autoridad, y en general, aquellas que en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función.»

Dicha prescripción reitera los contenidos del art. del 9.2 EBEP/2007, antes transcritos (y reproducidos por el mismo art. 9.2 del TREBEP/2015), e incluso los amplía en su segundo párrafo, por lo que hubiera sido más correcto remitirse al propio art. 92 de la LBRL, ya en su nuevo redactado.¹⁹⁶

5ª Finalmente, sobre este ámbito propio de los servicios públicos hay que hacer mención a las previsiones de la Directiva 2014/23/UE, cuyo art 19 establece que las *concesiones relativas a servicios sociales u otros servicios específicos* recogidos en el

embargo, analizada la prestación como un estricto servicio técnico, puede defenderse su gestión indirecta. Así, la JCCA de la AGE admite que este servicio de prevención y extinción de incendios sea prestado en régimen de gestión indirecta, sobre la base de su contenido económico y el carácter de servicio técnico, análogo al de suministro de agua, limpieza viaria y recogida y tratamiento de residuos, entre otros (Informe 2/06, de 24.3.2006). Cuestión distinta es la de su prestación en el marco del nuevo planteamiento del ALCSP. Es obvio que el servicio público de prevención y extinción de incendios no podrá prestarse mediante concesión, atendido que su esencialidad y trascendencia para la seguridad de la ciudadanía no permiten transferir el *riesgo operacional* de su explotación al concesionario. Las alternativas, por tanto, serían su gestión directa o la del contrato de servicios, bien que con las limitaciones que esta modalidad plantea, tal como se verá después; fuera de ese planteamiento queda, naturalmente, la opción por el CGSP actualizado que se propugna.

¹⁹⁶ La preferencia respecto del EBEP se dispone en el 92.1 de la LBRL (LRSAL, 1º.24):

«Los funcionarios al servicio de la Administración local se rigen, en lo no dispuesto en esta Ley, por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, por la restante legislación del Estado en materia de función pública, así como por la legislación de las Comunidades Autónomas, en los términos del artículo 149.1.18 de la Constitución». La referencia al EBEP/2007 hay que entenderla sustituida al TEBEP/2015.

Por otra parte, hay que precisar que el límite sobre el *ejercicio de potestades públicas o la salvaguardia de los intereses generales*, en relación con las modalidades del contrato de gestión de servicios públicos, se recoge ahora en el TRLCat/2003 (art. 249.6), como única incorporación pertinente tras la modificación operada por la L 16/2015, tan desafortunada por la derogación sobre las previsiones relativas a al gestión indirecta, como ya se ha tenido la oportunidad de precisar (epígrafe 1.5.3.2., *in fine*).

anexo IV y que entran en su ámbito de aplicación se someterán únicamente a las obligaciones referidas a la publicación de anuncios (art. 31. 3, y 32), y a la aplicación del recurso especial de contratación (46). La previsión sobre los anuncios tiene su correlato en el ALCSP (anexo III, B, Sección 5), mientras que la relativa al recurso se regula en los art. 44 y siguientes del mismo (véase epígrafe 4.19.3).

4.3.3. Objeto contractual

4.3.3.1. Introducción

Analizados los contenidos del art. 288 del Anteproyecto, sobre el ámbito de las concesiones de servicios, es preciso completarlos con el estudio de dos temas conexos:

- las exigencias sobre la determinación del objeto y la posibilidad de su división en lotes (ALCSP, 99),
- y las prescripciones sobre los contratos mixtos (ALCSP, 18 y 34.2).

4.3.3.2. Determinación del objeto y posibilidad de lotes.

El art. 99 del Anteproyecto regula los requisitos exigibles respecto del *objeto del contrato*, en relación con el cual y contextualizándolo para la concesión de servicios cabe formular las siguientes consideraciones:

1ª) Se exige que «*el objeto de los contratos deberá ser determinado*» (ALCSP), 99.1, antecedente TRLCSP, 86.1), lo que en relación con la figura que se analiza vendrá concretado, de ordinario, a un servicio público en su configuración integral (así, por ejemplo, el abastecimiento de agua potable o la piscina municipal). Bajo esa configuración integral, adquiere pleno sentido la prohibición de que «*no podrá fraccionar un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan*» (ALCSP, 99.2, antecedente TRLCSP, 86.2).

2ª) Sin perjuicio de lo anterior, hay que precisar que una de las principales novedades de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, ha sido la nueva regulación de la división en lotes de los contratos (art. 46), como medida destinada a facilitar el acceso de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) a los contratos públicos (CDO 78, 1ª pfo.). De la Directiva ha pasado al Anteproyecto, que destaca, igualmente, la división en lotes como medida específica de apoyo a las PYME (EM, V, pfo. 12), y en cuya configuración (art. 99.3 a .7) se invierte la regla general que se utiliza en el TRLCSP (86.3), de manera que, solo si no se divide, hay que justificarlo, se regula la oferta integradora y se puede limitar el número de lotes, como ha destacado la doctrina,¹⁹⁷ y es recogido igualmente por el Consejo de Estado en su Dictamen núm. 1116/2015, de 10.3.2016.¹⁹⁸

La Directiva 2014/23/UE sobre concesiones, sin embargo, no recoge expresamente ese mandato sobre la división en lotes, y es en razón de esta no inclusión que cabe interpretar el tratamiento de las concesiones en la previsión sobre la división contenida en el art. 99.3 del ALCSP (antecedentes Directiva 2014/24/UE, CDO 78.2º pfo y TRLCSP, 86.3.1ª pfo.). Ese tratamiento ha ido variando:

a) En el ALCSP/A/2015 era objeto de una inicial exclusión (art. 99.3):

«Cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento, y siempre que no se trate de un contrato de concesión de obras o de concesión de servicios, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes.

¹⁹⁷ Así, GIMENO FELIU (2015c: 50) y MORENO MOLINA (2015). Véase también la *Nota Informativa 2/2014 de la Secretaría Técnica de la JCCA GENCat* sobre la aplicación del art. 46 de la Directiva 2014/24/U, en:

http://economia.gencat.cat/web/.content/70_contractacio_jcca/documents/informes_i_altra_documentacio/NOTA-Informativa-2-2014- Art.-46-Dir-2014-24-UE .pdf

Concretamente, el Anteproyecto, al citar las medidas de apoyo a las PYMES, precisa que «se ha introducido una nueva regulación de la división en lotes de los contratos (invirtiéndose la regla general que se utilizaba hasta ahora, debiendo justificarse ahora en el expediente la no división del contrato en lotes, lo que facilitará el acceso a la contratación pública a un mayor número de empresas)» (EM, V, pfo. 12).

¹⁹⁸ El Alto órgano consultivo destaca que «la regla pasa a ser ahora, cuando el objeto del contrato admita ser fraccionado, su división en lotes. Es un cambio relevante respecto de la regulación vigente y obedece a la convicción expresada por los considerandos 77 y 78 de la Directiva 2014/24/UE» (Dictamen, p. 132). Se extiende luego sobre la regulación concreta del ALCSP, aspecto sobre el cual volveremos con ocasión del contrato de servicios, dado que sus consideraciones se formulan sobre este tipo contractual (epígrafe 5.3.3), y no sobre la concesión que se está analizando.

Cuando el órgano de contratación decida no dividir en lotes el objeto del contrato, deberá justificarlo debidamente en el expediente.

En todo caso se entenderá que son motivos válidos, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, entre otros que el órgano de contratación estime oportunos, los siguientes:

a) El hecho de que, a juicio del órgano de contratación, la división en lotes del objeto del contrato conllevara el riesgo de restringir la competencia.

b) El hecho de que, a juicio del órgano de contratación, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultaran la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes.»¹⁹⁹

b) En el ALCSP/O/2015, sin embargo, la mención se ha trasladado a la no necesidad de justificar la no división en lotes (art. 99.3):

«Cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes.

¹⁹⁹ Por cierto, que lo que no se ha recogido en la regulación del Anteproyecto es la exigencia para la división en lotes de que *constituyan una unidad funcional*, que sí contiene el ALCSP (86.3.1^o pfo). Pese a su omisión, me inclino por entenderla vigente, toda vez que esa exigencia es consustancial a los requisitos sobre que el objeto del contrato *admita fraccionamiento* y la *realización independiente de cada una de sus partes*, cuyo cumplimiento sí se requiere en el inicio del precepto del ALCSP que se acaba de transcribir.

El Alto órgano consultivo va más allá y demanda la adopción de medidas: «Entre otras posibles cautelas, considera este Consejo que debe al menos mantenerse, por no ser contraria a las determinaciones del Derecho europeo en la materia, la regla contenida en el artículo 86.3, inciso final, del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público: "Cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto"» (Dictamen núm. 1116/2015, p 134, el entrecomillado y la cursiva son suyos).

Sobre la forma de justificación contenida en la regulación transcrita, la *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* (CNMC) se muestra crítica en su Informe respecto del Anteproyecto (IPN/CNMC/010/15, de 16.7). Así, concluye que «la decisión de división (o no) en lotes y su diseño exige un análisis riguroso del mercado bajo la óptica de la salvaguarda de la competencia efectiva», y añade «que el ejercicio de discrecionalidad que supone dividir o no en lotes ha de justificarse de manera precisa, siendo insuficiente la mera referencia a uno de los argumentos formales señalados por el APL» (Informe, p 35).

Cuando el órgano de contratación decida no dividir en lotes el objeto del contrato, deberá justificarlo debidamente en el expediente, **salvo en los casos de concesión de obras o de concesión de servicios.**

En todo caso se entenderá que son motivos válidos, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, entre otros que el órgano de contratación estime oportunos, los siguientes:

a) El hecho de que, a juicio del órgano de contratación, la división en lotes del objeto del contrato conllevara el riesgo de restringir la competencia.

b) El hecho de que, a juicio del órgano de contratación, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultaran la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes.»

A mi juicio el tratamiento diferenciado obedece a la propia complejidad que suelen tener las concesiones de servicios. Esa complejidad explica un primer planteamiento sobre su exclusión de la obligación de división en lotes, que –con todo- no podía llegar a descartarla absolutamente. En el Anteproyecto de octubre de 2015 se deja en manos del órgano de contratación la decisión de dividir o no, al eximirlo de la justificación en caso de que no lo haga, lo que supone también la excepción de la regla general proclamada por el Anteproyecto y consignada en su articulado.

No creo que la segunda opción sea mejor que la primera, pues solo se mueve en el plano estrictamente formal y no fija el criterio que debiera ser el dirimente: que la división en lotes sea o no conciliable con la concesión del servicio de que se trate. Con este objetivo entiendo que lo que en el ALCSP se establece, es el nuevo criterio general de división en lotes con la consecuencia de tener que justificar la no observancia del mismo, para lo cual se ofrecen sendos criterios, cuyo segundo grupo (letra b) integra los que más se corresponden con la necesidad de explotación integral del servicio público, y en razón de lo cual se excluyen del criterio general señalado las concesiones de servicios así como las de obras, a saber (art. 99.3.b):

«El hecho de que, a juicio del órgano de contratación, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultaran la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para

la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes.»

Y, en buena lógica jurídico-administrativa, entiendo que el proceso debería ser el siguiente: efectuado ese juicio de evaluación que demanda el precepto transcrito, y en función de si el mandato general sobre la división en lotes es conciliable con la configuración concreta de la concesión de servicios, optar por la solución más conveniente para el interés público, dejando constancia de ello en el expediente.

3º) Recapitulando, pues, opino que la regulación sobre la concesión no ha de obstar a prever la división en aquellos supuestos en que la concesión de un servicio público sí mantenga la característica de prestación integral del servicio público antes aludida, y la concilie con una división en lotes en función, por ejemplo, de diferentes zonas territoriales dentro del término municipal en relación con los servicios de limpieza viaria y recogida de residuos.²⁰⁰

Una prueba de que también cabe la división en lotes en los contratos de concesión de servicios la tenemos en la propia Directiva 2014/23/UE, que al regular los *umbrales y métodos de cálculo del valor estimado de las concesiones*, contiene la siguiente determinación (art. 8.6): «*Cuando el valor acumulado de los lotes iguale o supere el umbral establecido en el presente artículo (inicialmente, 5.186.000 eur, 5.225.000, en aplicación del Reglamento delegado (UE) 2015/2172 de la Comisión de 24.11.2015), la presente Directiva se aplicará a la adjudicación de cada lote.*»

Regla esta que se corresponde con la general, según la cual cuando se proceda a la división en lotes, las *normas procedimentales y de publicidad* que deben aplicarse en la adjudicación de cada lote o prestación diferenciada se determinarán en función del

²⁰⁰ Tales son las experiencias de contraste siguientes:

a) Ayuntamiento de Barcelona: concesión de servicios; división en 4 lotes del que resultaron 4 adjudicatarios distintos; duración 8 años; véase anuncios en BOPB núm. 88, del 3.3.2008, BOE núm. 99, del 24.4.2008 y 86, del 8.4.2009.

b) Ayuntamiento de Almería: concesión de servicios; división en 2 lotes del que resultaron 2 adjudicatarios diferentes que habían concurrido a la licitación de ambos lotes; duración 10 años, con 2 prórrogas de 1 año cada una; véase anuncio en BOE núm. 200 de 21.8.2013.

valor acumulado del conjunto, calculado según lo establecido para el valor estimado en el art. 101 del ALCSLP, analizado después.²⁰¹

Otra prueba la facilita el propio Anteproyecto, en cuyo Anexo III, sobre *información que debe figurar en los anuncios*, recoge la posibilidad de lotes en relación con las concesiones de obras y de servicios (apartado B, Secciones: 1.6; 2.5; 3.4 y 5.3), reflejo, a su vez, de los anuncios previstos en la Directiva 2014/23/UE (anexos V, VII, VI y VIII, respectivamente).

En las concesiones de servicios en que resulte viable la división en lotes, entiendo que igualmente podrán incluirse las previsiones novedosas que introduce el Anteproyecto en relación con:

3^a.a) Las limitaciones previstas en el art. 99.4 del ALCSP (antecedente D 2014/24/UE, art. 46.2 y CDO 79.1^r pfo), justificándolas en el expediente.²⁰²

3^a.b) La relativa a la posibilidad de una *oferta integradora* en los términos fijados en el art. 99.5 del ALCSP (antecedentes D 2014/24/UE art. 46.3 y CDO 79.2^o pfo.).²⁰³

²⁰¹ Y es que, como ya señalara, «una vez se ha asegurado con carácter general que la división en lotes no altera las reglas de publicidad o procedimiento de adjudicación, desaparece la objeción fundamental utilizable contra la división en lotes. De hecho, al permitir que un mayor número de empresas pueda optar al contrato, esta división en lotes puede ser un mecanismo eficaz para incrementar la competencia en la adjudicación» (GALLEGO CÓRCOLES, 2013: 579).

²⁰² Tales previsiones son las siguientes: «Cuando el órgano de contratación proceda a la división en lotes del objeto del contrato, éste podrá introducir las siguientes limitaciones, justificándolas debidamente en el expediente:

a) Podrá limitar el número de lotes para los que un mismo candidato o licitador puede presentar oferta.

b) También podrá limitar el número de lotes que pueden adjudicarse a cada licitador.

Cuando el órgano de contratación considere oportuno introducir alguna de las dos limitaciones a que se refieren las letras a) y b) anteriores, así deberá indicarlo expresamente en el anuncio de licitación y en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Cuando se introduzca la limitación a que se refiere el apartado b) anterior, además deberán incluirse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares los criterios o normas que se aplicarán cuando, como consecuencia de la aplicación de los criterios de adjudicación, un licitador pueda resultar adjudicatario de un número de lotes que exceda el máximo indicado en el anuncio y en el pliego. Estos criterios o normas en todo caso deberán ser objetivos y no discriminatorios».

En tanto que restricciones a la competencia, sobre las limitaciones relativas a la presentación de ofertas y a la posibilidad de resultar adjudicatario, la CNMC formula varias advertencias en su Informe ya citado (IPN/010/15, de 16.7): «En ambos casos suponen restricciones a la libertad de establecimiento y prestación de servicios en el mercado interior. En este sentido y dado que debe primar el principio general de libertad de empresa, cualquier excepción al mismo debiera justificarse sobre la base de razones objetivas de interés público o fallos de mercado acreditados. Esta forma de actuar puede además facilitar comportamientos colusorios entre operadores y la adopción de decisiones de comportamiento estratégico» (Informe, p 35).

3ª.c) Las diferentes posibilidades sobre la formalización de contratos contenidas en el art. 99.7 del ALCSP.²⁰⁴

4.3.3.3. Prescripciones sobre los contratos mixtos.

En relación con el *objeto del contrato de concesión de servicios* se plantea la posibilidad de que se integre en un *contrato mixto*, esto es, que *contenga prestaciones correspondientes a otro u otros contratos de distinta clase* (ALCSP, 18.1, antecedente TRLCSP, 12). Respecto de la integración de prestaciones de la concesión de servicios en contratos mixtos cabe fijar los criterios siguientes:

1º) Las posibilidades son mayores atendida la *supresión del contrato de colaboración público privada* y la preeminencia de la concesión (ALCSP, EM, IV, pfo. 7º).

²⁰³ Tal posibilidad se articula en los términos siguientes: «Cuando el órgano de contratación hubiera decidido proceder a la división en lotes del objeto del contrato y, además, permitir que pueda adjudicarse más de un lote al mismo licitador, aquél podrá adjudicar a una oferta integradora, siempre y cuando se cumplan todos y cada uno de los requisitos siguientes:

a) Que esta posibilidad se hubiere establecido en el pliego que rija el contrato y se recoja en el anuncio de licitación. Dicha previsión deberá concretar la combinación o combinaciones que se admitirá, en su caso, así como la solvencia y capacidad exigida en cada una de ellas.

b) Que se trate de supuestos en que existan varios criterios de adjudicación.

c) Que previamente se lleve a cabo una evaluación comparativa para determinar si las ofertas presentadas por un licitador concreto para una combinación particular de lotes cumpliría mejor, en conjunto, los criterios de adjudicación establecidos en el pliego con respecto a dichos lotes, que las ofertas presentadas para los lotes separados de que se trate, considerados aisladamente.

d) Que los empresarios acrediten la solvencia económica, financiera y técnica correspondiente, o, en su caso, la clasificación, al conjunto de lotes por los que licite.»

La oferta integradora es analizada en el JCCA Aragón 11/2013, de 22.5, y entre los estudiados se encuentra el servicio público de transporte sanitario terrestre no urgente de pacientes; en la Directiva 24 se identifica como *evaluación comparativa de las ofertas* (CDO 79.2º pfo.)

Frente a la admisión de las ofertas integradoras, la CNMC expresa sus prevenciones aunque admite su funcionalidad: «esta solución favorece a los grandes operadores frente a los pequeños y facilita estrategias de subsidios cruzados, pudiendo tener efectos dinámicos de cierre del mercado en licitaciones sucesivas. Sin embargo, también puede aportar soluciones eficientes en circunstancias concretas. Por ello, se recomienda un análisis cuidadoso comparativo de las ganancias en eficiencia frente a los perjuicios en competencia que conllevaría» (IPN/010/15, p 35).

²⁰⁴ Las posibilidades previstas en el precepto señalado son las siguientes: «En los contratos adjudicados por lotes, y salvo que se establezca otra previsión en el pliego que rija el contrato, cada lote constituirá un contrato, salvo en casos en que se presenten ofertas integradoras, en los que todas las ofertas constituirán un contrato.»

2º) Según el Anteproyecto, «sólo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio de la entidad contratante» (ALCSP, 34.2, al cual se remite el 18.1.2º pfo., antecedente TRLCSP 25.2).

3º) El régimen jurídico de la preparación y adjudicación de los contratos mixtos, cuando contenga prestaciones de obras, suministros o servicios, por una parte, y contratos de concesiones de obras o concesiones de servicios, de otra, se determinará de acuerdo con las siguientes reglas (ALCSP, 18.1.b. y .3):

3º.a) Si las distintas prestaciones no son separables se atenderá al carácter de la prestación principal.

3º.b) Si las distintas prestaciones son separables y se decide adjudicar un contrato único, se aplicarán las normas relativas a los contratos de obras, suministros o servicios cuando el valor estimado de las prestaciones correspondientes a estos contratos supere las cuantías establecidas en los artículos 20 (5.225.000 eur), 21 (135.000 o 209.000, según adjudique la AGE o sus entes, o no) y 22 (135.000 o 209.000, en los mismos términos del anterior, o 750.000, si se trata de servicios sociales y el resto de los del anexo IV) de la presente Ley, respectivamente.²⁰⁵ En otro caso, se aplicarán las normas relativas a los contratos de concesión de obras y concesión de servicios.

3º.c) En los casos en que un elemento del contrato mixto sea una obra y ésta supere los 50.000 euros, deberá elaborarse un proyecto y tramitarse de conformidad con los artículos 229 y siguientes de la presente Ley.

3º.d) En el supuesto de que el contrato mixto contenga elementos de una concesión de obras o de una concesión de servicios, deberá acompañarse del correspondiente

²⁰⁵ En aplicación de los Reglamentos delegados 2015/2170 y 2172/UE de la Comisión de 24.11.2015, las cifras 5.225.000, 135.000 y 209.000 han sustituido, respectivamente, las inicialmente fijadas en 5.186.000, 134.000 y 207.000 eur.

Las expresiones *la presente Ley* o *esta Ley* deben entenderse referidas al Anteproyecto, y se reproducen para respetar la literalidad de los preceptos citados del ALCSP.

estudio de viabilidad y, en su caso, del anteproyecto de construcción y explotación de las obras previstos en los artículos 245, 246 y 283 de la presente Ley.

4º) Por lo que se refiere al *régimen jurídico de la adjudicación*, cuando el contrato mixto contemple *prestaciones de concesiones y otros contratos distintos de los regulados en esta ley*, las reglas a aplicar serán las siguientes (ALCSP, 18.2):

4º.a) Si las distintas prestaciones no son separables se atenderá al carácter de la prestación principal.

4º.b) Si las prestaciones son separables y se decide celebrar un único contrato, se aplicará lo dispuesto en esta Ley.²⁰⁶

5º) Por su parte, el *régimen jurídico de los efectos, cumplimiento y extinción del contrato mixto* se determinará en el PCAP, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en el mismo (ALCSP, 18.1.3^r pfo., *in fine* y 122.2.1^r pfo. *in fine*; antecedente TRLCSP, 115.2. *in fine*).

6º) Finalmente, aunque el concepto de contrato mixto, como se acaba de ver, venga referido a las prestaciones correspondientes a diferentes tipos de contratos (así, concesión de servicios y contrato de servicios o de obras, por ejemplo), no es de extrañar que el pronunciamiento sobre la procedencia del objeto en un caso concreto se traslade a las prestaciones técnicas del mismo (por ejemplo, sobre la posibilidad de que un mismo contrato incluya prestaciones de dos servicios públicos diferenciados), con la consecuencia práctica de que son utilizados para fundamentar la resolución del supuesto los mismos criterios referidos a los *contratos mixtos* (vinculación directa y relaciones de complementariedad de las prestaciones, así como consideración y tratamiento como unidad funcional, ex TRLCSP, 25.2).²⁰⁷

7ª Ninguna objeción formula el Consejo de Estado a las determinaciones recogidas en el ALCSP, limitándose a destacar como una de las «principales novedades en la

²⁰⁶ Como antecedentes de este apartado y del anterior hay que consignar la Directiva 2014/23/UE, de concesiones (art. 20 y 21).

²⁰⁷ Puede consultarse a este respecto la Resolución del TACRC núm. 149/2014, de 21.2, sobre la concesión de recogida de residuos y limpieza varia (FD 9º), que la admite, así como el Informe de la JSCA GENVAL núm. 4/2013, de 29.7, también sobre los mismos servicios públicos, al que añade las prestaciones del mantenimiento de jardines y del servicio (no público) de limpieza de instalaciones municipales, y su contratación por lotes.

delimitación de los diferentes tipos de contratos» las introducidas en la «regulación del contrato mixto», así como que «se establece el criterio general de que se regirá por las normas correspondientes al contrato que contenga la prestación principal» (Dictamen, núm. 1116/2015, p. 26 y 27, respectivamente).

4.3.4. Duración

El Anteproyecto incluye entre sus primeros preceptos la regulación del *plazo de duración de los contratos y de ejecución de la prestación* (art. 29), y lo hace en los siguientes términos:

«Artículo 29. Plazo de duración de los contratos y de ejecución de la prestación.

1. La duración de los contratos del sector público deberá establecerse teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas, sin perjuicio de las normas especiales aplicables a determinados contratos.

2. El contrato podrá prever una o varias prórrogas siempre que sus características permanezcan inalterables durante el período de duración de éstas, sin perjuicio de las modificaciones que se puedan introducir de conformidad con lo establecido en los artículos 201 a 205 de la presente Ley.

La prórroga se acordará por el órgano de contratación y será obligatoria para el empresario, siempre que su preaviso se produzca al menos con dos meses de antelación a la finalización del plazo de duración del contrato, salvo que en el pliego que rija el contrato se establezca uno mayor. Quedan exceptuados de la obligación de preaviso los contratos cuya duración fuera inferior a dos meses.

En ningún caso podrá producirse la prórroga por el consentimiento tácito de las partes. La prórroga del contrato establecida en este apartado no será obligatoria para el contratista en los casos en que en el contrato se dé la causa de resolución establecida en el artículo 196.6 por haberse demorado la Administración en el abono del precio más de seis meses.

3. Cuando se produzca demora en la ejecución de la prestación por parte del empresario, el órgano de contratación podrá conceder una ampliación del plazo de ejecución, sin perjuicio de las penalidades que en su caso procedan, resultando aplicables en el caso de los contratos administrativos lo previsto en los artículos 190 y siguientes de esta Ley.

4. Los contratos de suministros y de servicios de prestación sucesiva tendrán un plazo máximo de duración de cinco años, incluyendo las posibles prórrogas que en aplicación del apartado segundo de este artículo acuerde el órgano de contratación, respetando las condiciones y límites establecidos en las respectivas normas presupuestarias que sean aplicables al ente contratante.

Excepcionalmente, en los contratos de servicios se podrá establecer un plazo de duración superior al establecido en el párrafo anterior, cuando lo exija la amortización de las inversiones directamente relacionadas con el contrato y éstas no sean susceptibles de utilizarse en el resto de la actividad productiva del contratista o su utilización fuera antieconómica, siempre que dicha amortización sea un coste relevante en la prestación del servicio, circunstancias que deberán ser justificadas en el expediente de contratación con indicación de las inversiones a las que se refiera y

de su plazo de amortización. El concepto de coste relevante en la prestación del servicio será objeto de desarrollo reglamentario.

No obstante lo establecido en los apartados anteriores, cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación a realizar por el contratista como consecuencia de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidas en el procedimiento de adjudicación y existan razones de interés público para no interrumpir la prestación, se podrá prorrogar el contrato originario hasta que comience la ejecución del nuevo contrato y en todo caso por un periodo máximo de nueve meses, sin modificar las restantes condiciones del contrato, siempre que el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario.

5. La duración de los contratos de arrendamiento de bienes muebles no podrá exceder, incluyendo las posibles prorrogas que en aplicación del apartado segundo de este artículo acuerde el órgano de contratación, de cinco años.

6. Los contratos de concesión de obras y de servicios tendrán un plazo de duración limitado, el cual se calculará en función de las obras y de los servicios que constituyan su objeto y se hará constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares, sin que aquél, con carácter general, incluyendo las posibles prorrogas que en aplicación del apartado segundo de este artículo acuerde el órgano de contratación, se extienda, más allá de cinco años.

Si la concesión de obras o de servicios tuviera que sobrepasar el plazo señalado en el párrafo anterior, la duración máxima de la misma no podrá exceder del tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos.

Las inversiones que se tengan en cuenta a efectos del cálculo incluirán tanto las inversiones iniciales como las realizadas durante la vida de la concesión.

En cualquier caso, la duración de los contratos de concesión de obras o de servicios a la que se refiere el segundo párrafo del presente apartado, no podrá exceder, incluyendo las posibles prorrogas, de:

a) Cuarenta años para los contratos de concesión de obras, y de concesión de servicios que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio.

b) Veinticinco años en los contratos de concesión de servicios que comprendan la explotación de un servicio no relacionado con la prestación de servicios sanitarios.

c) Diez años en los contratos de concesión de servicios que comprendan la explotación de un servicio cuyo objeto consista en la prestación de servicios sanitarios siempre que no estén comprendidos en la letra a).

Los plazos fijados en los pliegos de condiciones sólo podrán ser ampliados en un 15 por ciento de su duración inicial para restablecer el equilibrio económico del contrato en las circunstancias previstas en los artículos 268 y 288.

No se tendrán en cuenta a efectos del cómputo del plazo de duración de la concesión y del establecido para la ejecución de las obras aquellos períodos en los que éstas deban suspenderse por una causa imputable a la Administración concedente o debida a fuerza mayor. Si el concesionario fuera responsable del retraso en la ejecución de las obras se estará a lo dispuesto en el régimen de penalidades contenido en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en esta Ley, sin que haya lugar a la ampliación del plazo de la concesión.

7. Los contratos menores definidos en el apartado primero del artículo 118 no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga.»

Acotándola a las determinaciones aplicables a la concesión de servicios, esa regulación presenta las siguientes características:

1ª) Con el antecedente del TRLCSP (23.1), y sin perjuicio de las normas especiales aplicables a determinados contratos, el Anteproyecto prescribe que *la duración de los contratos del sector público* deberá establecerse teniendo en cuenta *tres factores* (art. 29.1):

- la *naturaleza de las prestaciones*,
- las *características de su financiación*,
- y la *necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas*.

No es fácil la conciliación entre los factores citados. Así, el tercero obedece al mandato característico del *Derecho comunitario* de *promover la competencia* a partir de la concurrencia a las licitaciones de contratos públicos, y tiende a limitar la duración de la concesión. En el sentido inverso, los otros dos factores se hallan directamente relacionados, pues la *naturaleza de las prestaciones* se vincula con la *financiación* de las mismas en el aspecto esencial de las *inversiones necesarias*, tal como el propio precepto y la Directiva de concesiones prescriben y se analizarán después. En lograr el *equilibrio* entre tales factores radica un elemento esencial del contrato de concesión de servicios.²⁰⁸

2ª) El Anteproyecto aborda el tema de la *prórroga*, respecto de la cual se fijan los criterios siguientes:

²⁰⁸ En su Informe sobre el Anteproyecto, la *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* (CNMC) analiza la duración de los contratos, y de su valoración cabe destacar los aspectos siguientes (IPN/010/2015, de 16.7):

- a) De un lado, la fijación de las diversas consecuencias de los factores indicados: «El establecimiento de plazos excesivamente largos, aunque se encuentren dentro de los límites legales, erige barreras de entrada para nuevos operadores que ven imposibilitado su acceso al mercado durante todo el periodo de vigencia del contrato pero, por otra parte, los intervalos de tiempo demasiado reducidos pueden dificultar la amortización de las inversiones necesarias para realizar la prestación objeto del contrato, lo que puede disuadir de la presentación de ofertas y conferir así ventajas a los operadores ya instalados que no necesiten llevar a cabo dichas inversiones, y elevar los costes de gestión para los órganos de contratación» (p. 40).
- b) De otro, que para reducir ambos tipos de riesgos, se recomiendan las medidas relativas a la *necesidad de justificación* y a la *no obligatoriedad de agotar los plazos máximos de duración establecidos*, así como a las *prórrogas*, respecto de las cuales formula una prevención general: «incluso cuando se encuentren justificadas y su posibilidad esté establecida en los pliegos, solo debe recurrirse a ellas como mecanismo verdaderamente excepcional, para evitar el riesgo de que otorgamientos sucesivos de prórrogas al contratista lleven a un cierre del mercado por largos y potencialmente indefinidos periodos de tiempo» (p. 40).

2ª.a) El contrato podrá prever *una o varias prórrogas siempre que sus características permanezcan inalterables durante el período de duración de éstas* (ALCSP, 29.2, 1ª inciso que reproduce el texto del TRLCSP 23.2, 1ª inciso).

2ª.b) No obstante, se añade el inciso *sin perjuicio de las modificaciones que se puedan introducir de conformidad con lo establecido en los artículos 201 a 205 de la presente Ley* (ALCSP, 29.2, 2º inciso, que no se contiene en el TRLCSP).

La reserva hay que entenderla referida a la mención de la *inalterabilidad de las características*, que obviamente se ve afectada en los supuesto de modificación, bien que con las limitaciones que serán analizadas con ocasión del estudio de los referidos preceptos (epígrafe 4.9.5).

Es en razón de esta novedosa mención a la modificación que entiendo que hay que interpretar la omisión en el Anteproyecto del inciso, sobre *que la concurrencia para su adjudicación haya sido realizada teniendo en cuenta la duración máxima del contrato, incluidos los períodos de prórroga*, que figura en el TRLCSP (23.2, *in fine*).

2ª.c) Sobre el grado de vinculación, el Anteproyecto dispone que *la prórroga se acordará por el órgano de contratación y será obligatoria para el empresario* (debiera haber dicho contratista), *siempre que su preaviso se produzca al menos con dos meses de antelación a la finalización del plazo de duración del contrato, salvo que en el pliego que rija el contrato se establezca uno mayor* (ALCSP, 29.2.2º pfo.).

El precedente del Texto refundido recoge el acuerdo del órgano de contratación y el carácter obligatorio para el empresario, aunque admite que el contrato expresamente prevea lo contrario (art. 23.2.2º pfo.), sin fijar plazo para el preaviso.

Y, realmente, la exigencia de un mínimo de dos meses de preaviso (del que quedan exceptuados los contratos de duración inferior, *ex* ALCSP, 29.2.3ª pfo.) cabe considerarla como una garantía ponderada, razón por la cual hay que concluir que el Anteproyecto mejora la regulación, máxime al no recoger la posibilidad de excepcionar la obligatoriedad de la prórroga en el pliego que constituía una renuncia anticipada difícilmente justificable.

2ª.d) En congruencia con su previsión y el necesario acuerdo por el órgano de contratación, el Anteproyecto dispone que *en ningún caso podrá producirse la prórroga por el consentimiento tácito de las partes* (art. 29.2.2º pfo., *in fine*), reiterando los mismos términos que recoge el TRLCSP (23.2.2º pfo., *in fine*).

2ª.e) La regulación se completa con la determinación de que *«la prórroga del contrato establecida en este apartado no será obligatoria para el contratista en los casos en que en el contrato se dé la causa de resolución establecida en el artículo 196.6 por haberse demorado la Administración en el abono del precio más de seis meses»* (ALCSP, 29.2.4º pfo.).

Se trata de una previsión del todo lógica por cuanto resultaría contradictorio el carácter obligatorio de la prórroga con el ejercicio por el contratista de su derecho a la resolución del contrato (ex ALCSP, 196.6 y 209.1.e), reiterado para el concesionario, tanto el de obras como el de servicios, en los art. 277.b) y 292.b), respectivamente).

2ª.f) Señalado todo lo anterior hay que precisar que, en rigor, la *posibilidad de prórroga debe consignarse en el PCAP*, aunque esta es una exigencia que no consta con carácter general ni en el ALCSP, ni en el TRLCSP, que la refieren al contrato, como acabamos de ver. Y que debe preverse es una cuestión que se da por obvia (así, por ejemplo, al vincularla con el valor estimado del contrato ex ALCSP, 101.2.a) y TRLCSP, 88.1), aunque en el plano positivo solo se recoja, hoy por hoy, en el RGLCAP/2001, al incluir entre los datos que deben contener el PCAP *«el plazo de ejecución o de duración del contrato, con determinación, en su caso, de las prórrogas de duración que serán acordadas de forma expresa»* (art. 67.2.e).²⁰⁹

Hay que consignar que el Texto refundido sí contiene una previsión específica respecto del contrato de gestión de servicios públicos, que *«no podrá tener carácter perpetuo o indefinido, fijándose necesariamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares su duración y la de las prórrogas de que pueda ser objeto»*, en su art 278 (1ª pfo.), sin que conste esta precisión en el Anteproyecto y aunque sí otras contenidas en dicho precepto, como luego se detallará.

²⁰⁹ Y lo cierto es que el TRLCAP/2000 establecía que se incorporara en el PCAP la *«previsión del plazo de duración del contrato y, cuando estuviera prevista, de su posible prórroga y alcance de la misma, que en todo caso, habrá de ser expresa»*, en art. 67.1; precepto este cuyo contenido pasó a la LCSP/2007, repartido entre los art. 23.2 y 93, aunque con olvido de la mención a la prórroga en el pliego.

2ª.g) Vistas y analizadas las determinaciones incluidas en el Anteproyecto sobre la prórroga, lo cierto es que, tratándose de servicios públicos, se echa en falta una previsión sobre la eventualidad de la prórroga forzosa de la concesión impuesta por la Administración. Y ello con tanto más motivo cuanto que esa posibilidad de prórroga forzosa se articula para el contrato de servicios en el propio precepto del ALCSP que se analiza, y en los siguientes términos (art. 29.4.3r. pfo.):

«No obstante lo establecido en los apartados anteriores, cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación a realizar por el contratista como consecuencia de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidas en el procedimiento de adjudicación y existan razones de interés público para no interrumpir la prestación, se podrá prorrogar el contrato originario hasta que comience la ejecución del nuevo contrato y en todo caso por un periodo máximo de nueve meses, sin modificar las restantes condiciones del contrato, siempre que el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario.»

En el marco del contrato de servicios se trata ciertamente de una previsión novedosa, como se consignará también en su momento (epígrafe 5.3.4.), aunque debe recordarse que la denominada prórroga impuesta o forzosa cuenta con precedentes en nuestra legislación.²¹⁰

Analizada con detalle, la prórroga se sujeta a unos condicionamientos significativos; así:

- materiales: que al vencimiento del contrato no se hubiera formalizado el nuevo que garantice la continuidad de la prestación a realizar por el contratista como consecuencia de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el

²¹⁰ Así, el derogado Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales de 1953 establecía lo siguiente (art. 59):

«1. Los contratos referentes a servicios o suministros que tengan por objeto atender necesidades permanentes podrán ser prorrogados en su término final por la Corporación, obligatoriamente para el contratista, hasta que, realizadas dos subastas consecutivas o un concurso, según procediere, se encuentre aquélla, a falta de licitador, en las condiciones eximentes de ambas formas de contratación.

2. Esta prórroga se extenderá hasta que el nuevo contratista se haga cargo del servicio o la Corporación interesada comience a prestarlo por administración, sin que pueda exceder en ningún caso de seis meses.»

Por su parte, el ROAS/1995, entre las obligaciones del contratista de gestión de servicios públicos, consigna, entre otras, la siguiente (art. 235.a): *«Prestar el servicio con la continuidad y regularidad que haya acordado la entidad local contratante sin otras interrupciones que las que se producirían si la gestión se prestare de forma directa.* En caso de extinción normal del contrato, el contratista tendrá que prestar el servicio hasta que otro se haga cargo de su gestión». En términos análogos se pronuncia el RBASO/2002 (art. 209.1.a).

órgano de contratación producidas en el procedimiento de adjudicación y que existan razones de interés público para no interrumpir la prestación;

- formales: se podrá prorrogar el contrato originario hasta que comience la ejecución del nuevo contrato y en todo caso por un periodo máximo de nueve meses, sin modificar las restantes condiciones del contrato, siempre que el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario.

Se trata de una posibilidad que requiere, desde luego, una gestión previa diligente por parte de la Administración tramitadora, y en la que, en ningún caso, tienen cabida la falta de previsión u otras actuaciones erráticas.²¹¹

Pero si todas las consideraciones son válidas para el contrato de servicios, más lo han de ser para la concesión de servicios públicos, atendida la necesidad de garantizar los derechos de los usuarios y los principios de continuidad y regularidad de tales servicios.

Es por todo ello que esa previsión de prórroga forzosa del art. 29.4.3^f pfo. del ALCSP, y circunscrita por tanto al contrato de servicios, debería configurarse de manera autónoma (así, por ejemplo, como de un nuevo número, el 8, de dicho art. 29), atendida la generalidad de los motivos por los que se habilita (imprevisibilidad y concurrencia de razones de interés público para no interrumpir la prestación).

A falta de la inclusión de esa previsión en el precepto legal referido, las alternativas serían su incorporación al PCAP o, en su defecto, la aplicación analógica a la concesión de la determinación consignada para el contrato de servicios, atendida la identidad de razón (ex art. 4.1 del Código civil).

3^a) La regulación del *plazo de duración del contrato de concesión de servicios* –común con la de obras- que recoge el Anteproyecto se articula a partir de varios criterios, incluidos en el art. 29.6, y cuyos antecedentes vienen constituidos por la Directiva

²¹¹ Un caso que estimo materialmente subsumible en los términos de la prórroga sería el de la declaración de una licitación como desierta como consecuencia de que no exista ninguna oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuren en el pliego (ex ALCSP, 148.3.2^o pfo.), y siempre sobre la base del cumplimiento de los demás requisitos exigidos.

2014/23/UE (CDO 52 y art. 18) y el TRLCSP (277). Sobre los referidos anteriormente pueden formularse las consideraciones siguientes:

3^a.a) Los contratos de concesión de servicios tendrán un *plazo de duración limitado, sin que, con carácter general, e incluyendo las posibles prórrogas que acuerde el órgano de contratación* (al amparo del apartado 2 del propio art. 29, antes comentado), *se extienda más allá de 5 años* (ALCSP, 29.6.1^ª pfo.):

3^a.b) El plazo *se calculará en función de los servicios y, en su caso, de las obras que constituyan su objeto y se hará constar en el PCAP* (ALCSP, 29.6.1^ª pfo.).

3^o.c) No obstante, *si la concesión de servicios tuviera que sobrepasar el plazo de 5 años*, se considerarán las siguientes reglas (ALCSP, 29.6.2^o y 3^ª pfo.):

- la duración máxima no podrá exceder del tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de los servicios y las obras, en su caso;
- junto con un rendimiento sobre el capital invertido;
- teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos;
- y bien entendido que las inversiones a efectos de cálculo incluirán tanto las iniciales como las realizadas durante la vida de la concesión.

Las reglas que recoge el precepto citado son reproducción de las contenidas en el art. 18 de la Directiva de concesiones, bien que para aquilatar los múltiples factores que concurren, y establecer la duración adecuada de una concesión, resultan también útiles las consideraciones que ésta efectúa en su CDO 52.²¹²

A este respecto se ha señalado que el plazo ordinario de las concesiones es de 5 años y si se quiere sobrepasarlo habrá que motivarlo y justificarlo en la necesidad del

²¹² Además de las reglas reproducidas se añaden las siguientes precisiones:

«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.»

retorno las inversiones realizadas, así como que el plazo fijado no rompa la equivalencia retributiva de la prestación, porque de romperse se trataría de una ayuda de Estado ilegal, incompatible con el art. 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.²¹³

3ª.d) En cualquier caso, la *duración de las concesiones de servicios* no podrá exceder, incluyendo las posibles prórrogas, de (ALCSP, 29.6.4º pfo.):

²¹³ Enfatizan la necesidad de justificar una duración superior a 5 años, LAVILLA RUBIRA (2014) y GIMENO FELIU (2014b: 141-155 y 2015c), que añade un ejemplo ilustrativo: en una concesión que valga 100, donde la TIR (tasa interna de rentabilidad o retorno) es de 10, el plazo de la concesión es de 10 años; no 20, porque esos 10 años de más es ayuda de Estado ilegal, y además que las otras empresas del sector pueden reclamar que se abra a nueva licitación, toda vez que al estar ya amortizadas las inversiones se puede formular una oferta mejor (2015c).

Por TIR cabe entender lo siguiente (ITURRIOZ DEL CAMPO, 2015): «La Tasa Interna de Retorno o de Rentabilidad (TIR) es un método de valoración de inversiones que mide la rentabilidad de los cobros y los pagos actualizados, generados por una inversión, en términos relativos, es decir en porcentaje. Analíticamente se calcula despejando el tipo de descuento (r) que iguala el VAN a cero.

$$-A + \frac{Q_1}{(1+r)} + \frac{Q_2}{(1+r)^2} + \dots + \frac{Q_n}{(1+r)^n} = 0$$

Siendo:

- r = la tasa de retorno o TIR que en este caso es la incógnita.

- A = desembolso inicial.

- Q1, Q2.....Qn = flujos netos de caja de cada período.»

La Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía, en su Informe 2/2013, de 3.10, analiza la consulta formulada por el Ayuntamiento de Torrox, sobre una concesión de obra pública para construcción y explotación de un aparcamiento subterráneo, y respecto de la cual concluye que «acaecidas las causas que motivan la revisión del contrato de concesión de obras públicas para el restablecimiento del equilibrio económico al no haberse alcanzado la tasa de rendimiento prevista en el Plan económico-financiero incluido en la proposición, procede la revisión en los términos contenidos en el citado Plan mediante la ampliación del plazo concesional».

Según consta en el referido Informe, «en el plan económico financiero presentado por el concesionario, se contenía la cláusula literal siguiente:

Cuando la rentabilidad de la concesión no alcance una TIR (Tasa interna de rentabilidad) = al 8,51% o la supere en el 10% del TIR, será necesario restablecer el equilibrio económico de la concesión.

- Si no se alcanza una TIR 8,51% se solicitará al Ayuntamiento una prórroga en el plazo de la concesión según lo previsto en la cláusula 3 del Pliego de Condiciones económico-administrativas que textualmente dice: “Excepcionalmente se admitiría una prórroga de hasta 20 años más, siempre que venga motivada por la necesidad del restablecimiento del equilibrio económico del contrato en los casos y términos previstos en el Pliego.”
- Si la TIR es superior al 9,47% se propondrá un canon o mejoras equivalentes relacionadas con el objeto de la concesión a favor del Ayuntamiento, por el importe que devuelva la concesión a los límites de equilibrio económico-financiero establecidas en su estudio de viabilidad.»

El art. 107.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea prescribe que «salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones».

- 40 años si comprenden la ejecución de obras, además de la explotación del servicio.
- 25 años si se trata de la explotación de un servicio no relacionado con la prestación de servicios sanitarios.
- 10 años si comprende la explotación de un servicio sanitario.

Se reitera que tales plazos tienen el carácter de máximos, pero que no son de libre disposición, toda vez que, como ya se ha apuntado, si exceden del ordinario de 5 años hay que motivarlo y justificarlo en la necesidad de amortizar las inversiones realizadas en la concesión y obtener un beneficio sobre el capital invertido en condiciones normales de explotación, teniendo en cuenta los objetivos contractuales específicos que haya asumido el concesionario (Directiva 2014/23/UE, CDO. 52).²¹⁴

3ª.e) Sin superar los máximos detallados en el apartado anterior, los plazos fijados en los PCAP sólo podrán ser ampliados en un 15% de su duración inicial para restablecer el equilibrio económico del contrato de concesión de servicios en las circunstancias previstas en el art. 288 (ALCSP, 29.6, penúltimo párrafo), objeto de análisis posterior (epígrafe 4.9.6).²¹⁵

²¹⁴ En su Informe sobre el Anteproyecto, la CNMC se pronuncia en relación con la concesión sobre los aspectos señalados, en el sentido de que «se valora positivamente la vinculación de la duración de los contratos de concesión al plazo de recuperación (90), entendido como el plazo estrictamente necesario para la amortización de las inversiones y la obtención de un beneficio razonable fijado de antemano. La teoría económica (91) prescribe concesiones de duración limitada que sean objeto de licitación periódicamente.

90. A este respecto, se entiende que la duración vendría fijada por la aplicación de una fórmula basada en las fórmulas tradicionales de “pay back” mediante flujos de caja actualizados, siendo éstos los cobros y pagos derivados de la concesión. Especial importancia adquiere el concepto de “rentabilidad razonable” que va a resultar determinante en el cálculo de dicho plazo de recuperación, puesto que se toma como tasa de descuento. Se trata de un concepto jurídico indeterminado, respecto del cual se han adoptado distintas soluciones: De acuerdo con la teoría económica, debería quizá considerarse como rentabilidad razonable la rentabilidad requerida por los fondos propios y ajenos utilizados para financiar las inversiones (rentabilidad media del capital). La normativa nacional suele tomar como rentabilidad razonable un parámetro más objetivo y estándar, normalmente la rentabilidad del bono a diez años más un *spread* (diferencial) de entre 200 y 300 puntos básicos.

En este sentido, cabe citar el PRD de Desindexación, que define en este sentido el plazo de recuperación en su art. 10.

91. De acuerdo con la Teoría de la licitación periódica de las concesiones sobre monopolios naturales de Chadwick y Demsetz ("*Competition and regulation*", *Journal of Law and Economics*, 1976, vol 19, *issue* 1, p 149-62), la duración de las concesiones debe ser suficientemente reducida y éstas deban re-licitarse periódicamente. Esto permite la competencia por el mercado como modo de reducir el poder de mercado de los concesionarios y mejorar en lo posible el poder de negociación del órgano de contratación. La competencia por el mercado, como sustituto imperfecto de la competencia en el mercado ayuda a que los precios, aunque temporalmente haya un único oferente, se acerquen a los que existirían con mayor nivel de competencia» (IPN/010/15, de 16.7, p 42 y 43).

²¹⁵ Hay que avanzar que la CNMC, en su informe sobre el Anteproyecto, es crítica respecto de esta previsión:

3^a.f) Finalmente se establecen dos reglas más (ALCSP, 29. 6, *in fine*). En primer término, que no se tendrán en cuenta a efectos del cómputo del plazo de duración de la concesión y del establecido para la ejecución de las obras aquellos períodos en los que éstas deban suspenderse por una causa imputable a la Administración concedente o debida a fuerza mayor. En segundo y de manera inversa, que si el concesionario fuera responsable del retraso en la ejecución de las obras se estará a lo dispuesto en el régimen de penalidades contenido en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en esta Ley, sin que haya lugar a la ampliación del plazo de la concesión.²¹⁶

4^a En su Dictamen núm. 1116/2015, de 10.3.2016, el Consejo de Estado formula dos observaciones, una de carácter formal y otra sobre la limitación establecida respecto de la duración.

4^a.a) Respecto de la primera, señala que «en un plano meramente formal, en el primer párrafo deberían mencionarse "los contratos de concesión de obras y de *concesión de servicios*", pues el precepto se refiere únicamente a los contratos de concesión y para evitar una eventual confusión respecto a su aplicación a los contratos de servicios (de forma correcta, algunos párrafos posteriores, como el segundo que se ha reproducido, se refieren a las "concesiones de obras o de servicios").

Y en la última frase de ese párrafo primero debiera decirse "... se extienda más allá de cinco años" (sin coma) » (Dictamen, p. 86, los entrecomillados y la cursiva son suyos).

4^a.b) Con mayor trascendencia, se pronuncia luego señalando el Consejo de Estado que «el artículo 29.6 regula la duración de las concesiones de obras o servicios, cuestión a la que se dedica el artículo 18 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento

«No cabe sino valorar negativamente esta posibilidad de prórroga, vinculada al equilibrio económico del contrato, como una disfunción que ya existía en la normativa vigente y que el APL no corrige, puesto que el uso de prórrogas debería limitarse a supuestos verdaderamente excepcionales y vinculados al riesgo de cesación del servicio, como se ha indicado con carácter general» (IPN/010/15, de 16.7, p 43).

²¹⁶ En el ALCSP/A/2015 estas dos reglas se incluían en el art. 252, sobre el *principio de riesgo y ventura en la ejecución de las obras* por parte del concesionario, siguiendo así la previsión que se contiene en el TRLCSP (242.2). De correcta cabe calificar la reubicación en tanto que se trata de dos determinaciones sobre el cómputo del plazo de duración de las obras en una concesión, que vienen a añadirse a las que acoge este art. 29.6 del ALCSP/O/2015.

Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión. Este precepto contiene las siguientes reglas:

"1. Las concesiones serán de duración limitada. El poder o entidad adjudicador calculará la duración en función de las obras o los servicios solicitados.

2. Para las concesiones que duran más de cinco años, la duración máxima de la concesión no podrá exceder el tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos.

Las inversiones que se tengan en cuenta a efectos del cálculo incluirán tanto las inversiones iniciales como las realizadas durante la vida de la concesión".

Con ocasión de la tramitación del expediente se ha criticado que el artículo 29.6 del anteproyecto, primer párrafo, limite la duración de las concesiones de obras o servicios de forma más bien imprecisa (sin que tal duración se extienda, incluyendo las prórrogas y "con carácter general", más allá de cinco años).²¹⁷

Debería suprimirse esta limitación que no está prevista en la Directiva, haciendo únicamente referencia a las reglas del párrafo segundo para el caso de que la concesión de obras o de servicios supere el mencionado plazo de cinco años» (Dictamen, p. 86 y 87, los entrecomillados y las cursivas son suyos).

Ciertamente, no figura en la Directiva una regla general expresa, aunque *a contrario sensu* pueda deducirse al referirse a los criterios para la fijación de una duración superior a cinco años.

En mi opinión, lo que es imprescindible es que en el estudio de viabilidad y la memoria se aborde de manera exhaustiva y rigurosa el cálculo del plazo de duración de la concesión del servicio público, a partir del análisis de los diferentes factores que inciden en la ecuación económico-financiera de la misma, y con vistas a la formulación de un juicio de razonabilidad relativo a la recuperación de las inversiones realizadas,

²¹⁷ No se precisa en el Dictamen a qué persona, física o jurídica, se debe esa crítica, aunque cabe conjeturar que responda al lógico interés empresarial por articular unos períodos más largos de las concesiones con vistas a obtener un mayor rendimiento económico de su explotación; la relación de los escritos de alegaciones presentados al ALCSP durante el trámite de información pública se recoge en las páginas 33 a 35 del Dictamen 1116/2015.

junto con un rendimiento del capital invertido y teniendo en cuenta los objetivos contractuales específicos, y todo ello, naturalmente, sobre la base de la transferencia esencial o sustancial del riesgo operacional al concesionario.²¹⁸

4.3.5 Valoración económica de la concesión

4.3.5.1 Introducción

En la dimensión económica de la licitación y adjudicación de la concesiones el concepto a utilizar es el valor de la misma. Esa *valoración económica* es lo que diferencia a la *concesión* de otros contratos como el de obras o el de suministros, en los cuales es determinante el concepto de *presupuesto base de licitación*, mientras que en aquellas no tiene casi virtualidad.

La explicación radica en la propia definición que facilita el ALCSP: «*por presupuesto base de licitación se entenderá el límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de contratación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido salvo disposición en contrario*» (ALCSP, 100.1).

En las concesiones de servicios, sin embargo, y como ya se ha destacada al analizar su concepto, lo relevante es el derecho de explotación, que se traduce en la percepción de tarifas o, eventualmente, en dicho derecho acompañado del de percibir un precio (ALCSP, 15.1). Por tanto, sólo en el supuesto de que la Administración satisfaga ese precio entrará en juego ese *límite máximo de gasto* al que se refiere el presupuesto base de licitación.

²¹⁸ Sobre el riesgo operacional y la necesidad de que la transferencia del mismo al contractista sea *esencial* o *sustancial* para que pueda hablarse de concesión, véase el epígrafe 4.2.1. Recuérdese a este respecto que el calificativo de *sustancial* figuraba en la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión* [COM (2011) 897 final, 2011/0437, 20.12.2011, CDO 7 y art. 2.2], aunque finalmente no aparece en los correlativos del texto finalmente aprobado (Directiva 2014/23/UE, CDO 18 y art. 5.1, in fine, respectivamente). Sobre la noción de *riesgo operacional sustancial*, véase LAZO VITORIA (2014: 45-46).

Formuladas las consideraciones jurídico-formales anteriores, puede completarse esa visión teórica con la empírica que refleja la relación de *experiencias de contraste* de ayuntamientos y otras entidades locales que se presenta (epígrafes 9.2 y 9.3, respectivamente), entre cuyos aspectos seleccionados se encuentran los relativos a la *duración del contrato* y sus posibles *prórrogas*. Respecto de estas manifestaciones de la realidad diversa del subsistema local español, y a tenor de las determinaciones analizadas en relación con la regulación del ALCSP, se concluye la necesidad de redimensionar la duración de las concesiones y sus prórrogas, así como de insistir en el requerimiento legal sobre la justificación de las mismas.

Precisado lo anterior, el Anteproyecto reserva un precepto específico para lo que denomina *prestaciones económicas* de la concesión de servicios (art. 287), en el que se fijan determinaciones sobre la retribución del concesionario y las tarifas, y que será objeto de análisis posterior (epígrafe 4.8).

Sin perjuicio de ello, y en esta parte introductoria, es oportuno recoger las prescripciones generales sobre el precio y el valor estimado del contrato que resulten aplicables a las concesiones de servicios, atendida su incidencia en la fase de aprobación del expediente y licitación del contrato. El Anteproyecto prevé la regulación en el orden siguiente: presupuesto base de licitación (art. 100), valor estimado del contrato (art. 101) y precio (art. 102). Respecto de esta secuencia de preceptos, hay que consignar que el Consejo de Estado asevera que «siguiendo un orden conceptual y de importancia, debiera regularse primero el precio, después el valor estimado del contrato (con la transposición de las detalladas normas sobre el mismo de los artículos 5 de la Directiva de contratación y 8 de la Directiva de concesión) y finalmente el presupuesto base de licitación o límite máximo de gasto» (Dictamen núm. 1116/2015, p 134).

4.3.5.2 Determinaciones generales aplicables en relación con el precio

En el supuesto de que en la concesión la contrapartida venga constituida por el *derecho a explotar los servicios* que sean objeto de la misma, *acompañado del de percibir un precio*, se sujetará a las determinaciones generales que se detallarán, adaptadas al contrato que se analiza (ALCSP, 102, antecedente TRLCSP, 87):

1ª) El contrato de concesión tendrá un precio cierto, que se abonará al contratista en función de la prestación realmente ejecutada y de acuerdo con lo pactado. En el precio se entenderá incluido el importe a abonar en concepto de Impuesto sobre el Valor Añadido, que en todo caso se indicará como partida independiente (ALCSP, 102.1).

2ª.) Con carácter general el precio deberá expresarse en euros, sin perjuicio de que su pago pueda hacerse mediante la entrega de otras contraprestaciones en los casos en que ésta u otras Leyes así lo prevean.

No obstante lo anterior, en los contratos podrá preverse que la totalidad o parte del precio sea satisfecho en moneda distinta del euro. En este supuesto se expresará en la correspondiente divisa el importe que deba satisfacerse en esa moneda, y se incluirá una estimación en euros del importe total del contrato (ALCSP, 102.2).

3ª.) Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados (ALCSP, 102.3).²¹⁹

4ª.) El precio del contrato podrá formularse tanto en términos de precios unitarios referidos a los distintos componentes de la prestación o a las unidades de la misma que se entreguen o ejecuten, como en términos de precios aplicables a tanto alzado a la totalidad o a parte de las prestaciones del contrato (ALCSP, 102.4).

5ª) Los precios fijados en los contratos de concesión de servicios podrán ser revisados cuando deban ser ajustados, al alza o a la baja, para tener en cuenta las variaciones económicas que acaezcan durante la ejecución del contrato, en los términos previstos en los art. 103 a 105 del Anteproyecto (art. 102. 5), objeto de análisis posterior (epígrafe 4.8.5.).

6ª) Los contratos de concesión de servicios, cuando su objeto lo permita, podrán incluir cláusulas de variación de precios en función del cumplimiento o incumplimiento de determinados objetivos de plazos o de rendimiento, debiendo establecerse con precisión los supuestos en que se producirán estas variaciones y las reglas para su determinación, de manera que el precio sea determinable en todo caso (ALCSP, 102.6).²²⁰

²¹⁹ Sobre el *principio de adecuación del precio de mercado*, véase el completo análisis que desarrolla GALLEGU CÓRDOLES (2013: 589-592), que incluye el estudio de la tramitación de la LCSP/2007 y la valoración del precepto en el TRLCSP (87,1, 2º pfo.), con cita de las Resoluciones del TACRC de 28.9.2011 (rec. 193/201) y 30.11.2012 (rec. 261/2012), y del Acuerdo TACPA núm. 10/2011, de 6.7, que se pronuncian sobre diversas cuestiones planteadas en relación con la observancia de dicho principio.

²²⁰ Sobre las posibilidades de estas cláusulas, véase el IJCCA AGE núm. 59/2011, de 1.3.2012, que admite que el precio se fije en todo o en parte en un porcentaje sobre la diferencia entre el consumo de energía antes y después de la implantación de un proyecto, así como el comentario al respecto de ORTEGA MONTORO (2013: VII).

7ª) Se prohíbe el pago aplazado del precio en los contratos de concesión de servicios (ALCSP, 102. 8).

8ª) El Anteproyecto recoge, en su Anexo III sobre *información que debe figurar en los anuncios*, menciones al precio en las concesiones (apartado B, Secciones: 2.11; 4.5 y 5.6), reflejo, a su vez, de los anuncios previstos en la Directiva 2014/23/UE (anexos VII, XI y VIII, respectivamente).

4.3.5.3 Prescripciones relativas al valor estimado de las concesiones

El TRLCSP/2011 regula ampliamente el *cálculo del valor estimado de los contratos* (art. 88), aunque sin incorporar regla alguna referida al contrato de gestión de servicios públicos, y con una sola mención a la *concesión de obras públicas*, compartida con el contrato de obras y no muy precisa.²²¹

En contraste con ello, el Anteproyecto sí regula con detalle las reglas aplicables a las concesiones (art. 101), reflejo, a su vez, del tratamiento común de las de obras y de servicios en la Directiva 2014/23/UE (CDO 23 y art. 8).

Precisado estos antecedentes, las prescripciones relativas al cálculo del valor estimado de las concesiones son las siguientes:

1ª) El órgano de contratación tomará el volumen total de negocios, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido, que según sus estimaciones, generará la empresa concesionaria durante la ejecución del mismo como contraprestación por las obras y los servicios objeto del contrato, así como de los suministros relacionados con estas obras y servicios (ALCSP, 101.1.b y DC 23, CDO. 23 y art. 8.2).

Sobre la declaración de nulidad en el supuesto de que no se recojan en el PCAP, *con precisión, los supuestos en que se produzcan las variaciones de precios y las reglas para su determinación*, véase el Acuerdo del TACPCMadrid núm. 22/2012, de 29.12.

²²¹ Concretamente, dispone lo siguiente (TRLCSP, 88.7):

«En los contratos de obras y de concesión de obra pública, el cálculo del valor estimado debe tener en cuenta el importe de las mismas así como el valor total estimado de los suministros necesarios para su ejecución que hayan sido puestos a disposición del contratista por el órgano de contratación.»

2ª) En el cálculo del valor estimado deberán tenerse en cuenta (ALCSP, 101.2 y DC 23, 8.3):

2ª a) Cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato.

2ª b) Cuando se haya previsto abonar primas o efectuar pagos a los candidatos o licitadores, la cuantía de los mismos.

2ª c) En el caso de que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 202, se haya previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el anuncio de licitación la posibilidad de que el contrato sea modificado, se considerará valor estimado del contrato el importe máximo que éste pueda alcanzar, teniendo en cuenta la totalidad de las modificaciones al alza previstas.²²²

3ª) Adicionalmente a lo previsto en el apartado anterior, en el cálculo del valor estimado se tendrán en cuenta, cuando proceda, los siguientes conceptos (ALCSP, 101.3 y DC 23, 8.3):

3ª. a) La renta procedente del pago de tasas y multas por los usuarios de las obras o servicios, distintas de las recaudadas en nombre del poder adjudicador.

3ª. b) Los pagos o ventajas financieras, cualquiera que sea su forma, concedidos al concesionario por el poder adjudicador o por cualquier otra autoridad pública, incluida la compensación por el cumplimiento de una obligación de servicio público y subvenciones a la inversión pública.

3ª. c) El valor de los subsidios o ventajas financieras, cualquiera que sea su forma, procedentes de terceros a cambio de la ejecución de la concesión.

3ª. d) El precio de la venta de cualquier activo que forme parte de la concesión.

3ª. e) El valor de todos los suministros y servicios que el poder adjudicador ponga a disposición del concesionario, siempre que sean necesarios para la ejecución de las obras o la prestación de servicios.

4ª) La elección del método para calcular el valor estimado no podrá efectuarse con la intención de sustraer el contrato a la aplicación de las normas de adjudicación que correspondan (ALCSP, 101.4 y DC 23, 8.4).

²²² La mención a la previsión *en el anuncio de licitación* es errónea, pues sólo se admite en el PCAP; un *lapsus* al trasladar el texto del TRLCSP que sí permitía la advertencia en el anuncio (art. 88.1.3^r pfo. en relación con el 106.1^r pfo.).

5ª) El método de cálculo aplicado por el órgano de contratación para calcular el valor estimado en todo caso deberá figurar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares (ALCSP, 101.5 y DC 23, 8.3).

6ª) La estimación deberá hacerse teniendo en cuenta los precios habituales en el mercado, y estar referida al momento del envío del anuncio de licitación o, en caso de que no se requiera un anuncio de este tipo, al momento en que el órgano de contratación inicie el procedimiento de adjudicación de la concesión (ALCSP, 101. 7 y DC 23, 8.2, 2º pfo., que respecto de esta última posibilidad indica, como ejemplo del momento de inicio, el de entrar en contacto con los operadores económicos en relación con las concesiones).

7ª) Cuando una obra o un servicio propuestos puedan derivar en la adjudicación simultánea de contratos de concesión de obras o de concesión de servicios por lotes separados, deberá tenerse en cuenta el valor global estimado de todos los lotes (ALCSP, 101. 12, 2º pfo. y DC 23, 8.5).

8ª) Cuando el valor acumulado de los lotes iguale o supere el umbral establecido (inicialmente, 5.186.000 eur, 5.225.000, en aplicación del Reglamento delegado 2015/2172/UE de la Comisión de 24.11.2015), las normas procedimentales y de publicidad se aplicarán a la adjudicación de cada lote o prestación diferenciada (ALCSP, 99. 6 y DC 23, 8. 6).

Como resulta de las consideraciones anteriores, para calcular el *valor estimado de la concesión* lo determinante es fijar el *volumen total de negocios*, a partir de la suma de todos los factores que inciden, directa o indirectamente, en la economía del contrato.²²³

El Anteproyecto recoge también, en su Anexo III sobre *información que debe figurar en los anuncios*, referencias al valor de la concesión (apartado B, Secciones: 1.4; 2.16 y 2.11; 3.6; 4.5 y 5.6), correlativas, a las de los anuncios previstos en la Directiva 2014/23/UE (anexos V, VII, VI, XI y VIII respectivamente).

9ª) Sobre los aspectos regulados en el ALCSP cabe formular dos añadidos:

²²³ Respecto de la cuestión es muy relevante la STJCE de 18.1.2007 (c-220/2005, RJ 2007 16), que emplea la expresión *valor global del contrato*, con mención a los ingresos que proceden de la entidad adjudicadora y de terceros (FJ 53 a 57 y apartado 2º de la parte dispositiva). Véase sobre la sentencia el comentario de GALLEGO CÓRCOLES (2013: 606-607).

9ª. a) De un lado, la determinación contenida en la Directiva 23, según la cual, a los efectos de la aplicación de la misma a las concesiones de un valor igual o superior a 5 225 000 EUR, «*si el valor de la concesión en el momento de la adjudicación supera en más de un 20 % su valor estimado, la estimación válida será el valor de la concesión en el momento de la adjudicación*» (art.8. 2. 3r. pfo.).

9ª. b) De otro, que para determinar el valor estimado de la concesión, además de considerar el de todos los *suministros y Servicios que sean necesarios para la prestación de Servicios* (ALCSP, 101.3. f, D 23, 8.3.f), debe incluirse también -en congruencia con la regla del volumen total de negocios del VEC- el de las *obras* que los poderes o entidades adjudicadores pongan a disposición del concesionario y resulten precisas, supuesto que desde luego se da siempre que constituyan el inmueble donde se desarrolla tal prestación.²²⁴

4.4. Pliegos y anteproyecto de obra y explotación (art. 283).

Tomando como referente la regulación del CGSP en el art. 133, núm. 1 y 2, del TRLCSP, el Anteproyecto dispone:

«Artículo 283. Pliegos y anteproyecto de obra y explotación

1. De acuerdo con las normas reguladoras del servicio, los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas fijarán las condiciones de prestación del servicio y, en su caso, fijarán las tarifas que hubieren de abonar los usuarios, los procedimientos para su revisión, y el canon o participación que hubiera de satisfacerse a la Administración. En cuanto a la revisión de tarifas, los pliegos de cláusulas administrativas deberán ajustarse a lo previsto en el Capítulo II del Título III del Libro I.

2. En los contratos de concesión de servicios la tramitación del expediente irá precedida de la realización y aprobación de un estudio de viabilidad de las mismas, o en su caso, de un estudio de viabilidad económico-financiera, que no tendrán carácter vinculante. En los casos en que los contratos de concesión de servicios comprendan la ejecución de obras, la tramitación de aquél irá precedida, además, de la elaboración y aprobación administrativa del anteproyecto de construcción y explotación de las obras que resulten precisas, con especificación de las prescripciones técnicas relativas a su realización; así como, en su caso, de la redacción, supervisión, aprobación y replanteo del correspondiente proyecto de las obras.

En los supuestos en que para la viabilidad de la concesión se contemplen ayudas a la construcción o explotación de la misma, el estudio de viabilidad se pronunciará sobre la existencia de una posible ayuda de Estado y la compatibilidad de la misma con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.»

²²⁴ Es esta una de las determinaciones que incorpora el Decreto ley 3/2016, de 31.5, de medidas urgentes en materia de contratación pública de Cataluña (3.2.6º pfo.), objeto de análisis en el epígrafe 7.6.

Sobre el precepto transcrito cabe formular las siguientes consideraciones:

A) El primer apartado del art. 283 del Anteproyecto reproduce el 133.1 de Texto refundido, sobre los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas particulares (PCAP y PPTP, respectivamente), pero se limita a sendas menciones sobre los mismos, sin recoger su contenido. Atendida la especial relevancia jurídico-administrativa de los PCAP, y en aplicación de la regla de supletoriedad de la concesión de obras (ex ALCSP, art. 295), los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de concesión de servicios deberán hacer referencia, al menos, a los siguientes aspectos:²²⁵

a) Definición del objeto del contrato, con referencia a las prestaciones en que consista el servicio y, en su caso, al anteproyecto o proyecto de obras de que se trate y mención expresa de los documentos de éste que revistan carácter contractual. En su caso determinación de la zona complementaria de explotación comercial.

b) Requisitos de capacidad y solvencia financiera, económica y técnica que sean exigibles a los licitadores.

c) Contenido de las proposiciones, que deberán hacer referencia, al menos, a los siguientes extremos:

1º Relación de promotores de la futura sociedad concesionaria, en el supuesto de que estuviera prevista su constitución, y características de la misma tanto jurídicas como financieras.

2º En su caso, plan de realización de las obras con indicación de las fechas previstas para su inicio, terminación y apertura al uso al que se destinen.

3º Plazo de duración de la concesión vinculado al sistema de financiación de la concesión.

4º Plan económico-financiero de la concesión que incluirá, entre los aspectos que le son propios, el sistema de tarifas, la inversión y los costes de explotación, la tasa interna de rentabilidad o retorno estimada, y las obligaciones de pago y gastos financieros, directos o indirectos, estimados. Deberá ser objeto de consideración específica la incidencia en las tarifas, así como en las previsiones de amortización, en el plazo concesional y en otras variables de la concesión previstas en el pliego, en su

²²⁵ Se formula una propuesta de PCAP de la concesión de servicios tomando como referencia el contenido de los pliegos previsto para la concesión de obras en el art. 248 del ALCSP.

caso, de los rendimientos de la demanda de utilización de los servicios y, en su caso, de las obras y, cuando exista, de los beneficios derivados de la explotación de la zona comercial, cuando no alcancen o cuando superen los niveles mínimo y máximo, respectivamente, que se consideren en la oferta. En cualquier caso, si los rendimientos de la zona comercial no superan el umbral mínimo fijado en el pliego de cláusulas administrativas, dichos rendimientos no podrán considerarse a los efectos de la revisión de los elementos señalados anteriormente.

5º En los casos de financiación mixta del servicio o, en su caso, de la obra, propuesta del porcentaje de financiación con cargo a recursos públicos, por debajo de los establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

6º Compromiso de que la sociedad concesionaria adoptará el modelo de contabilidad que establezca el pliego, de conformidad con la normativa aplicable, incluido el que pudiera corresponder a la gestión de las zonas complementarias de explotación comercial, sin perjuicio de que los rendimientos de éstas se integren a todos los efectos en los de la concesión.

7º En los términos y con el alcance que se fije en el pliego, los licitadores podrán introducir las mejoras que consideren convenientes, y que podrán referirse a características del servicio o, en su caso, a las estructurales de la obra, a su régimen de explotación, a las medidas tendentes a evitar los daños al medio ambiente y los recursos naturales, o a mejoras sustanciales, pero no a su ubicación.

d) Sistema de retribución del concesionario en el que se incluirán las opciones posibles sobre las que deberá versar la oferta, así como, en su caso, las fórmulas de actualización de costes durante la explotación del servicio, con referencia obligada a su repercusión en las correspondientes tarifas en función del objeto de la concesión. *En todo caso, la revisión del sistema de retribución del concesionario contenida en los pliegos, deberá ajustarse a lo previsto en el Capítulo II del Título III de esta Ley.*²²⁶

e) El umbral mínimo de beneficios derivados de la explotación de la zona comercial por debajo del cual no podrá incidirse en los elementos económicos de la concesión, quedando el mismo a riesgo del concesionario.

f) Cuantía y forma de las garantías.

²²⁶ Pese a que el art. 248 del ALCSP no lo contemple para la concesión de obras, hay que añadir el inciso transcrito e incorporado por la L 2/2015, de desindexación de la economía (DF3ª.4), al correlativo art. 131.1.d) del TRLCSP.

- g) Características especiales, en su caso, de la sociedad concesionaria.
- h) En su caso, plazo para la elaboración del proyecto de obras y plazo para la ejecución de las mismas.
- i) Derechos y obligaciones específicas de las partes durante la fase de ejecución de las obras, en su caso, y durante la explotación del servicio objeto de concesión.
- j) Régimen de penalidades y supuestos que puedan dar lugar al secuestro o intervención de la concesión.²²⁷
- k) Lugar, fecha y plazo para la presentación de ofertas.

Sobre el art. 283.1 del Anteproyecto hay que añadir que, como consecuencia de su inclusión en el texto de octubre de 2015, se recoge el inciso final incorporado al TRLCSP por la L 2/2015, de desindexación de la economía española, que dispone que «*en cuanto a la revisión de tarifas, los pliegos de cláusulas administrativas deberán ajustarse a lo previsto en el Capítulo II del Título III de esta Ley*» (TRLCSP, 133.1 *in fine*). Adaptándolo al ALCSP la remisión se efectúa también al *Capítulo II del Título III*, pero del *Libro I* (art. 103 a 105).

B) En el primer inciso del primer apartado del art. 283.2 del ALCSP, la novedad consiste en incorporar, de la concesión de obras, la figura del *estudio de viabilidad* y su variante, más simplificada, del *estudio de viabilidad económico-financiera* que hay que entender referidas a *los servicios*, aunque la mención a éstos se elida (agravada, además, con una falta de concordancia con el género de los mismos, al inicio del núm. 2 del art. 283). Para la concesión de obras, esa figura y su variante se regulan en el art. 245 del Anteproyecto. Aplicando supletoriamente este precepto (*ex* ALCSP, 295), y en un ejercicio de adaptación a la concesión de servicios, que incluya obras, pueden distinguirse las siguientes notas:

1ª El estudio de viabilidad deberá contener, al menos, los datos, análisis, informes o estudios que procedan sobre los puntos siguientes:

²²⁷ La referencia a la intervención se incorpora en atención a la recomendación que formula el Consejo de Estado en relación con el art. 283. 1. J) del ALCSP (Dictamen núm 1116/2015, de 10.3.2016, p. 245).

- a) Finalidad y justificación de los servicios y las obras, así como definición de sus características esenciales.
- b) Previsiones sobre la demanda de uso e incidencia económica y social de los servicios y de las obras en su área de influencia y sobre la rentabilidad de la concesión.
- c) Valoración de los datos e informes existentes que hagan referencia al planeamiento sectorial, territorial o urbanístico.
- d) Estudio de impacto ambiental cuando éste sea preceptivo de acuerdo con la legislación vigente. En los restantes casos, un análisis ambiental de las alternativas y las correspondientes medidas correctoras y protectoras necesarias.
- e) Justificación de la solución elegida, indicando, entre las alternativas consideradas si se tratara de infraestructuras viarias o lineales, las características de su trazado.
- f) Riesgos operativos y tecnológicos en la construcción y explotación de los servicios y de las obras.
- g) Coste de la inversión a realizar, así como el sistema de financiación propuesto para la construcción de las obras con la justificación, asimismo, de la procedencia de ésta.
- h) Estudio de seguridad y salud o, en su caso, estudio básico de seguridad y salud, en los términos previstos en las disposiciones mínimas de seguridad y salud en obras de construcción.
- i) El valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario, a efectos de la evaluación del riesgo operacional.
- j) Existencia de una posible ayuda de Estado y compatibilidad de la misma con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en los casos en que para la viabilidad de la concesión se contemplen ayudas a la construcción o explotación de la misma.²²⁸

²²⁸ Respecto de su precedente, el art. 128 del TRLCSP, el contenido mínimo de este art. 245.2 del ALCSP incorpora tres novedades: las relacionadas en las letras f), sobre el *riesgo operacional*, i), referida *al valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario, a efectos de la evaluación de dicho riesgo*, riesgo operacional y j), relativa a la *existencia de una posible ayuda de Estado y compatibilidad de la misma con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en los casos en que para la viabilidad de la concesión se contemplen ayudas a la construcción o explotación de la misma*.

Sobre la primera de las novedades, y como recuerda el Consejo de Estado, «la inclusión de la referencia al riesgo operacional en el estudio de viabilidad viene obligada por la Directiva 2014/23/UE que, poniendo fin a la oscuridad tradicionalmente existente al respecto, otorga ya una seguridad respecto al juego de este riesgo respecto a la concesionaria, pues se indica que no son concesiones aquellos contratos en los cuales el sector público elimine el riesgo operacional *"estableciendo una garantía en beneficio del concesionario en virtud de la cual se compensen las inversiones y los costes sufragados para la ejecución del contrato"* (Considerandos 11 y 17 a 20 de la Directiva 2014/23/UE). Esta referencia a la asunción del riesgo concesional se efectúa también en la propia definición de la concesión de obra pública del artículo 14 del anteproyecto y se reitera a lo largo del articulado» (Dictamen núm 1116/2015, de 10.3.2016, p. 244, el entrecomillado y la cursiva son suyos).

2ª La Administración concedente someterá el estudio de viabilidad a información pública por el plazo de un mes, prorrogable por idéntico plazo en razón de la complejidad del mismo y dará traslado del mismo para informe a los órganos de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y Entidades Locales afectados cuando la obra no figure en el correspondiente planeamiento urbanístico, que deberán emitirlo en el plazo de un mes.

3ª El trámite de información pública previsto en el apartado anterior servirá también para cumplimentar el concerniente al estudio de impacto ambiental, en los casos en que la declaración de impacto ambiental resulte preceptiva.

4ª. Se admitirá la iniciativa privada en la presentación de estudios de viabilidad de eventuales concesiones. Presentado el estudio será elevado al órgano competente para que en el plazo de tres meses comunique al particular la decisión de tramitar o no tramitar el mismo o fije un plazo mayor para su estudio que, en ningún caso, será superior a seis meses. El silencio de la Administración o de la entidad que corresponda equivaldrá a la no aceptación del estudio.

En el supuesto de que el estudio de viabilidad culminara en el otorgamiento de la correspondiente concesión tras la oportuna licitación, su autor tendrá derecho, siempre que no haya resultado adjudicatario y salvo que el estudio hubiera resultado insuficiente de acuerdo con su propia finalidad, al resarcimiento de los gastos efectuados para su elaboración, incrementados en un 5 por cien como compensación, gastos que podrán imponerse al concesionario como condición contractual en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares. El importe de los gastos será determinado por la Administración concedente en función de los que resulten acreditados por quien haya presentado el estudio, conformes con la naturaleza y contenido de éste y de acuerdo con los precios de mercado.

5ª La Administración concedente podrá acordar motivadamente la sustitución del estudio de viabilidad a que se refieren los apartados anteriores por un estudio de viabilidad económico-financiera cuando por la naturaleza y finalidad del servicio a prestar y de las obras a ejecutar, o por la cuantía de la inversión requerida, considerara que éste es suficiente. En estos supuestos la Administración elaborará además, antes de licitar la concesión, el correspondiente anteproyecto o proyecto para

asegurar los trámites establecidos en los apartados 3 y 4 del artículo 284 del ALCSP.²²⁹

6ª Respecto del estudio de viabilidad, el Consejo de Estado se extiende en dos consideraciones.

6º a) Una con carácter preventivo, y referida a la trascendencia y consecuencias del mismo en sede estricta de la concesión de obras (art. 245 del ALCSP), y según la cual «se sugiere que se pondere la conveniencia de incluir algún mecanismo de control de la adecuación a la realidad de los estudios de viabilidad, provengan de la propia Administración o de la iniciativa privada, pues la experiencia ha demostrado que, si los mismos se hubiesen realizado con el rigor necesario, se habría evitado uno de los grandes problemas con los que se enfrenta la contratación pública en nuestros días, esto es, la inviabilidad de una serie de obras públicas (en especial vías públicas), con las subsiguientes aperturas de procedimientos de liquidación concursal de concesionarias y resoluciones anticipadas de este tipo de contratos. En efecto, de la experiencia acumulada de este Consejo de Estado y del Tribunal Supremo se concluye que son numerosos los casos de contratistas concesionarios de obras públicas que han solicitado un reequilibrio patrimonial por no ajustarse las previsiones que obraban en los estudios de viabilidad realizados con carácter previo a la licitación (por ejemplo, en relación con la demanda de tráfico) a la realidad.

Pueden citarse en este sentido las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2011 (que originó el dictamen nº 1.465/2012, de 28 de febrero de 2013), 25 de enero de 2013, 4 de febrero de 2014, 28 de abril de 2015 y 8 de julio de 2015, todas ellas relativas a supuestos de solicitud de reequilibrio concesional por no haberse ajustado las estimaciones iniciales a la realidad subsiguiente» (Dictamen núm. 1116/2015, de 10.3.2016, p 244).²³⁰

6ª b) En la segunda consideración, ya en relación con el precepto de la concesión de servicios que se está comentando, el Alto órgano consultivo formula dos comentarios

²²⁹ La propuesta recoge el supuesto de mayor complejidad al incluir la ejecución de obras, que normalmente constituyen el soporte físico para la prestación y explotación del servicio público de que se trate. En el supuesto de que no se incluyan, el contenido del estudio de viabilidad se simplificará al concretarse exclusivamente a los servicios objeto de prestación, debiéndose suprimir las referencias a las obras en el ejercicio de adaptación efectuado.

²³⁰ El tema del reequilibrio en la concesión es analizado en el epígrafe 4.9.6.

(Dictamen 1116/2015, p 247). Así, que «deben, además, darse por reproducidas en este punto las reflexiones anteriormente realizadas acerca de la conveniencia de establecer algún tipo de mecanismo de control de la adecuación a la realidad de los estudios de viabilidad, provengan de la propia Administración o de la iniciativa privada». Y, enfatizando, que en este art 283 del ALCSP, relativo a *los pliegos y anteproyecto de obra y explotación*, «en concreto, como novedad, se incluye la de que la tramitación del expediente ha de ser precedida "de la realización y aprobación de un estudio de viabilidad de las mismas o en su caso, de un estudio de viabilidad económico-financiera, que no tendrán carácter vinculante". Este Consejo de Estado valora positivamente tal inclusión, si bien entiende que debería reconsiderarse el hecho de que dicho estudio no tenga carácter vinculante, por lo menos en los supuestos en que el mismo concluya en la inviabilidad del proyecto».²³¹

C) El segundo inciso del primer apartado del art. 283.2 del ALCSP prevé el supuesto de que la concesión de servicios comprenda la ejecución de obras, disponiéndose que la tramitación del estudio de viabilidad irá precedida de:

- la elaboración y aprobación administrativa del anteproyecto de construcción y explotación de las obras que resulten precisas, con especificación de las prescripciones técnicas relativas a su realización;²³²

²³¹ Ciertamente, la mención de ese carácter no vinculante, contenida en el art. 283.2, 1r pfo., *in fine*, del ALCSP, debería ser sustituida en los términos señalados por el Alto órgano consultivo, lo que determinaría, en definitiva, la proscripción del proyecto en cuestión.

²³² El ALCSP establece al respecto (antecedente del TRLCSP, 129):

«Artículo 246. Anteproyecto de construcción y explotación de las obras

1. En función de la complejidad de las obras y del grado de definición de sus características, la Administración concedente, aprobado el estudio de viabilidad, podrá acordar la redacción del correspondiente anteproyecto. Éste podrá incluir, de acuerdo con la naturaleza de las obras, zonas complementarias de explotación comercial.

2. El anteproyecto de construcción y explotación de las obras deberá contener, como mínimo, la siguiente documentación:

a) Una memoria en la que se expondrán las necesidades a satisfacer, los factores sociales, técnicos, económicos, medioambientales y administrativos considerados para atender el objetivo fijado y la justificación de la solución que se propone. La memoria se acompañará de los datos y cálculos básicos correspondientes.

b) Los planos de situación generales y de conjunto necesarios para la definición de las obras.

c) Un presupuesto que comprenda los gastos de ejecución de las obras, incluido el coste de las expropiaciones que hubiese que llevar a cabo, partiendo de las correspondientes mediciones aproximadas y valoraciones. Para el cálculo del coste de las expropiaciones se tendrá en cuenta el sistema legal de valoraciones vigente.

d) Un estudio relativo al régimen de utilización y explotación de las obras, con indicación de su forma de financiación y del régimen tarifario que regirá en la concesión, incluyendo, en su caso, la incidencia o contribución en éstas de los rendimientos que pudieran corresponder a la zona de explotación comercial.

- así como, en su caso, de la redacción, supervisión, aprobación y replanteo del correspondiente proyecto de las obras.²³³

D) El segundo apartado del art.283.2 del ALCSP prescribe que en los supuestos en que para la viabilidad de la concesión se contemplen ayudas a la construcción o explotación de la misma, el estudio de viabilidad se pronunciará sobre la existencia de una posible ayuda de Estado y la compatibilidad de la misma con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, previsión que concuerda con la del propio art. 245.2.j) del Anteproyecto, que regula el contenido de dicho estudio y cuya incorporación se produjo en ambos casos en el texto de octubre de 2015.

E) Finalmente, hay que consignar que el TRLCSP recoge, en el núm. 3 del art. 133, una referencia a la posibilidad de que los licitadores pudieran solicitar aclaraciones sobre el contenido del pliego, cuyas respuestas tendrán carácter vinculante. No se reproduce dicha mención respecto de la concesión, sino que el Anteproyecto, atendido

3. El anteproyecto se someterá a información pública por el plazo de un mes, prorrogable por idéntico plazo en razón de su complejidad, para que puedan formularse cuantas observaciones se consideren oportunas sobre la ubicación y características de las obras, así como cualquier otra circunstancia referente a su declaración de utilidad pública, y dará traslado de éste para informe a los órganos de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y Entidades Locales afectadas. Este trámite de información pública servirá también para cumplimentar el concerniente al estudio de impacto ambiental, en los casos en que la declaración de impacto ambiental resulte preceptiva y no se hubiera efectuado dicho trámite anteriormente por tratarse de un supuesto incluido en el apartado 6 del artículo anterior.

4. La Administración concedente aprobará el anteproyecto de las obras, considerando las alegaciones formuladas e incorporando las prescripciones de la declaración de impacto ambiental, e instará el reconocimiento concreto de la utilidad pública de ésta a los efectos previstos en la legislación de expropiación forzosa.

5. Cuando el pliego de cláusulas administrativas particulares lo autorice, y en los términos que éste establezca, los licitadores a la concesión podrán introducir en el anteproyecto las variantes que estimen convenientes».

²³³ Sobre estas actuaciones el Anteproyecto dispone lo siguiente (precedente del TRLCSP, 130):

«Artículo 247. Proyecto de las obras y replanteo de éste.

1. En el supuesto de que las obras sean definidas en todas sus características por la Administración concedente, se procederá a la redacción, supervisión, aprobación y replanteo del correspondiente proyecto de acuerdo con lo dispuesto en los correspondientes artículos de esta Ley y al reconocimiento de la utilidad pública de la obra a los efectos previstos en la legislación de expropiación forzosa.

2. Cuando no existiera anteproyecto, la Administración concedente someterá el proyecto, antes de su aprobación definitiva, a la tramitación establecida en los apartados 3 y 4 del artículo anterior para los anteproyectos.

3. Será de aplicación en lo que se refiere a las posibles mejoras del proyecto de las obras lo dispuesto en el apartado 5 del artículo anterior.

4. El concesionario responderá de los daños derivados de los defectos del proyecto cuando, según los términos de la concesión, le corresponda su presentación o haya introducido mejoras en el propuesto por la Administración».

su carácter genérico, mejora su ubicación sistemática y la sitúa en las disposiciones generales de la adjudicación de los contratos.²³⁴

4.5. Efectos, cumplimiento y extinción (art. 284) y trascendencia del régimen jurídico de los servicios públicos

4.5.1. Consideraciones introductorias

En su art. 284, y con el título epigrafiado, el Anteproyecto dispone que «*los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos de concesión de servicios se regularán por la presente Ley, excluidos el apartado 2 del artículo 190, y los artículos 191, 193, 206 y 208*». Sobre este precepto cabe formular las siguientes consideraciones:

1ª Su antecedente lo constituye el art. 276 del TRLCSP (intitulado *régimen jurídico*), uno de los preceptos que recoge la singularidad del CGSP, a tenor de las exclusiones que para el mismo se establecen respecto del régimen jurídico general (concretamente, las de los art. 212, apartados 2 a 7, 213, 220 y 222 del texto refundido), y que se comentarán a continuación en referencia al ALCSP.

2ª La exclusión de los art. 190.2 y 191 del Anteproyecto, sobre *incumplimientos y demora en la ejecución del contrato*, obedece a la inadecuación, respecto del CGSP y ahora de la concesión, del régimen general de *penalidades diarias* que las fija en una proporción (0,20 €/1000 € del precio del contrato, IVA excluido), configurado para los contratos de resultado, particularmente el de obras, y donde se otorga al plazo un papel trascendental. Es por ello que en el de gestión de servicios públicos, arquetipo del contrato de actividad, se requiera la consignación en el pliego de cláusulas de las obligaciones del prestatario, la tipificación de las actuaciones constitutivas de

²³⁴ Concretamente, el art. 138 del ALCSP, sobre *Información a interesados*, dispone en su núm. 3, segundo párrafo, lo siguiente:

«*En los casos en que lo solicitado sean aclaraciones a lo establecido en los pliegos o resto de documentación y así lo establezca el pliego de cláusulas administrativas particulares, las respuestas tendrán carácter vinculante y, en este caso, deberán hacerse públicas en el correspondiente perfil de contratante en los términos que garanticen la igualdad y concurrencia en el procedimiento de licitación*».

Con todo, la mención se sigue reiterando en relación con los pliegos de la concesión de obras (ALCSP, art. 248.2).

infracciones (muy graves, graves y leves) y el establecimiento de las sanciones correspondientes.²³⁵

Y las razones apuntadas justifican también la excepción referida al art. 193 del Anteproyecto, sobre *resolución por demora y ampliación del plazo de ejecución de los contratos*, atendida su vinculación con art. 191 al que se remite expresamente.

3ª Con la exclusión referida al art. 206 del Anteproyecto se produce la inaplicación de la figura de la *suspensión del contrato*, tanto la acordada por la Administración como la instada por el contratista ante el impago superior a 4 meses (ex 196.5 del ALCSP). Se ha trasladado, pues, a la concesión de servicios la determinación que se ha venido incluyendo para el CGSP, desde la primera ley básica de contratos hasta la hoy vigente.²³⁶

Como la obligación correlativa de no interrupción que se le impone al gestor, constituyen sendas manifestaciones del principio de continuidad y regularidad en la prestación de los servicios públicos (TRLCSPP, 280.1 y ALCSP, 284.1). Se estima correcta, por tanto, la preterición de la suspensión si el contrato de concesión tiene por objeto servicios públicos, pero resultará falta de causa si se trata de meros servicios que no merezcan ese calificativo.

4ª Finalmente, la exclusión del art. 208 del Anteproyecto, sobre *cumplimiento de los contratos y recepción de la prestación*, se explica también por su conexión con los contratos de resultado y la vinculación de estos con la *recepción* de las obras y suministros, las *liquidaciones y saldos* y las *garantías y sus plazos*, trámites todos ellos ajenos a los contratos de actividad, como es el caso del contrato de concesión de servicios y el actual CGSP (TRLCSPP, art. 222).

²³⁵ Este requerimiento lo recogen el RS/1955 (127.1.4ª) y la legislación catalana y aragonesa (ROAS, 232.k, 248.d y 253, y RBASO, 277.d y 281, respectivamente), y constituye un olvido imperdonable del RGLCAP/2001 (art. 67.4 *a contrario*), toda vez que el Reglamento General de Contratación del Estado de 1975 sí exigía que el pliego contemplara las «sanciones por incumplimiento de cualquiera de las cláusulas del contrato» (art. 211.10).

²³⁶ Así, en el TRLCSPP/2011 (art. 276 y 220), la LCSP/2007 (252 y 203), el TRLCAP/2000 (155.5 y 102) y la LCAP/1995 (156.5 y 103).

4.5.2. Régimen jurídico de la concesión de servicios públicos y su trascendencia

Ya se ha comentado que no recoge el Anteproyecto en su articulado mención al régimen jurídico de la concesión de servicios, a diferencia del TRLCSP, que sí lo hace en el título de su art. 276 en relación con el CGSP. Y lo cierto es que se trata de un tema capital.

Como ya se ha tenido oportunidad de reseñar, la sujeción a un régimen unitario en la gestión contractual de servicios públicos constituye el antecedente imprescindible para garantizar los derechos de los usuarios y la aplicación de los principios de continuidad y regularidad de tales servicios.²³⁷

De la misma opinión es el Consejo de Estado que enfatiza la trascendencia de ese régimen jurídico en tres sentidos:

- a) para afirmar la necesidad de su carácter unitario si el contrato se centra en la gestión de servicios públicos;²³⁸
- b) para consignar la impropiedad de extender ese régimen si el objeto del contrato no son servicios públicos;²³⁹
- c) para objetar la utilización del contrato de servicios en la gestión contractual de servicios públicos.²⁴⁰

El análisis del régimen jurídico en relación con la concesión de servicios públicos se desarrolla a lo largo de este epígrafe 4, excepción hecha del 4.22 que se centra en el relativo a la concesión de servicios no públicos, mientras que el relativo al contrato de servicios es objeto del epígrafe 5.

²³⁷ De la imprescindibilidad de ese régimen jurídico unitario me hacía eco en las alegaciones de mayo de 2015 al ALCSP/A/2015 (pág. 16, 17, 24 y 32 a 34) y en el artículo de la RGDA de octubre de 2015 (pág. 19, 20, 25 a 29, 38 y 39).

²³⁸ Dictamen núm. 1116/2015, de 10.3.2016 (p. 70 a 77 y 246).

²³⁹ Dictamen 1116/2015 (p. 77 y 246).

²⁴⁰ Dictamen 1116/2015 (p. 78 a 80 y 248 y 249).

4.6. Ejecución del contrato (art. 285)

Sobre este aspecto el Anteproyecto dispone lo siguiente:

«Artículo 285. Ejecución del contrato de concesión de servicio

- 1. El concesionario está obligado a organizar y prestar el servicio con estricta sujeción a las características establecidas en el contrato y dentro de los plazos señalados en el mismo, y, en su caso, a la ejecución de las obras conforme al proyecto aprobado por el órgano de contratación.*
- 2. En todo caso, la Administración conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate.*
- 3. Las concesiones de servicios únicamente podrán ser objeto de hipoteca en los casos en que conlleven la realización de obras o instalaciones fijas necesarias para la prestación del servicio, y exclusivamente para la financiación de las mismas en los términos establecidos en el artículo 271 para la concesión de obras».*

Respecto del precepto transcrito pueden formularse las siguientes consideraciones:

A) Con el antecedente del art. 279.1 del TRLCSP, el 285.1 del Anteproyecto consigna la obligación de *organizar y prestar el servicio con estricta sujeción a las características establecidas en el contrato y dentro de los plazos señalados en el mismo*, y añade la relativa, en su caso, *a la ejecución de las obras conforme al proyecto aprobado por el órgano de contratación*. La concurrencia de la ejecución de obras, además, dará lugar a la aplicación de las previsiones relativas a la concesión de obras (ex ALCSP, art. 295), en relación con:

a) Las modalidades de ejecución de las obras: por el propio concesionario, contratada con terceros o con la ayuda de la Administración.²⁴¹

²⁴¹ Reguladas por el ALCSP en los siguientes términos (antecedente del TRLCSP, 240):

«Artículo 250. Modalidades de ejecución de las obras

1. Las obras se realizarán conforme al proyecto aprobado por el órgano de contratación y en los plazos establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares, pudiendo ser ejecutadas con ayuda de la Administración. La ejecución de la obra que corresponda al concesionario podrá ser contratada en todo o en parte con terceros, de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley y en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

2. La ayuda de la Administración en la construcción de las obras podrá consistir en la ejecución por su cuenta de parte de la misma o en su financiación parcial.

En el primer supuesto la parte de obra que ejecute deberá presentar características propias que permitan su tratamiento diferenciado, y deberá ser objeto a su terminación de la correspondiente recepción formal. Si no dispusiera otra cosa el pliego de cláusulas administrativas particulares, el importe de la obra se abonará de acuerdo con lo establecido en el artículo 238.

En el segundo supuesto, el importe de la financiación que se otorgue podrá abonarse en los términos pactados, durante la ejecución de las obras, de acuerdo con lo establecido en el artículo 238, o bien una vez que aquéllas hayan concluido, en la forma en que se especifica en el artículo 264.

b) La responsabilidad que sigue correspondiendo al concesionario aunque contrate la ejecución de las obras con terceros.²⁴²

c) La aplicación de los principios de *riesgo y ventura* respecto de las obras, y del *riesgo operacional* por lo que se refiere a la concesión.²⁴³

d) La modificación del proyecto de obras previstas en la concesión de servicios, con las limitaciones que se establecen en los art. 201 a 205 del ALCSP.²⁴⁴

3. *El sistema de ayudas públicas deberá respetar en todo caso la transferencia efectiva del riesgo operacional»*

²⁴² Para tal supuesto, el ALCSP prescribe (precedente del art. 241 del TRLCSP):

«Artículo 251. Responsabilidad en la ejecución de las obras por terceros

Corresponde al concesionario el control de la ejecución de las obras que contrate con terceros debiendo ajustarse el control al plan que el concesionario elabore y resulte aprobado por el órgano de contratación. Éste podrá en cualquier momento recabar información sobre la marcha de las obras y girar a las mismas las visitas de inspección que estime oportunas.»

²⁴³ Sobre los que el Anteproyecto establece lo siguiente:

«Artículo 252. Principio de riesgo y ventura en la ejecución de las obras

1. Las obras se ejecutarán a riesgo y ventura del concesionario, quién, además, asumirá el riesgo operacional de la concesión, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 195 y 237, salvo para aquella parte de la obra que pudiera ser ejecutada por cuenta de la Administración, según lo previsto en el apartado 2 del artículo 250, en cuyo caso regirá el régimen general previsto para el contrato de obras.

2. Si la concurrencia de fuerza mayor implicase mayores costes para el concesionario se procederá a ajustar el plan económico-financiero. Si la fuerza mayor impidiera por completo la realización de las obras se procederá a resolver el contrato, debiendo abonar el órgano de contratación al concesionario el importe total de las ejecutadas, así como los mayores costes en que hubiese incurrido como consecuencia del endeudamiento con terceros.»

El precepto transcrito reproduce el art. 242 del TRLCSP, salvo en dos determinaciones. En primer lugar, en lo que se refiere a la asunción del riesgo operacional que, como es sabido, constituye una novedad del ALCSP, en aplicación de la Directiva 2014/23/UE (CDOS 11 y 17 a 20, y art. 5.1.b, 2º párrafo). En segundo, en la omisión de la previsión siguiente:

«No se tendrán en cuenta a efectos del cómputo del plazo de duración de la concesión y del establecido para la ejecución de las obras aquellos períodos en los que ésta deba suspenderse por una causa imputable a la Administración concedente o debida a fuerza mayor. Si el concesionario fuera responsable del retraso en la ejecución de la obra se estará a lo dispuesto en el régimen de penalidades contenido en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en esta Ley, sin que haya lugar a la ampliación del plazo de la concesión.»

La determinación transcrita, que figura en el art. 242.2 del TRLCSP, y se incluía en el art. 252.2 del ALCSP/A/2015, ha pasado al art. 29.6 in fine, del ALCSP/O/2015. Cabe calificar como correcta esta reubicación en tanto que se trata de dos reglas sobre el cómputo del plazo de duración de las obras en una concesión, que pasan a incluirse en el art. 29 del Anteproyecto, sobre *plazo de duración de los contratos y de ejecución de la prestación* (analizado en el epígrafe 4.3.4).

²⁴⁴ En concreto los términos en que se expresa respecto de la concesión de obras el Anteproyecto son los siguientes (antecedente art. 243 del TRLCSP):

«Artículo 253. Modificación del proyecto

1. Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el proyecto de acuerdo con lo establecido en la Subsección 4ª, Sección 3ª,

e) Las actuaciones relativas a la comprobación de las obras ejecutadas en el marco del contrato de concesión de servicios.²⁴⁵

B) Con el antecedente del art. 279.2 del TRLCSP, el art. 285.2 del Anteproyecto reproduce la previsión de que, en todo caso, para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate, la Administración *conservará los poderes de policía necesarios*, expresión esta algo arcaica y que en la legislación más actualizada se sustituye por la referencia a la *potestad de dirección y control del servicio público*.²⁴⁶

Capítulo I, Título I, del Libro Segundo de esta Ley y en la letra b) del apartado 1 del artículo 259. El plan económico-financiero de la concesión deberá recoger en todo caso, mediante los oportunos ajustes, los efectos derivados del incremento o disminución de los costes.»

Esta redacción es la que corresponde al texto de octubre de 2015, una vez suprimido el apartado que figuraba en el de abril anterior, con el siguiente redactado:

«2. Cuando las modificaciones supongan la introducción de unidades de obra no previstas en el proyecto o cuyas características difieran de las fijadas en éste, los precios aplicables a las mismas serán fijados por la Administración Pública, previa audiencia del contratista por plazo mínimo de tres días hábiles. Cuando el contratista no aceptase los precios fijados, el órgano de contratación podrá contratarlas con otro empresario en los mismos precios que hubiese fijado o ejecutarlas directamente.»

Esa supresión *explica* la errata de mantener el número 1 en el art. 253 pese a contener un solo párrafo.

Hechas estas precisiones, hay que significar que el párrafo suprimido se sigue manteniendo en el art. 240.2 del ALCSP/O/2015, sobre *modificación del contrato de obras*, por lo que debe entenderse aplicable también a la concesión de obras y a la de servicios que las contenga. Se vuelve en definitiva a la redacción que consta en el TRLCSP (Art. 243 y 234.2, respectivamente).

²⁴⁵ Sobre tales actuaciones, el ALCSP establece las siguientes determinaciones:

«Artículo 254. Comprobación de las obras

1. A la terminación de las obras, y a efectos del seguimiento del correcto cumplimiento del contrato por el concesionario, se procederá al levantamiento de un acta de comprobación por parte de la Administración concedente. El levantamiento y contenido del acta de comprobación se ajustarán a lo dispuesto en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

2. Al acta de comprobación se acompañará un documento de valoración de la obra pública ejecutada y, en su caso, una declaración del cumplimiento de las condiciones impuestas en la declaración de impacto ambiental, que será expedido por el órgano de contratación y en el que se hará constar la inversión realizada.

3. En las obras financiadas parcialmente por la Administración concedente, mediante abonos parciales al concesionario con base en las certificaciones mensuales de la obra ejecutada, la certificación final de la obra acompañará al documento de valoración y al acta de comprobación a que se refiere el apartado anterior. 4. La aprobación del acta de comprobación de las obras por el órgano de la Administración concedente llevará implícita la autorización para la apertura de las mismas al uso público, comenzando desde ese momento el plazo de garantía de la obra cuando haya sido ejecutada por terceros distintos del concesionario, así como la fase de explotación».

El precepto transcrito reproduce el art. 244 del TRLCSP del que, sin embargo, se han eliminado las referencias al *acta de recepción* que éste recogía en su primer apartado, toda vez que éstas se localizan, en una mejor ubicación sistemática, en el art. 281 del Anteproyecto, relativo al *destino de las obras a la extinción de la concesión*.

²⁴⁶ Aluden, expresamente, a la potestad de dirección y control del servicio, el TRLCat/2003 (art. 251), la LRioja 1/2003 (art. 211.2) y la LArag 7/1999 (art. 210.2).

C) Finalmente, el art. 285.3 del ALCSP consigna de manera explícita la posibilidad de hipotecar la concesión siempre que incorpore obras o instalaciones fijas, trasladando así a la de servicios las previsiones ya recogidas para la concesión de obras públicas en el TRLCSP (art. 261 a 264). Las determinaciones respecto de la concesión de servicios son muy parcas y no precisan los aspectos esenciales, los cuales son susceptibles de integrar, sin embargo, a partir de la aplicación de las determinaciones de la concesión de obras (ex ALCSP, art. 295). Tales determinaciones son las relativas a:

a) La necesaria autorización de la Administración.²⁴⁷

b) Los derechos del acreedor hipotecario.²⁴⁸

²⁴⁷ Sobre la que el ALCSP dispone (antecedente TRLCSP, 261):

«Artículo 271. Objeto de la hipoteca de la concesión y pignoración de derechos.

1. Las concesiones de obras con los bienes y derechos que lleven incorporados serán hipotecables conforme a lo dispuesto en la legislación hipotecaria, previa autorización del órgano de contratación.

No se admitirá la hipoteca de concesiones de obras en garantía de deudas que no guarden relación con la concesión correspondiente.

2. Las solicitudes referentes a las autorizaciones administrativas previstas en este artículo y en el siguiente se resolverán por el órgano competente en el plazo de un mes, debiendo entenderse desestimadas si no se resuelven y notifican en ese plazo.

3. Los derechos derivados de la resolución de un contrato de concesión de obras o de concesión de servicios, a que se refieren los primeros apartados de los artículos 280 y 293, así como los derivados de las aportaciones públicas y de la ejecución de garantías establecidos en los artículos 264 y 266, sólo podrán pignorarase en garantía de deudas que guarden relación con la concesión o el contrato, previa autorización del órgano de contratación, que deberá publicarse en el Boletín Oficial del Estado o en el correspondiente boletín oficial autonómico o local.»

²⁴⁸ En relación con los cuales el Anteproyecto prescribe (antecedente TRLCSP, 262):

«Artículo 272. Derechos del acreedor hipotecario

1. Cuando el valor de la concesión hipotecada sufriera grave deterioro por causa imputable al concesionario, el acreedor hipotecario podrá solicitar del órgano de contratación pronunciamiento sobre la existencia efectiva de dicho deterioro. Si éste se confirmara podrá, asimismo, solicitar de la Administración que, previa audiencia del concesionario, ordene a éste hacer o no hacer lo que proceda para evitar o remediar el daño, sin perjuicio del posible ejercicio de la acción de devastación prevista en el artículo 117 de la Ley Hipotecaria. No obstante, en el caso de ejercitarse la acción administrativa prevista en este apartado, se entenderá que el acreedor hipotecario renuncia a la acción prevista en el citado artículo 117 de la Ley Hipotecaria.

2. Cuando procediera la resolución de la concesión por incumplimiento de alguna de las obligaciones del concesionario, la Administración, antes de resolver, dará audiencia al acreedor hipotecario por si éste ofreciera subrogarse en su cumplimiento y la Administración considerara compatible tal ofrecimiento con el buen fin de la concesión.

3. Si la obligación garantizada no hubiera sido satisfecha total o parcialmente al tiempo de su vencimiento, antes de promover el procedimiento de ejecución correspondiente, el acreedor hipotecario podrá ejercer las siguientes facultades siempre que así se hubiera previsto en la correspondiente escritura de constitución de hipoteca:

c) La ejecución hipotecaria.²⁴⁹

a) Solicitar de la Administración concedente que, previa audiencia del concesionario, disponga que se asigne a la amortización de la deuda una parte de la recaudación y de las cantidades que, en su caso, la Administración tuviese que hacer efectivas al concesionario.

A tal efecto, se podrá, por cuenta y riesgo del acreedor, designar un interventor que compruebe los ingresos así obtenidos y se haga cargo de la parte que se haya señalado, la cual no podrá exceder del

porcentaje o cuantía que previamente se determine.

b) Si existiesen bienes aptos para ello, solicitar de la Administración concedente que, previa audiencia al concesionario, le otorgue la explotación durante un determinado período de tiempo de todas o de

parte de las zonas complementarias de explotación comercial. En el caso de que estas zonas estuvieran siendo explotadas por un tercero en virtud de una relación jurídico-privada con el concesionario, la medida contemplada por este apartado deberá serle notificada a dicho tercero con la indicación de que queda obligado a efectuar al acreedor hipotecario los pagos que debiera hacer al concesionario».

²⁴⁹ Respecto de la que el ALCSP establece (precedente TRLCSP, 263):

«Artículo 273. Ejecución de la hipoteca

1. El adjudicatario en el procedimiento de ejecución hipotecaria quedará subrogado en la posición del concesionario, previa autorización administrativa, en los términos que se establecen en el apartado siguiente.

2. Todo el que desee participar en el procedimiento de ejecución hipotecaria en calidad de postor o eventual adjudicatario, incluso el propio acreedor hipotecario si la legislación sectorial no lo impidiera, deberá comunicarlo al órgano de contratación para obtener la oportuna autorización administrativa, que deberá notificarse al interesado en el plazo máximo de 15 días, y sin la cual no se le admitirá en el procedimiento. La autorización tendrá carácter reglado y se otorgará siempre que el peticionario cumpla los requisitos exigidos al concesionario.

Si hubiera finalizado la fase de construcción o ésta no formara parte del objeto de la concesión, sólo se exigirán los requisitos necesarios para llevar a cabo la explotación de la obra.

3. Si la subasta quedara desierta o ningún interesado fuese autorizado por el órgano de contratación para participar en el procedimiento de ejecución hipotecaria, la Administración concedente podrá optar por alguna de las siguientes actuaciones en el supuesto de que el acreedor hipotecario autorizado, en su caso, para ser concesionario no opte por el ejercicio del derecho que le atribuye el artículo 671 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil:

a) Acordar el secuestro o intervención de la concesión conforme a lo previsto en el artículo 261 de esta Ley sin que el concesionario pueda percibir ingreso alguno. Se dará trámite de audiencia al acreedor hipotecario para ofrecerle la posibilidad de proponer un nuevo concesionario. Si la propuesta no se produjera o el candidato propuesto no cumpliera los requisitos exigibles conforme a lo establecido en el apartado anterior, se procederá a la licitación de la misma concesión en el menor plazo posible.

b) Resolver la concesión quedando la Administración liberada con la puesta a disposición de los acreedores del importe de la indemnización que correspondiera al concesionario por aplicación de lo previsto en el artículo 278.»

El redactado de este último apartado b) del art. 273.3 corresponde al texto de octubre de 2015. En el de abril anterior la previsión era la siguiente:

b) Resolver la concesión y, previo acuerdo con los acreedores hipotecarios, fijar la cuantía de la deuda y las condiciones en que deberá ser amortizada. A falta de acuerdo, la Administración quedará liberada con la puesta a disposición de los acreedores del importe de la indemnización que correspondiera al concesionario por aplicación de lo previsto en el artículo 280 de la presente Ley».

Si se comparan ambas versiones, y teniendo en cuenta que las menciones a los arts. 280 y 278 se refieren al precepto que regula los efectos de la resolución (ALCSP, textos de abril y octubre, respectivamente), se recaerá en que la liberación de la Administración, mediante la puesta a disposición de los acreedores hipotecarios de la indemnización, solo tenía lugar tras la constatación de la falta de acuerdo con tales acreedores en la primera, trámite que se obvia en la versión remitida al Consejo de Estado.

d) Los derechos de titulares de cargas inscritas o anotadas sobre la concesión para el caso de la resolución concesional.²⁵⁰

4.7. Obligaciones generales

4.7.1. Previsiones del ALCSP y necesidad de una configuración unitaria de las obligaciones del concesionario

Prescribe el Anteproyecto las siguientes determinaciones:

«Artículo 286. Obligaciones generales.

El concesionario estará sujeto al cumplimiento de las siguientes obligaciones:

- a) Prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono, en su caso, de la contraprestación económica comprendida en las tarifas aprobadas.*
- b) Cuidar del buen orden del servicio, pudiendo dictar las oportunas instrucciones, sin perjuicio de los poderes de policía a los que se refiere el artículo anterior.*
- c) Indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración.*
- d) Respetar el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, respecto de las empresas de Estados miembros de la Comunidad Europea o signatarios del*

²⁵⁰ Derechos sobre los que el Anteproyecto prevé (referente TRLCSP, 264):

«Artículo 274. Derechos de titulares de cargas inscritas o anotadas sobre la concesión para el caso de resolución concesional

1. Cuando procediera la resolución de la concesión y existieran titulares de derechos o cargas inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad sobre la concesión, se observarán las siguientes reglas:

- a) La Administración, comenzado el procedimiento, deberá solicitar para su incorporación al expediente certificación del Registro de la Propiedad, al objeto de que puedan ser oídos todos los titulares de tales cargas y derechos.*
- b) El registrador, al tiempo de expedir la certificación a que se refiere el párrafo anterior, deberá extender nota al margen de la inscripción de la concesión sobre la iniciación del procedimiento de resolución.*
- c) Para cancelar los asientos practicados a favor de los titulares de las citadas cargas y derechos, deberá mediar resolución administrativa firme que declare la resolución de la concesión y el previo depósito a disposición de los referidos titulares de las cantidades y eventuales indemnizaciones que la Administración debiera abonar al concesionario conforme a lo previsto en el artículo 280.*

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, para el caso de que la subasta quedara desierta, cuando la resolución de la concesión procediera por causa imputable al concesionario, los titulares de los derechos y cargas a que se refiere el apartado precedente podrán ejercitar, por su orden, el derecho de subrogarse en la posición jurídica del concesionario, siempre que, por reunir los requisitos necesarios para ello, fueran autorizados previamente por el órgano de contratación».

Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio, en los contratos de suministro consecuencia del de concesión de servicios.

e) Cualesquiera otras previstas en ésta u otra Ley o en el pliego de cláusulas administrativas particulares».

Sobre el precepto transcrito cabe señalar las siguientes notas:

A) El art. 286 del ALCSP reproduce el art. 280 del TRLCSP con solo dos variaciones:

- la lógica sustitución del término *contratista*, referido al de gestión de servicios públicos, por la de *concesionario*;
- y el añadido del último párrafo, sobre las demás obligaciones previstas en las leyes o en el PCAP.²⁵¹

B) Desarrollo obligaciones.

La enumeración del art. 286 del ALCSP es extremadamente parca e incompleta. El estudio de las obligaciones del concesionario reviste singular importancia, tanto desde la propia óptica contractual, como en atención a su trascendencia respecto de los usuarios del servicio público. Se trata, por lo demás, de un conjunto de temas profusamente analizados por la doctrina,²⁵² y objeto de abundante

²⁵¹ Se trata de una mención un tanto obvia, que incluso podría calificarse de incompleta. Mejor sería una remisión a *cualquiera otras obligaciones previstas en la legislación* (lo que comprende los reglamentos) o en la *documentación contractual* (lo que permite incluir las sucesivas adendas incorporadas a lo largo de la vida, normalmente larga, de la concesión). Debe recordarse a este respecto la incidencia de la denominada *cláusula de progreso*, y su configuración como obligación del contratista en dos preceptos:

- a) Sobre la concesión de obras públicas, en el art. 247.4 del TRLCSP (reproducido en el 257.4 del ALCSP), que establece que «el concesionario deberá mantener las obras de conformidad con lo que, en cada momento y según el progreso de la ciencia, disponga la *normativa* técnica, medioambiental, de accesibilidad y eliminación de barreras y de seguridad de los usuarios que resulte de aplicación».
- b) En relación con la *dirección y control del servicio público*, en el art. 251 del TRLCat/2003, que prescribe que «corresponde a los entes locales la potestad de dirección y de control del servicio público, que comporta el ejercicio de la potestad de modificación y la inclusión implícita de la cláusula de actualización del servicio de acuerdo con los estándares económicos y sociales».

Ciertamente, se trata de un aspecto no exento de controversia, por sus implicaciones en relación con la necesidad o no del restablecimiento del equilibrio económico (véase el Informe 06/2008, de 15.1.2009, de la Abogacía del Estado, <http://www.carreteros.org/blog/pdfs/abogacia/progreso.pdf>), o su incompatibilidad con la configuración de las *modificaciones no previstas en la documentación* que rige la licitación y, concretamente, el art. 107.1.d) y e) del TRLCSP/2011 (véase GRIS GONZÁLEZ, 2012: 16-17), institución esta de la modificación contractual que se analizará después.

²⁵² Referencias bibliográficas: ALBI CHOLBI (1960: 512-514, 538-541, 547-549 y 577-589); BALLESTEROS FERNÁNDEZ y BALLESTEROS FERNÁNDEZ (2005: 303-313 y 343-376); BLANQUER CRIADO (2012: 877-1326); DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ (2005: 1139-1168); FERNÁNDEZ-ASTUDILLO

jurisprudencia, lo que da idea de su dimensión conflictiva. De ahí que haya que completar su estudio con el análisis bajo el prisma de la configuración unitaria de las obligaciones del concesionario que se efectuará a continuación.²⁵³

C) Fuentes de las obligaciones del concesionario

Las obligaciones del concesionario tienen su origen bien el contrato que lo vincula con la Administración, bien en la legislación. Formando parte del régimen jurídico, las fuentes de las obligaciones del concesionario se localizan, principalmente y de acuerdo con el respectivo subsistema normativo, en:

a) Legislación:

- TRLCSP: art. 133.2 (sobre *ejecución de obras*), 279 (*ejecución del contrato*), 280 (*obligaciones generales*), 282 (*modificación del contrato y mantenimiento del equilibrio económico*) y 283 (*reversión*);
- ALCSP: en correlación con las anteriores previsiones del TRLCSP, 283.2 (sobre *ejecución de obras*), 285.1 y .2 (*ejecución del contrato*), 286 (*obligaciones generales*), 288 (*modificación del contrato y mantenimiento del equilibrio económico*) y 289 (*reversión*);
- RGLCAP: 95 (*facultades del órgano de contratación en la ejecución del contrato*);
- RS/1955: 115 (sobre *cláusulas de la concesión*) y 128.1 (sobre *obligaciones generales del concesionario*);
- ROASCat/1995: 235 (*obligaciones del contratista*), 243 (*objeto de la concesión*) y 250.5 (*obligaciones del concesionario*).
- RBASO Arag/2002: 269.1 (*obligaciones del contratista*), 273 (*objeto de la concesión*) y 279.2 (*obligaciones del concesionario*);
- Otra legislación autonómica; *objeto de la concesión*: LGal/1997: 303; LIB/2006: 166; LR/2003: 212 y LFNavig/1990: 200;
- Normativa sectorial aplicable;

(2003: 482-493, 626-632 y 755-767); GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO (2004: 531-544 y 563-565); LAVILLA RUBIRA (1996: 759-761 y 772-775); LÓPEZ PELLICER (2002: 409-413, 419-422, 424-430, 432-458 y 462); MARTÍNEZ-ALONSO (2009: 634-641); MARTÍNEZ MARÍN (1990: 77-141); MESTRE DELGADO (2003: 1476-1528 y 2011: 2098-2156); MOLLINEDO CHOCANO y MARTÍN DE HIJAS GARCÍA (2000: 785-800); SÁNCHEZ ISAC (1992: 157-164 y 213-263) y SOSA WAGNER (2004: 204-237).

²⁵³ El conjunto de las obligaciones del concesionario será objeto, pues, de un análisis pormenorizado, sin perjuicio de las remisiones que se efectúen a otros apartados en los supuestos de una regulación específica en un precepto del ALCSP.

- Reglamento de respectivo servicio.

b) Documentación contractual, integrada básicamente por:

- los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas particulares (PCAP y PPTP, respectivamente) y sus anexos (anteproyecto de cláusulas de explotación, proyecto de obras, etc.);
- el contrato y, en su caso, las adendas en que se formalicen las modificaciones del mismo acordadas entre concesionario y Administración.

Es por ello que el RGLCAP establece que, entre los datos que deberán contener con carácter general los PCAP, se incluyen los «*derechos y obligaciones específicas de las partes y documentación incorporada al expediente que tiene carácter contractual*» (art. 67.2.n).

4.7.2. Ejecutar las obras previstas en el caso de que la concesión las comprendiera

En no pocas ocasiones, la primera tarea que debe acometer el concesionario se vincula con la ejecución de obras en las instalaciones donde debe prestarse el servicio. Por ello, en la legislación local, la *concesión mixta* es definida como «*la construcción de una obra o instalación y la subsiguiente gestión del servicio a que estuviera afectas*» (RS/1955, 114.2.a). Otorgándole menor relevancia, en relación con el contrato de gestión de servicios públicos, el art. 279.1 del TRLCSP prescribe, en su último inciso, que «*el contratista está obligado (...), en su caso, a la ejecución de las obras conforme al proyecto aprobado por el órgano de contratación*». Y en términos idénticos se expresa respecto de la concesión de servicios el ALCSP (285.1).

En la tradición local, la ejecución de obras de primer establecimiento o gran reparación de las instalaciones donde se presta el servicio ha estado siempre ligada a la figura de la concesión, tanto financieramente –como medio para conseguir inversión privada, amortizada luego con su explotación–, como en su configuración jurídica. Cierto que también se prevé la concesión de «*mero ejercicio del servicio público, cuando no requiera obras o instalaciones permanentes o estuvieren ya establecidas*» (RS,

114.2.b), pero las grandes obras, de haberlas, sólo podían ejecutarse mediante concesión.²⁵⁴

En cambio, en el TRLCSP -como antes en la LCE/1965 y la LCAP/1995- *la ejecución de obras* se prevé, con carácter general, para el *contrato de gestión de servicios públicos* (art. 279.1, antes transcrito, e igualmente en el RGLCAP, 67.4.f y 183), sin referirla, por tanto, a ninguna modalidad en concreto.

Sin perjuicio de ello, hay que precisar que, por lo menos en el ámbito local, ha venido siendo habitual sostener que la previsión de que deban de ejecutarse obras de importancia constituye un factor que aconseja utilizar la figura de la concesión, por la doble razón de contar con una regulación muy precisa y suministrar un criterio de diferenciación respecto de las otras modalidades de gestión indirecta de servicios públicos.²⁵⁵

Situados ante la propuesta de modificación de la legislación de contratos del sector público, pues, vemos que la tendencia de la legislación básica de contratos se interrumpe toda vez que en el Anteproyecto esa previsión de ejecución de obras se reconduce a la concesión de servicios, lo que, de acuerdo con el nuevo planteamiento, queda circunscrita a las que comporten transferencia del riesgo operacional al contratista (ALCSP, 285.1 *in fine* en relación con el 15.2 y 14.4).

²⁵⁴ Efectivamente, esa *ejecución* no era posible en las otras modalidades de gestión indirecta:

- en el concierto, porque la Corporación local utilizaba los *servicios* que entidades o particulares *tuvieran ya establecidos* (RS, 143);
- en el arrendamiento, por cuanto éste se caracterizaba por el hecho de que *la prestación de los servicios* se desarrollaba en instalaciones ya construidas y de pertenencia de la Corporación (RS, 138), de manera que el arrendatario debía asumir tal prestación, acompañada de su conservación, pero sólo referida a las *reparaciones ordinarias* (ex RS, 139.3).

Y tal era el arraigo de las obras que ALBI, en su minucioso y riguroso *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones locales*, concluye: «eliminaremos en nuestro estudio del área de la concesión toda la materia a que alude el apartado b) del art. 114-2 del Reglamento (la de *mero ejercicio del servicio*), para trasladarla a la esfera del arrendamiento o de la autorización reglamentada, donde la desarrollaremos con sujeción absoluta a las normas legales y reglamentarias vigentes, con lo cual nuestro concepto de la concesión queda reducido, estrictamente, al que nos proporciona el apartado a) del precepto reglamentario de referencia (el que comprende *la construcción de una obra o instalación*)» (ALBI CHOLBI, 1960: 513-514).

La legislación autonómica postconstitucional, sin embargo, ha mantenido el posible doble objeto en la concesión: ROASCat/1995 (art. 243); RBASOArag/2002 (273); LGal/1997 (303) y LFNavig/1990 (200), entre otras.

²⁵⁵ En este sentido ya me pronuncié; MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS (2007: 286-287 y 2009: 630, 631 y 645).

En consecuencia, el interrogante se abre respecto de aquellos supuestos en que, siendo necesaria la ejecución de obras para la prestación del servicio público, la configuración contractual no comporte una asunción del riesgo operacional por el contratista. Según el Anteproyecto deberá subsumirse en el contrato de servicios, por lo que será analizado al examinar este tipo contractual.

Sentado todo lo anterior, en relación con esta obligación que analizamos hay que precisar que el concesionario deberá ejecutar las obras con arreglo al proyecto aprobado por la Administración, ya hubiera sido aportado por ésta, ya lo haya elaborado el propio concesionario como prestación incluida en el contrato.²⁵⁶

4.7.3. Prestar el servicio de conformidad con la legislación aplicable y con arreglo a las previsiones contractuales.

La obligación principal y que siempre ha de cumplir el concesionario es la de prestar el servicio público, lo que debe llevar a cabo de conformidad con la legislación aplicable y con arreglo a las previsiones contractuales. En relación con esta formulación genérica es necesario efectuar las siguientes consideraciones.

- a) La observancia por el concesionario de lo dispuesto en la legislación aplicable es una exigencia obvia, que incluso se puede considerar una obligación derivada del propio *Estado de Derecho* (ex CE, 1.1).

²⁵⁶ Sobre la documentación técnica recuérdese estos extremos:

- a) Respecto de los diferentes tipos de documentación, debe hablarse de proyecto de obras (TRLCSF, 121 a 123 y concordantes), anteproyecto y bases técnicas (TRLCSF, 124.2 y RGLCAP/2001, 122 y 183.2), cuya ordenación responde al mayor o menor grado de precisión técnica que contiene cada uno.

- b) Por lo que se refiere a las previsiones normativas deben citarse las siguientes:

- TRLCSF/2011, art. 133.2

«En los contratos que comprendan la ejecución de obras, la tramitación del expediente irá precedida de la elaboración y aprobación administrativa del anteproyecto de explotación y de las obras precisas, con especificación de las prescripciones técnicas relativas a su realización. En tal supuesto serán de aplicación los preceptos establecidos en esta Ley para la concesión de obras públicas».

- RGLCAP/2001, art. 183.

«2. A los proyectos de obras necesarias para el establecimiento del servicio público les serán de aplicación los artículos 122, 124, 125, 127, 128 y 129 de la Ley y 124 al 132 de este Reglamento.

3. Cuando el contratista deba redactar el proyecto de las obras necesarias para el establecimiento o explotación del servicio dicho proyecto habrá de ser aprobado por el órgano de contratación.»

Ejecutadas las obras, la obligación del concesionario relativa a su conservación se analiza en el apartado 4.7.7.

Siendo ello incuestionable, ese sometimiento del concesionario reviste una singular importancia por lo que se refiere al cumplimiento de la legislación sectorial, objeto de modificaciones frecuentes y cuya aplicación requiere de conocimientos especializados, no siempre al alcance de unas entidades locales con medios personales limitados.²⁵⁷

- b) La prestación del servicio con arreglo a las previsiones contractuales es otro requerimiento que es inherente a la relación jurídica que analizamos. La expresión como tal *obligación general del concesionario* la encontramos en el art. 128.1 del RS/1955 bajo los términos «*prestar el servicio del modo dispuesto en la concesión*».

Siendo evidente, los problemas suelen surgir en aspectos concretos de la prestación y a diferencias de criterio entre las partes, y todo ello en relación directa con el nivel de precisión de la documentación contractual.

Hay que insistir, por tanto, en la necesidad de elaborar los *pliegos* bajo el criterio de exhaustividad, pues son ellos los que han de *incluir* «*los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato*» (TRLCSF, 115.2, sobre el PCAP y, correlativamente, ALCSP, 122.2) y «*las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la ejecución de la prestación*» (TRLCSF, 116.1, sobre el PPTP y ALCSP, 124).

- c) La prestación ha de desarrollarse con observancia de los principios de continuidad y regularidad del servicio público. De ellos se hacen eco los art. 280.a) del TRLCSF y 286.a) del ALCSP al prescribir, como primera obligación del contratista del CGSP, la de «*prestar el servicio con la continuidad convenida*», a la que añade la de «*garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que*

²⁵⁷ Precisamente la complejidad técnica de buena parte de los servicios locales constituye un argumento para que las corporaciones concedan su gestión a un empresario experimentado, con conocimientos sobre la misma y capaz de asegurar su correcta prestación.

Sin perjuicio de esa configuración general de la obligación del concesionario, hay que recordar que el RGLCAP (art. 67.4.a) exige que en el PCAP se contenga la referencia al régimen jurídico básico del servicio, lo que puede aprovecharse para efectuar la de la legislación sectorial.

hayan sido establecidas», resaltando de esta forma la dimensión subjetiva del principio de regularidad. ²⁵⁸

Se erige así el concesionario en garante inmediato de la prestación del servicio, sin que ello produzca la postergación total de la Administración que, en tanto que titular del mismo, sigue obligada a asegurar su funcionamiento frente a los usuarios, que, en el ámbito local, tienen reconocido ese derecho a la utilización y a la prestación continua y regular de los servicios obligatorios (ex LBRL, 18.1. letras c y g), como ha resaltado la jurisprudencia. ²⁵⁹

²⁵⁸ La legislación autonómica catalana y aragonesa, igualmente con carácter general, atribuyen al contratista la obligación de «*prestar el servicio con la continuidad y regularidad*», en el ROAS (art. 235.a), «*que haya acordado el ente local contratante*», y, en el RBASO (269.1.a), «*que establezca el reglamento del servicio*».

La LFNavi/1990, por su parte, establece que «*la prestación de los servicios públicos se realizará con la continuidad prevista en su reglamentación reguladora*» (art. 190.1, primer inciso).

²⁵⁹ En el sentido indicado:

-STS de 22.2.1982 (Ar 1619, CDO 3º, 4º y 6º)

«*...la regla interpretativa tenderá siempre a asegurar el buen funcionamiento del servicio, y la prestación del mismo de forma regular y continua, hasta el extremo que estas notas forman parte de muchas de las definiciones doctrinales que se han dado en esta institución. (...)*

Que lo dicho se traduce en la práctica en que, en la concesión, o en el arrendamiento, de un servicio público, por poco relevante que éste sea, toda la construcción del régimen está hecha con miras a asegurar su buen, regular y continuo funcionamiento. (...)

...como se ha dicho, la continuidad en la prestación del servicio es la nota esencial de todo servicio público y, por lo tanto, un principio inmanente en la naturaleza de la institución...»

-STS de 16.5.1997 (Ar 4371, FJ 4º):

«*Resulta insoslayable establecer la conexión entre las competencias municipales a que acabamos de referirnos y el derecho [ex art. 18.1.g LBR] de los vecinos al establecimiento del correspondiente servicio público, en el supuesto de constituir una competencia municipal propia de carácter obligatorio, como aquí sucede. Servicios que, además, deben ser prestados con las notas de regularidad y continuidad para garantizar así al ciudadano su digna subsistencia. Tales criterios hunden sus raíces en las exigencias propias del Estado Social de Derecho y son predicables tanto cuando los servicios a que nos venimos refiriendo son prestados o gestionados directamente por la Administración, como cuando la gestión tiene lugar de forma indirecta a través de alguna de las variadas formas que nuestro ordenamiento jurídico permite, pues en todas ellas cabe percibir la presencia de la Administración y del prestador del servicio como colaboradores comprometidos en la consecución de un mismo fin, que es, repetimos, el de garantizar al ciudadanos una existencia vital efectiva».*

- STS de 24.2.2000 (Ar 1333) que, tras recordar la sentencia que se acaba de citar, afirma: «*llegando así a la conclusión de que el recurso debe ser estimado, revocada la sentencia y afirmada la conformidad a derecho de los actos administrativos que denegaron la autorización para proceder a la suspensión del suministro eléctrico, lo cual desde luego no priva a la entidad suministradora de instrumentos jurídicos para reclamar el importe de lo facturado, pues lo que no se desprende de la doctrina que aquí hemos aplicado es que se queden sin abonar los recibos emitidos por consumos efectivamente realizados»* (FJ 2º).

- d) La vigencia con carácter general de esos principios de continuidad y regularidad en la prestación del servicio no obsta al hecho de que se hayan planteado posibles causas de excepción.

Tales causas deberán siempre interpretarse restrictivamente, atendido el carácter esencial que los principios señalados cumplen en la ordenación e interpretación del régimen jurídico de los servicios públicos. Con todo, hay determinados supuestos en que la excepción debe admitirse al hallarnos, básicamente, ante situaciones caracterizadas bien por la *imposibilidad material* de prestación del servicio, bien por la *legitimidad* de su interrupción.

Desde la perspectiva de la legislación, el propio RS/1955, tras enunciar la obligación de «*prestar el servicio del modo dispuesto en la concesión*», fija ya un criterio: «*sin más interrupciones que las que se habrían producido en el supuesto de gestión directa municipal o provincial*» (art. 128.1.1^a, in fine).²⁶⁰

- d.1) La primera situación de excepción es la que se vincula con los supuestos de *fuerza mayor*, bien entendido que habrá que ceñirse a la definición legal de la misma. Concretamente, la que proporciona los art. 231.2 del TRLCSP y 237.2 del ALCSP, según los cuales:

«*Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes:*

a) *Los incendios causados por la electricidad atmosférica.*

b) *Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes.*

c) *Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.»*

Desde la perspectiva bajo la que se analiza ahora la cuestión no hay duda de que, de concurrir tales circunstancias extraordinarias, quedará *justificada* la *interrupción del servicio público* de que se trate, atendida la *imposibilidad material* de prestarlo, y sin que procedan consecuencias de orden sancionador o extintivas del contrato en perjuicio del gestor del mismo. Cuestión aparte es la relativa a si el

²⁶⁰ En términos análogos, aunque referidos genéricamente al contratista de gestión de servicios públicos, se expresa el ROAS (art. 235.a).

concesionario tiene o no derecho a la indemnización, prevista en el art. 231.1 del TRLCSP y 237.1 del ALCSP para el contratista de obras, lo que veremos después en relación con el principio del mantenimiento del equilibrio económico.

d.2) Una situación que presenta perfiles problemáticos es la de la *huelga de los trabajadores del concesionario*. Normalmente, en el análisis de la cuestión suelen confrontarse dos bienes o ámbitos protegidos jurídicamente:

- de una lado, los servicios públicos, con toda su *carga* de garantías que venimos analizando; y
- de otro, el derecho de huelga de los trabajadores, el cual tiene el rango de *fundamental* al haber sido regulado por la Constitución en el art. 28.2.

Aunque el análisis detenido del derecho de huelga desborda nuestro trabajo, sí es necesario efectuar las siguientes precisiones:

1ª En tanto que incluido en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I, la CE (art. 53.2) le dota de un sistema de garantías doble: el propio de la jurisdicción ordinaria, a través de un «*procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad*», y el del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

2ª En previsión de su trascendencia, el art. 28.2 de la CE, después de afirmar que «*se reconoce el derecho de huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses*», añade: «*la ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad*».

3ª Desde nuestra perspectiva, la problemática se incrementa por cuanto:

- no existe una correspondencia total entre los *servicios esenciales de la comunidad*, citados por la CE, y los *servicios públicos locales*, aunque es manifiesto que una parte de éstos deba incluirse entre aquellos (así, por ejemplo, el de abastecimiento domiciliario de agua potable, ex LBRL, 26.1.a);
- no se ha promulgado ley orgánica alguna sobre el ejercicio del derecho de huelga, y por tanto no se han regulado ni las *garantías precisas para asegurar*

el mantenimiento de los servicios esenciales, ni ninguna otra previsión al respecto.²⁶¹

4ª El derecho de huelga «*pertenece a los trabajadores, (y) puede ser ejercitado por ellos personalmente, por sus representantes y por las organizaciones sindicales con implantación en el ámbito laboral al que la huelga se extienda*» (STC 11/1981, de 8.4, apartado 2º, letra a, de la parte dispositiva).

5ª Sentadas las precisiones anteriores, en la cuestión que estamos analizando concurren, además, diversos factores que dificultan la adopción de una decisión, máxime si se considera que:

- lo que motiva de ordinario la huelga es un *conflicto entre privados*, esto es, la empresa concesionaria del servicio y sus trabajadores;
- que repercute, a veces gravemente, en la prestación de un servicio público, en perjuicio de sus usuarios;
- pero en el marco estricto, eso sí, de una concesión, esa relación jurídica de la que derivan derechos y obligaciones, exclusivamente, entre la Administración y el concesionario.

Es por todo ello que la solución o las medidas no pueden adoptarse sólo en el marco contractual, por cuanto la situación trasciende la bilateralidad que es propia de dicho marco. En este sentido opino que deben descartarse las decisiones *simplistas*, tanto si enfatizan la *dimensión privada* del conflicto, como si maximizan las exigencias derivadas de su *dimensión pública*.²⁶²

²⁶¹ Como norma de referencia rige el RD Ley 17/1977, de 4.3, *regulador del derecho de huelga y de los conflictos colectivos de trabajo*, válido en tanto no se oponga a la Constitución (véase STC 11/1981, de 8.4). Sobre *el derecho de huelga en la doctrina del Tribunal Constitucional y las propuestas para una Ley Orgánica*, véase QUINTANILLA NAVARRO (2008).

²⁶² La jurisprudencia contencioso-administrativa ha evolucionado desde una posición inicial en la que analizaba la huelga sólo desde la perspectiva del incumplimiento contractual que comportaba, hasta una consideración del conflicto en todas sus dimensiones.

En este sentido cabe citar, respectivamente, las siguientes sentencias:

- STS de 21.1.1983 (Ar 279): en esta Sentencia se confirma la legalidad del acuerdo municipal de rescisión del contrato y secuestro del servicio, sobre la base de «*Que no puede enervar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por la Empresa E., S. A. en cuanto a la recogida de basuras y limpieza viaria de Gijón, la huelga de los trabajadores encargados de realizar tales servicios, ya que este suceso no aparece recogido entre los casos que el Ordenamiento Legal en materia de contratación administrativa considera de fuerza mayor.*» (CDO 6º Sentencia apelada). La confirmación de la legalidad de tales acuerdos (CDO 2º y 3º del TS), sin embargo, no obsta a la *atenuación* de las consecuencias al disponerse «*Que al no declararse, en el presente caso, que el incumplimiento de las obligaciones que incumbían a "E. M. A. S. A." haya sido debido a causa imputable a la referida Empresa concesionaria, no resulta pertinente acordar la inhabilitación de la misma para ser contratista de obras y servicios*

En tales situaciones lo más aconsejable para la entidad local es seguir de cerca la evolución del conflicto, asegurarse de que se adoptan los mecanismos legalmente

públicos decretada en las resoluciones municipales que se impugnan, de conformidad con lo dispuesto en el art. 67 en relación con el 4.º, núm. 5 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales;» (CDO 4º del TS).

- STS de 30.6.1987 (Ar 6602): en esta Sentencia, en cambio, la consideración sobre el ejercicio de un derecho fundamental como el de huelga limita mucho más las consecuencias respecto del concesionario (FJ 2º): «*La cuestión planteada en este proceso debe resolverse en base a las siguientes consideraciones; 1.º) La cesación temporal de un servicio público municipal por causa del ejercicio de un derecho establecido en la Constitución artículo 28-2 por parte de los empleados de la Empresa Concesionaria del servicio sin que se haya imputado a ésta ninguna responsabilidad por dolo, negligencia, o morosidad o de cualquier otra índole, ni haber sido causa u origen de la huelga no puede dar lugar a la obligación de la concesionaria de indemnizar fundada en el artículo 92 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, y 1101 del Código Civil. 2.º) La obligación del contratista concesionario de cumplir con las obligaciones pactadas, la inalterabilidad del contrato, y que éste se entienda siempre convenido a riesgo y ventura del contratista, artículos 51 y 57 del meritado Reglamento de Contratación, deviene imposible cuando por aplicación de una norma legal, en este supuesto de rango constitucional, la situación jurídica dimanante de la aplicación de esa norma se contradice con el contenido de la obligación; y, en el supuesto de sostener la tesis contraria, a los daños y perjuicios que comporta para el concesionario la no prestación del servicio, pérdida del canon establecido, se incrementarían con los causados al interés público atribuyendo la responsabilidad a quien legalmente no estaba capacitada para impedir el ejercicio de un derecho que no guarda relación con la naturaleza ni el contenido de las obligaciones asumidas por el concesionario, que si le obligan, sin posibilidad de modificarlas, salvo los supuestos contemplados en la Ley de fuerza mayor artículo 57-I-a) b) c) y d), del Reglamento de Contratación citado, 46 y 67 de la Ley de Contratos del Estado (RCL 1965\771 y NDL 7365) supuestos de fuerza mayor que inciden sobre las obligaciones contractuales como causa exonerante de su cumplimiento que no comprende el de imposibilidad legal de cumplir con las condiciones pactadas, no obstante lo cual de no ser admitida como motivo de exoneración de responsabilidad daría lugar a una lesión en los derechos del contratista no prevista en la Ley ni en el contrato 3.º) La no apreciación de fuerza mayor en el incumplimiento de las obligaciones de un concesionario, según el concepto que establece el Código Civil artículo 1105; suceso que no hubiera podido preverse o que, de haberse previsto fuera inevitable, con la aplicación matizada que de esta doctrina legal se ha hecho por la Jurisprudencia, no excluye la declaración de indemnidad a favor del concesionario cuando por imperativo legal no puede cumplir con sus obligaciones, correspondiendo a la Administración en estos casos el asumir, dentro de sus posibilidades materiales la prestación del Servicio Público artículo 127-I-3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales sin atribución de responsabilidad al concesionario cuando el incumplimiento no es imputable al mismo, según se deduce de este precepto, y el número 2-3 del mismo artículo por el que se impone a la Administración la obligación de indemnizar al concesionario por los daños y perjuicios que le ocasionare la asunción directa del servicio público si éste se produjere por motivos de interés público independientes de culpa del concesionario; de lo que se infiere que por esa norma se exige la incidencia de culpabilidad para la exigencia de responsabilidad al concesionario de un servicio público, interpretación acorde con la naturaleza de las obligaciones y su cumplimiento que no excluye la necesidad de que por el contratista se asuman los riesgos de le ejecución del contrato en cuanto e éstos dimanen de su propia naturaleza y de sus condicionantes económicos y financieros, pero no cuando incida una causa legal que haga imposible su cumplimiento; sin perjuicio que por la misma razón la Administración no estará obligada a indemnizar al contratista por los daños que comporte la asunción del servicio ya que tampoco es imputable a la misma causa que la origina; doctrina acorde con el derecho de huelga establecido en el precepto Constitucional y declarado irrenunciable por el artículo 2.º del Real-Decreto Ley de 4-3-77 (RCL 1977\490 y NDL 29184), por el que se declaran nulos los pactos establecidos en los contratos individuales de trabajo que contemplan la renuncia o cualquier otra restricción al derecho de huelga.»*

previstos en forma de la fijación de unos servicios mínimos en los casos justificados, y sin descartar actuaciones de mediación entre las partes o cerca de las Administraciones competentes.²⁶³

²⁶³ Estas son, básicamente, las Autonómicas, cuyas competencias en el ámbito laboral requerirán, llegado el caso, de su actuación.

En supuestos extremos, también pueden tener repercusiones que afecten a la sanidad y a la salubridad pública, como ha venido sucediendo, por ejemplo, en conflictos de larga duración en concesiones de los servicios de recogida y tratamiento de residuos, limpieza viaria o abastecimiento domiciliario de agua potable.

Por mi parte, entiendo esa mediación de la Administración titular como una actuación consecuente con la importancia de los principios de continuidad y regularidad de los servicios públicos.

Sentado lo anterior, y por lo que se refiere a la *legitimidad* de la actuación pública debe señalarse:

- El art. 190.2 de la LFNavig/1990, que dispone:

«Las entidades locales están facultadas para adoptar las medidas necesarias tendentes a asegurar el funcionamiento de los servicios públicos en el caso de ejercicio del derecho de huelga por el personal adscrito a los mismos».

- El art. 208.2 del RBASO Arag/2002, sobre *continuidad de la prestación*, que prescribe:

«El Alcalde o Presidente de la Entidad podrá adoptar las medidas necesarias para garantizar el adecuado funcionamiento de los servicios mínimos ante el eventual ejercicio del derecho de huelga por el personal adscrito a los mismos, previa audiencia, en su caso, a los representantes del personal.»

En este sentido, cabe citar la STS de 15.6.2005 (Ar 9370), que se pronuncia así (FJ 6º.4): *«Tratándose de una huelga circunscrita al territorio de un Municipio y solicitada en relación a una empresa concesionaria de un servicio público municipal, la atribución al Ayuntamiento de esa consideración de “autoridad gubernativa” no parece que deba ofrecer dudas.*

Los intereses afectados por la huelga serán los de todos los ciudadanos del Municipio a los que, para atender necesidades inaplazables, les resulte imprescindible utilizar el servicio municipal de transporte urbano, y la gestión de ese servicio corresponde en su totalidad al Ayuntamiento».

Se plantea así la duda de si la fijación de los servicios mínimos (atribuida a la *autoridad gubernativa* según el art. 10.2º pfo., del RDL 17/1977) corresponde a la Administración titular del servicio o a la Autonómica, cuestión sobre la cual pueden fijarse los criterios siguientes:

1º El Tribunal Constitucional sostiene que *«un examen detenido de nuestra doctrina conduce a concluir que, explícita o implícitamente, hemos partido de que la autoridad gubernativa a quien corresponde determinar el mínimo de mantenimiento del servicio, a fin de preservar los derechos o bienes constitucionales comprometidos por la huelga, es aquella autoridad, estatal o autonómica, que tiene competencia y, por consiguiente, la responsabilidad política del servicio en cuestión.(...) Y, en efecto, hay que confirmar que la autoridad gubernativa con competencias en un determinado servicio es quien mejor puede apreciar si dicho servicio es o no esencial para la comunidad, en el sentido de si su eventual paralización afecta o menoscaba intereses y bienes constitucionalmente protegidos, siendo obviamente muy superiores las dificultades que una autoridad sin competencias sobre el servicio puede tener para ponderar lo anterior y, por lo tanto, la competencia sobre el servicio determina la competencia sobre el mínimo de actividad a mantener»* (STC 233/1997, de 18.12. FJ 6º que reitera las SSTC 86/1991, de 25.4, 27/1989, de 3.2 y 33/1981, de 5.11).

2º Con todo, también se ha sostenido que sea la autoridad laboral la que fije los servicios mínimos, tesis que se ve reforzada en el caso de los Estatutos de Autonomía de Cataluña y Andalucía que atribuyen a la Administración autonómica *la determinación de los servicios mínimos de las huelgas que tengan lugar en Cataluña/Andalucía* (EAC/2006, 170.1.i), y EAA/2007, 63.1.5º, respectivamente); véase al respecto SEPÚLVEDA GÓMEZ (2011).

3º De seguirse esta tesis sobre la fijación por la Administración autonómica es obvio que deberá admitirse que la Administración titular del servicio participe en el proceso de toma de decisiones; en este sentido, SEPÚLVEDA GÓMEZ (2011:9).

Un ejemplo de este reparto de papeles lo encontramos en la Resolución de 20.11.2013 de la Viceconsejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo de la Junta de Andalucía (BOJA

El enjuiciamiento del ejercicio del derecho de huelga, por tanto, debe diferirse al caso concreto, en cuyo momento se valorarán las circunstancias concurrentes, el desarrollo de los acontecimientos e, incluso, los comportamientos adoptados por los diferentes actores en relación con sus legítimos derechos respectivos.²⁶⁴

núm. 234, del 28.11.2013), que reproduce la propuesta del Ayuntamiento de Ayamonte (Huelva), como también la del comité de huelga, en relación con el servicio de limpieza de los colegios, locales y edificios públicos de dicho Ayuntamiento, antes de fijar los servicios mínimos que se establecen en dicha Resolución.

²⁶⁴ A este respecto, es relevante la opinión de MESTRE DELGADO (1992), en el sentido de «que debe aplicarse, a la hora de fijar los servicios esenciales, un criterio de proporcionalidad, una razonable proporción entre los sacrificios que se impongan a los huelguistas y los que padezcan los usuarios de aquéllos (STC 43/1990, de 15 de marzo)» (op. cit.: 238).

En esta línea de razonamiento es expresiva la STS de 22.12.2010 (Ar 774), que, sobre la huelga de los servicios de limpieza de un aeropuerto, precisa (FJ 3º):

«A este respecto, debe subrayarse, en primer lugar, que la observancia de esa proporcionalidad significa mantener un equilibrio entre lo siguiente: de un lado, que los servicios mínimos queden limitados a aquéllos que se presenten como razonablemente imprescindibles para la debida atención de las necesidades de interés general a cuya garantía están dirigidos tales servicios; y, de otro, que el contenido del derecho de huelga no quede vacío en su contenido esencial, cual es el de constituir un instrumento de presión reivindicativa cuya eficacia, a su vez, conlleva hacer socialmente visible el conflicto laboral a través de las incomodidades y disfunciones que produce la paralización de actividades inherentes a toda huelga.

En segundo lugar, debe compartirse la distinción que el Ministerio Público realiza, en lo que se refiere a los servicios mínimos aquí controvertidos, entre los incluidos en los apartados (b) y (c) de la parte dispositiva de la Orden impugnada y los que se establecen en el apartado (a); como también la valoración que el Fiscal hace de que sí se justificaron debidamente los servicios mínimos establecidos en los apartados (b) y (c) [referidos a la limpieza de las dependencias técnicas y a la recogida de carros portaequipajes], pero no así los del apartado (a) [limpieza de aseos de las zonas públicas].

Los porcentajes de plantilla establecidos para esos servicios (b) y (c) merecen ser considerados razonables porque demuestran que, a través de ellos, sí se observó ese equilibrio que debe existir entre la perturbación inherente a la huelga y la atención mínima que requieren los intereses o necesidades a cuya garantía están dirigidos los servicios mínimos; es decir, significaban una considerable disminución de la plantilla ordinaria que necesariamente produciría disfunciones y haría evidente la situación de huelga y, además, estaban ordenados a dar satisfacción a unos intereses generales cuya importancia es así mismo indudable (mantener determinadas instalaciones del aeropuerto en unas condiciones que son necesarias para la operatividad y la seguridad del tráfico aéreo, y garantizar a los pasajeros con discapacidad sus derechos de accesibilidad universal y de igualdad de oportunidades).

Sin embargo, no puede decirse lo mismo de ese cien por cien de la plantilla que se establecía en el apartado (a), ya que en este caso se vacía en su totalidad el derecho de huelga y no se explica la enorme gravedad que viene a ser apreciada para el riesgo sanitario que se quiere conjurar. Sobre de esto último, debe decirse que hay una gran distancia entre el óptimo nivel de limpieza que debe existir en situaciones de normalidad y lo que podría ser una sociedad en términos tan intolerable capaz de generar riesgos para la salud, pues caben situaciones intermedias en las que una actividad de limpieza más limitada que la habitual provoque tan sólo incomodidades o molestias pero no insalubridad».

BLANQUER CRIADO analiza brillante y detalladamente el derecho de huelga de los trabajadores de la empresa concesionaria, y la continuidad en la prestación de los servicios esenciales (2012: 931-964); con remisión a su estudio, selecciono las referencias a los siguientes servicios (2012: 943-945):

Para acabar, sobre la fijación de los servicios mínimos pueden enunciarse, en síntesis, los siguientes criterios.²⁶⁵

- debe existir una razonable proporcionalidad entre la protección del interés de la comunidad y la restricción impuesta al ejercicio del derecho de huelga;
- partiendo de un criterio restrictivo en el establecimiento de servicios mínimos, que deben ser objeto de una fundamentación razonada;
- cuya impugnación se resida ante la jurisdicción contencioso-administrativa, mediante el procedimiento preferente y sumario, sobre derechos fundamentales (ex CE, 28 y 53.2), de la LJCA/1998 (114-122 bis);
- lo que permite interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional cuando se haya agotado la vía judicial (ex CE, 28 y 53.2 y LOTC/1979, 44);
- no obstante, el control de la aplicación empresarial de los servicios mínimos fijados, y de la designación de los trabajadores que han de atenderlos compete al orden jurisdiccional social.²⁶⁶

d.3) Con mayor rotundidad puede afirmarse que *no asiste al concesionario el derecho a la suspensión del contrato por falta de pago de la Administración*, a diferencia de lo que sucede en los contratos de obras, suministros y de servicios. En éstos rige la previsión del art. 216.5 del TRLCSP (reproducida por el 196.5 del ALCSP):

«Si la demora en el pago fuese superior a cuatro meses, el contratista podrá proceder, en su caso, a la suspensión del cumplimiento del contrato, debiendo comunicar a la Administración, con un mes de antelación, tal circunstancia, a

- Recogida de basuras: el Tribunal Supremo (TS) consideró razonable los servicios mínimos, atendido que ejerció el derecho de huelga un 77% de los trabajadores de la empresa concesionaria (STS de 1.10.2003, citada por BLANQUER CRIADO, 2012: 944).

- Transporte urbano de viajeros: el TS apreció equilibrados y proporcionados unos servicios mínimos del 50% (STS 15.6.2005, Ar 9370, FJ 7º).

- Transporte de viajeros de carácter supramunicipal: el TS juzgó razonable y proporcionada la fijación de unos servicios mínimos del 50% de las líneas de autobús que coinciden con servicios ferroviarios y del 60%, cuando no (STS 11.4.2003, citada por BLANQUER CRIADO, 2012: 944).

- Hospital, servicio de urgencia que se presta en los quirófanos: se admite la fijación del 100% de los servicios mínimos, lo que no estaría justificado en los supuestos de intervenciones no urgentes (STS de 25.7.2007, Ar 6925, FJ 5º).

²⁶⁵ Referencias bibliográficas: DE LA VILLA GIL (1991), RUANO ALBERTOS (2002), QUINTANILLA NAVARRO (2008: 354-356) y STS de 2.12.2010 (RJ 2010 8785).

²⁶⁶ Véanse STC 123/1990, de 2.7 (FJ 5º) y STS de 12.3.1997 (RJ 1997 2892, FJ 4º *in fine*).

efectos del reconocimiento de los derechos que puedan derivarse de dicha suspensión, en los términos establecidos en esta Ley.»

La previsión transcrita no es de aplicación a la concesión y, en general, a todas las modalidades de gestión indirecta por cuanto la suspensión a la que alude se encuentra vinculada, directamente, con el art. 220 del TRLCSP (intitulado, precisamente, «*suspensión de los contratos*»), el cual, por dictado expreso del 276 del mismo texto, no rige para el contrato de gestión de servicios públicos.²⁶⁷

Situados, pues, frente al Anteproyecto, su planteamiento lleva a tener en cuenta que la imposibilidad de suspensión por falta de pago se circunscribe a la concesión de servicios públicos, esto es, a aquellos en los que se transfiera el riesgo operacional (ALCSP, 284 en relación con el 206 y 196.5).²⁶⁸ Deben traerse a colación, por tanto, las reflexiones que se formulan sobre la inaplicación de esta excepción a la suspensión si el contrato formalizado es el de servicios, en tanto tipo contractual destinado a regular la gestión de servicios públicos en que el contratista no asuma el riesgo operacional en su explotación.

Naturalmente, el hecho de que el concesionario no pueda instar la suspensión por falta de pago y deba seguir prestando el servicio no le deja inerte ante la Administración, pues puede ejercer los derechos que le asisten (económicos y a la resolución del contrato, ex TRLCSP, 284, 286.a) y 288.4 y, correlativamente, ALCSP, 290, 292.a) y 293.4), en los términos que se analizan posteriormente.

²⁶⁷ El art. 220 del TRLCSP es del siguiente tenor:

«1. Si la Administración acordase la suspensión del contrato o aquella tuviere lugar por la aplicación de lo dispuesto en el artículo 216, se levantará un acta en la que se consignarán las circunstancias que la han motivado y la situación de hecho en la ejecución de aquél.

2. Acordada la suspensión, la Administración abonará al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste.»

La conclusión sobre la no aplicación del 216.5 del texto legal es incuestionable tras comprobar que dicho apartado es el único que habla de la suspensión.

Se trata, por tanto, de una especialidad de este tipo de contrato, que por cierto se reprodujo durante mucho tiempo, en relación con la demora en el pago como causa extintiva del mismo: si en el CGSP se fija en 6 meses (ex TRLCSP, 286.a), en el resto de contratos se vino estableciendo en 8 (ex 216.6 y 223.e del mismo texto legal), hasta septiembre de 2013 en que se redujo a 6 meses (ex L 41/2013, de 23.9, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, cuyo art. 47.1 modificó en el sentido indicado el art. 216.6 del TRLCSP). Hasta la unificación de plazos, pues, se producía una *suerte* de compensación: se negaba el derecho a la suspensión en el CGSP, pero se acortaba el plazo para solicitar la resolución del contrato por la causa indicada.

²⁶⁸ Los preceptos 284, 206 y 196.5 del ALCSP reproducen los art. 276, 220 y 216.5 del TRLCSP, respectivamente.

d.4) Dejando aparte la falta de pago, pueden concurrir otros supuestos de *incumplimiento* de la Administración que la Doctrina administrativa ha vinculado con los principios de continuidad y regularidad y la posibilidad de su excepción.²⁶⁹

Tales supuestos tienen su origen en la contravención de obligaciones de la Administración correlativas a sendos derechos previstos en el Reglamento de Servicios de 1955. Formuladas en clave de incumplimiento de la Corporación, sus definiciones respectivas serían las siguientes:

- 1) *No otorgar al concesionario la protección adecuada para que pueda prestar el servicio debidamente* (art. 127.2.1º, *a contrario*).
- 2) *No permitir el ejercicio de su derecho a utilizar los bienes de dominio público necesarios para el servicio* (art. 128.3.3º, *a contrario*).
- 3) *No tramitar los procedimientos de expropiación forzosa, imposición de servidumbres y desahucio administrativo para la adquisición del dominio, derechos reales o uso de los bienes precisos para el funcionamiento del servicio* (art. 128.3.4º, *a contrario*).²⁷⁰

Como se deduce fácilmente, se trata de supuestos en que *materialmente* el concesionario no puede prestar el servicio, no por causas a él debidas, sino porque la Administración no lo hace posible. Ello es evidente, desde luego, en los dos últimos casos, atendido que sólo la Corporación está facultada para autorizar el uso de sus bienes de dominio público (ex LBRL, 79 y concordantes), o ejercer las potestades y capacidad públicas en el curso de los procedimientos señalados (así, la expropiatoria y de ejecución forzosa y la relativa a las servidumbres ex LBRL, 4.1. letras d) y f), y 5).

El supuesto relativo al otorgamiento de protección al concesionario tiene una configuración más amplia, lo que no permite un juicio concluyente. Dependerá del caso concreto, aunque resultará dirimente el criterio que ya vimos, en el sentido

²⁶⁹ Referencias bibliográficas: SAINZ MORENO (1978: 16 y ss), MESTRE DELGADO (2003: 1482-1483 y 2011: 2107-2009) y SOSA WAGNER (2004: 206 y 207).

²⁷⁰ En la legislación autonómica, los preceptos correlativos los encontramos en el ROASCat/1995 (art. 237.d y 250.2 letras c y d, referidos al contratista gestor indirecto, el primero, y al concesionario, el segundo) y en el RBASO Arag/2002 (art. 278.a y 279.1, letras c. y d., todos referidos al concesionario).

de que el concesionario debe prestar el servicio *sin más interrupciones que las que se habrían producido en el supuesto de gestión directa* (RS, 128.1.1º y ROAS, 235.a). En concordancia con esta máxima, si la *protección* era necesaria para la prestación del servicio y la Corporación no la dispensó, nos encontraríamos igualmente en el anterior supuesto de *imposibilidad material* de dicha prestación, y cuya causa es atribuible a aquella.

En razón, pues, de este origen común y que se imputa a la Administración titular del servicio, no resultaría legítimo que ésta pretendiera ejercer acciones sancionadoras o extintivas en perjuicio del concesionario, pues ello sería contrario a los *principios de buena fe y confianza legítima* (ex Código civil, 1258, por lo que se refiere al marco contractual, y L 30/1992, 3.1, segundo párrafo, en relación con la actuación administrativa, y recogidos en la LRJSP/2015, 3.1.e).

d.5) Como en el de la huelga, resultan también problemáticos los casos de *concurso e insolvencia* del concesionario. Desde la perspectiva de la continuidad y regularidad de la prestación del servicio es obvio que tales situaciones afectarán a la concesión, especialmente en las fases previas de los procedimientos respectivos, toda vez que de los mismos acaba derivándose la resolución del contrato (ex TRLCSP, 223.b y 224.2, primer párrafo y 224.5, apartado este último que no tiene carácter básico y ALCSP, 209.b y, con carácter no básico, 210.2, primer párrafo y 210.5).²⁷¹

²⁷¹ Debe significarse que las previsiones normativas varían:

a) TRLCSP:

«Art. 223. Causas de resolución.

Son causas de resolución del contrato: (...)

b) La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.

Art. 224. Aplicación de las causas de resolución.

(...)2. La declaración de insolvencia en cualquier procedimiento y, en caso de concurso, la apertura de la fase de liquidación, darán siempre lugar a la resolución del contrato. (...)

5. En caso de declaración de concurso y mientras no se haya producido la apertura de la fase de liquidación, la Administración potestativamente continuará el contrato si el contratista prestare las garantías suficientes a juicio de aquélla para su ejecución.»

b) ALCSP:

«Artículo 209. Causas de resolución

1. Son causas de resolución del contrato: (...)

b) La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.»

«Artículo 210. Aplicación de las causas de resolución

(...) 2. La declaración de insolvencia en cualquier procedimiento y las modificaciones del contrato en los casos en que no se den las circunstancias establecidas en los artículos 202 y 203, darán siempre lugar a la resolución del contrato (...).

5. En caso de concurso, aún cuando ya se hubiere producido la apertura de la fase de liquidación, la Administración potestativamente continuará el contrato si razones de interés público así lo aconsejan, y siempre y cuando el contratista prestare las garantías suficientes a juicio de aquélla para su ejecución.»

d.6) En la legislación se encuentran reguladas las figuras de la *intervención del servicio público* (TRLCSF, 285) o *secuestro de la concesión* (RS/1955, 133 a 135) que comportan la suspensión temporal del contrato, así como la correlativa exención, mientras dure, de la obligación de prestación por el concesionario, toda vez que la gestión es asumida por la Administración en los términos que veremos después, al analizar el *incumplimiento del concesionario* (ALCSF, 291).

d.7) Un último supuesto que tiene que ver con los principios que venimos analizando en relación con la prestación del servicio es el relativo a la *finalización del contrato de concesión*. Con independencia de las consecuencias jurídicas y económicas derivadas de la extinción del mismo (reversión de los bienes y el resto que veremos más adelante), la más inmediata y evidente es la cesación en la prestación del servicio por el concesionario.

Si la extinción se ha producido por resolución (ex TRLCSF, 286 y 223, salvo las letras d y e y, correlativamente, ALCSF, 292 y 209, con las mismas excepciones d) y e), esa cesación constituirá una incidencia o problema más de los que caracterizan las diferentes causas de la misma, y es de suponer que los responsables de la entidad adoptarán las medidas oportunas.

Pero incluso si la extinción se produce por la causa *normal*, esto es, porque finalice el período de duración del contrato, no es inusual que surjan problemas a la hora de acompañar la cesación de un concesionario y el inicio en la prestación

Como resulta del contraste de los textos, con el ALCSF la apertura de la fase de liquidación no determina inexorablemente la resolución del contrato, sino que resulta potestativa para la Administración en los términos reproducidos.

No debe pasar inadvertida la gran trascendencia de esta previsión, que intenta encontrar el siempre difícil punto de equilibrio entre los derechos de los contratistas y sus posibilidades de continuar desarrollando sus prestaciones en circunstancias adversas, y las garantías para la Administración. Respecto de esta cuestión, sobre la que habremos de volver después (epígrafe 4.13.2.3), debe adelantarse el pronunciamiento favorable, a del Consejo de Estado, aunque con relevantes consideraciones, en relación con este art. 210.5 del ALCSF, sobre *aplicación de las causas de resolución*, en este caso que se analiza (Dictamen núm. 1116/2015, de 10.3.2016, p. 217 a 219).

Hay que señalar también la diferencia respecto de la calificación de preceptos no básicos, que en el TRLCSF se circunscribe al 224.5 y en el ALCSF, además de fijarse respecto del 210.5 (correlativo del anterior), se amplía al 210.2. Me atrevo a adelantar que se trata de una errata, pues en el TRLCSF abarca también el 224.3 (*cuando la causa de resolución sea la muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual la Administración podrá acordar la continuación del contrato con sus herederos o sucesores*), mientras que en ALCSF no se incluye la determinación correlativa (art. 210.3), sino que se remite al 210.2; no tiene lógica esta variación sobre la calificación de lo no básico y de ahí que entienda que es errónea; véanse al respecto las regulaciones del TRLCSF (DF 2ª.3) y del ALCSF (DF 1ª.3, 2º pfo.).

del servicio por el otro. Es por ello que resulta muy oportuna la previsión que, referida en general al contrato de gestión indirecta y tras la mención de los principios de continuidad y regularidad, contiene el art. 235.a del ROASCat/1995:

«En caso de extinción normal del contrato, el contratista tendrá que prestar el servicio hasta que otro se haga cargo de su gestión.»²⁷²

En la legislación de contratos resulta de aplicación la previsión general del art. 23.2 del TRLCSP que dispone:

«El contrato podrá prever una o varias prórrogas siempre que sus características permanezcan inalterables durante el período de duración de éstas y que la concurrencia para su adjudicación haya sido realizada teniendo en cuenta la duración máxima del contrato, incluidos los períodos de prórroga.

La prórroga se acordará por el órgano de contratación y será obligatoria para el empresario, salvo que el contrato expresamente prevea lo contrario, sin que pueda producirse por el consentimiento tácito de las partes».

No es esta una previsión novedosa pues la denominada prórroga impuesta o forzosa cuenta con precedentes en nuestra legislación.²⁷³

²⁷² Análogamente, el RBASO Arag/2002 prescribe que «cuando se produzca la extinción normal del contrato, el contratista seguirá prestando el servicio hasta tanto otro se haga cargo del mismo» (art. 269.1.a).

²⁷³ Así, el derogado Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales, establecía lo siguiente (art. 59):

«1. Los contratos referentes a servicios o suministros que tengan por objeto atender necesidades permanentes podrán ser prorrogados en su término final por la Corporación, obligatoriamente para el contratista, hasta que, realizadas dos subastas consecutivas o un concurso, según procediere, se encuentre aquella, a falta de licitador, en las condiciones exigentes de ambas formas de contratación.

2. Esta prórroga se extenderá hasta que el nuevo contratista se haga cargo del servicio o la Corporación interesada comience a prestarlo por administración, sin que pueda exceder en ningún caso de seis meses.»

Por su parte, la Doctrina había considerado perfectamente posible que la Administración titular del servicio, en ejercicio de su *ius variandi* ordenara la prórroga de la concesión, en tanto que variación de *tiempo* (ex RS/1955, art. 127.1.a; véase MESTRE DELGADO, 1992: 50-51). Y en el mismo sentido lo había acogido la Jurisprudencia: «la Administración por razones de interés público unidas a la necesidad de continuidad del servicio -y mientras no se seleccione al nuevo contratista- impone coactivamente la permanencia del anterior con unas consecuencias equiparables a las producidas cuando la Administración hace uso de las facultades que forman el contenido del «*ius variandi*», con la ineludible contrapartida de la compensación económica a favor del contratista o concesionario de un servicio público» (STS de 22.3.1985, Ar 2846, Cdo 1º).

Precisado todo lo anterior, lo más conveniente será incorporar tal obligación, con carácter específico y en términos análogos a los del ROAS, en el *pliego de cláusulas administrativas particulares* (PCAP).

En tal caso, la exigencia en el cumplimiento de la obligación deberá ser objeto de la correspondiente compensación económica y sin que se mantenga más allá de un tiempo prudencial, el imprescindible para resolver la nueva licitación de la concesión, o, en su defecto, la asunción por la Administración titular de la gestión del servicio.

Pero parece muy difícil que pueda admitirse incorporar esa obligación en el PCAP de continuar la prestación si la opción escogida ha sido la del contrato de servicios, toda vez que en este tipo contractual la prórroga requiere de la conformidad del contratista (ex TRLCSP, 303.1).²⁷⁴

El planteamiento en el ALCSP es distinto por cuanto la prórroga sólo se contempla en relación con el contrato de servicios, tal como se precisa en las consideraciones siguientes:

1ª La regulación se incluye en el art. 29, sobre *plazo de duración de los contratos y de ejecución de la prestación*, el cual ya ha sido objeto de análisis pormenorizado en relación con la concesión de servicios (epígrafe 4.3.4) y lo será también más adelante con ocasión del contrato de servicios (epígrafe 5.3.4.3ª). Centrando ahora el estudio en el tipo de prórroga que se examina, referida como se ha dicho al contrato de servicios, la previsión es la siguiente (ALCSP, 29.4, 3r pfo.):

«No obstante lo establecido en los apartados anteriores, cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación a realizar por el contratista como consecuencia de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidas en el procedimiento de adjudicación y existan razones de interés público para no interrumpir la prestación, se podrá prorrogar el contrato originario hasta que comience la ejecución del nuevo contrato y en todo caso por

²⁷⁴ Recuérdese a este respecto que los términos legales son los siguientes:

«Artículo 303. Duración.

1. Los contratos de servicios no podrán tener un plazo de vigencia superior a cuatro años con las condiciones y límites establecidos en las respectivas normas presupuestarias de las Administraciones Públicas, si bien podrá preverse en el mismo contrato su prórroga por mutuo acuerdo de las partes antes de la finalización de aquél, siempre que la duración total del contrato, incluidas las prórrogas, no exceda de seis años, y que las prórrogas no superen, aislada o conjuntamente, el plazo fijado originariamente.(...)»

un periodo máximo de nueve meses, sin modificar las restantes condiciones del contrato, siempre que el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario.»

2ª El nuevo régimen para estas prórrogas a la finalización normal del contrato de servicios se caracteriza por:

2.1. No subordinarse a la conformidad del contratista.

2.2. Vincularse directamente con *incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación.*

2.3. Condicionarse a la existencia de *razones de interés público para no interrumpir la prestación*, por lo que cabrá motivarlas y acreditarlas en el expediente.

2.4. Someterse igualmente a la condición de que *el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario.*

2.5. Limitarse a un *período máximo de nueve meses y sin modificar las restantes condiciones del contrato.*

3ª Se produce así una nueva regulación con este tipo de prórrogas que es coherente con los principios de *buena administración* y sus exigencias sobre planificación.

De ahí que, tal como se expuso ya, entienda que si todas esas consideraciones son válidas para el contrato de servicios, más lo han de ser para la concesión de servicios públicos, atendida la necesidad de garantizar los derechos de los usuarios y los principios de continuidad y regularidad de tales servicios.

Es por todo ello que esa previsión de prórroga forzosa del art. 29.4 del ALCSP, y circunscrita por tanto al contrato de servicios, debería configurarse de manera autónoma (así, por ejemplo, como de un nuevo número, el 8, de dicho art. 29), atendida la generalidad de los motivos por los que se habilita (imprevisibilidad y concurrencia de razones de interés público para no interrumpir la prestación).

A falta de la inclusión de esa previsión en el precepto legal referido, las alternativas serían su incorporación al PCAP o, en su defecto, la aplicación analógica a la concesión de la determinación consignada para el contrato de servicios, atendida la identidad de razón (ex art. 4.1 del Código civil).

4.7.4. Prestar el servicio de acuerdo con las modificaciones ordenadas por la corporación con posterioridad a la adjudicación de la concesión

Tal como ya se ha ido adelantando, la cuestión relativa a las posibilidades de modificación de la concesión ha sido objeto de una regulación del todo innovadora que ha afectado al conjunto de contratos, tanto públicos como privados, con ocasión de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, con la severa restricción de las posibilidades de modificación contractual (DF 16ª, siete), y recogida en el TRLCSP, después (Título V, del Libro I, art. 105 a 108).

Es por ello que hay que diferenciar los regímenes anterior y posterior a dicha regulación innovadora.

A) La aplicación del principio de mutabilidad contractual hasta la entrada en vigor de la Ley 2/2011, de economía sostenible

La obligación que vamos a analizar se vinculaba directamente con la modificación de la concesión y el poder o *ius variandi* que ampara a la Administración titular del servicio público. Se trataba de una cuestión de gran trascendencia y complejidad, sujeta a muchos matices. Por ello creo conveniente distinguir tres perspectivas de análisis, que tienen su correlato diferenciador en sendos preceptos del Reglamento de Servicios de 1955.

a) La modificación de la concesión entendida como *potestad pública*, reconocida y regulada en el RS en los siguientes términos:

«Art. 127. 1. La Corporación concedente ostentará, sin perjuicio de las que procedan, las potestades siguientes:

1ª. Ordenar discrecionalmente, como podría disponer si gestionare directamente el servicio, las modificaciones en el concedido que aconsejare el interés público y, entre otras:

a) la variación en la calidad, cantidad, tiempo o lugar de las prestaciones en que el servicio consista, y

b) la alteración de las tarifas a cargo del público y en la forma de retribución del concesionario.»

b) La obligación que tiene el concesionario de dar cumplimiento a la modificación aprobada por la Corporación, la cual se precisa en el segundo inciso de este artículo:

«Art. 128.1. Serán obligaciones generales del concesionario:

1ª. Prestar el servicio del modo dispuesto en la concesión u ordenado posteriormente por la Corporación concedente (...).»

c) El derecho del concesionario a la compensación económica correspondiente por razón de la modificación introducida en la prestación del servicio e impuesta por la corporación, derecho que se define a partir de las previsiones siguientes:

- «Art. 127 (...)

2. La Corporación concedente deberá (...)

2º Mantener el equilibrio financiero de la concesión, para lo cual:

a) compensará económicamente al concesionario por razón de las modificaciones que le ordenare introducir en el servicio y que e incrementaren los costos o disminuyeren la retribución, (...).

- Art 128 (...)

3. Serán derechos del concesionario: (...)

2º Obtener compensación económica que mantenga el equilibrio financiero de la concesión en los casos en que concurra cualquiera de las circunstancias a que se refieren los números 2º (...) del artículo anterior». ²⁷⁵

²⁷⁵ En la legislación autonómica las referencias a la potestad pública, obligación y derecho se localizan, respectivamente, en:

- ROASCat/1995: art. 248.a, 235.a y 250.5, 249.b y 250.2.b.

- RBASO Arag: 277.a, 269.1.h y 279.2, 278.b y 279.1.b.

Una vez diferenciados los tres ámbitos hay que precisar que el análisis del derecho del concesionario y de la potestad pública se desarrollarán en el epígrafe correspondiente,²⁷⁶ mientras que en el presente lo centramos en su consideración como obligación. Respecto de ésta, la cuestión clave residía en resolver si, como tal, estaba sujeta a límites. Dicho de otra manera, si el concesionario, a la hora de dar cumplimiento a las modificaciones impuestas, disponía de algún mecanismo jurídico de oposición.

No se arbitra desde luego en los preceptos transcritos del Reglamento de Servicios ni en sus referentes autonómicos, que fijan nítidamente la obligación sin ninguna corrección. Y tampoco se localizaban en la LCSP hasta su modificación por la LES/2011 (introducción de los art. 92 bis a 92 quinquies, nueva redacción del 202 y 258, por lo que se refiere al contrato de gestión de servicios públicos).

La redacción de la LCSP, anterior a dicha modificación, disponía lo siguiente:

«Artículo 258. Modificación del contrato y mantenimiento de su equilibrio económico.

1. La Administración podrá modificar por razones de interés público las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios.

2. Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato.

3. En el caso de que los acuerdos que dicte la Administración respecto al desarrollo del servicio carezcan de trascendencia económica el contratista no tendrá derecho a indemnización por razón de los mismos.

4. La Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

a. Cuando la Administración modifique, por razones de interés público, las características del servicio contratado.

b. Cuando actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.

c. Cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 214 de esta Ley.

5. En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios, la reducción del plazo del contrato y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Así mismo, en los casos previstos en los apartados 4.b y c, podrá prorrogarse el plazo del contrato por un período que no exceda de un 10 % de su duración inicial, respetando los límites máximos de duración previstos legalmente.»

²⁷⁶ Concretamente en el 4.9, sobre modificación del contrato de concesión de servicios y mantenimiento de su equilibrio financiero.

Se constata, así, la identidad entre la regulación local antes transcrita sobre el ejercicio del *ius variandi* y la legislación básica de contratos (LCSP, art. 258.4.a).

Desde la perspectiva estricta de la obligación y de su regulación, pues, el concesionario debía dar cumplimiento a las modificaciones ordenadas por la Corporación cualquiera que fuera su alcance. Tal amplitud constituía, a mi juicio, una manifestación más de las peculiaridades de la concesión, cuya justificación residía, naturalmente, en el objeto sobre el cual se proyectaba, el servicio público, y la especial protección de que era objeto por el ordenamiento jurídico.

Los límites y los condicionamientos de la modificación de la concesión, por tanto, se hallaban en relación con el ejercicio de la potestad pública del *ius variandi* o respecto de los términos de la compensación económica al concesionario como satisfacción de su derecho, pero no derivados directamente de la obligación que debía cumplir.²⁷⁷

Un último apunte sobre el alcance de la modificación, que como se desprende de la transcripción de los art. 127.1.1ª del RS (y de sus correlativos autonómicos) y 258.1 del TRLCSP, podía tener:

- una dimensión *objetiva*, en la medida en que comportase *variación en la calidad, cantidad, tiempo, lugar u otras características de las prestaciones en que el servicio consista*;
- o un carácter estrictamente *económico*, si se refería a la *alteración o revisión de tarifas*, a cargo de los usuarios, o a la *forma de retribución del concesionario*, por cuenta de la Administración.

Bajo la perspectiva de la obligación que analizamos, es obvio que tenía una incidencia mayor la variación en la dimensión objetiva señalada, que requería de un

²⁷⁷ Una muy autorizada doctrina sostuvo que, si el ejercicio del *ius variandi* por la Administración implicaba alteración superior al 20% del importe del contrato o una alteración sustancial del objeto contractual, el contratista gestor de servicios públicos podía optar, bien por aceptar la modificación, bien por instar la resolución (GARCÍA DE ENTERRÍA y TR FERNÁNDEZ, 1990 y MESTRE DELGADO, 1988). La articulación de dicha solución se amparaba en la aplicación de las previsiones del contrato de obras (LCE, 50, *in fine*, y 52.2) y en la existencia de una laguna en relación con el de gestión de servicios, por lo que procedería dicha aplicación (ex LCE, 67, primer párrafo).

Con todo, a tenor de la regulación posterior del TRLCAP y RGLCAP no creo que pudiera sostenerse la aplicación de ese límite porcentual específico, precisamente por el contraste de su omisión en el de gestión de servicios públicos, y su previsión expresa, en cambio, en los de obras (art. 146.2 y 4 y 149.e), suministros (189, *in fine* y 192.c), consultoría y asistencia y servicios (212, *in fine* y 214.c).

comportamiento más activo del concesionario, mientras que la modificación económica entroncaba directamente con su derecho al equilibrio económico al que nos referiremos después.

B) El principio de intangibilidad esencial del contrato y su incidencia en la concesión

Tras la alteración introducida en la LCSP por la Ley de Economía sostenible de 2011, y luego reproducida en el TRLCSP, el redactado pasó a ser el siguiente:

«Artículo 282. Modificación del contrato y mantenimiento de su equilibrio económico.

*1. La Administración podrá modificar por razones de interés público y **si concurren las circunstancias previstas en el título V del libro I**, las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios.*

2. Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato.

3. En el caso de que los acuerdos que dicte la Administración respecto al desarrollo del servicio carezcan de trascendencia económica el contratista no tendrá derecho a indemnización por razón de los mismos.

4. La Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

a. Cuando la Administración modifique, por razones de interés público y de acuerdo con lo establecido en el título V del libro I, las características del servicio contratado.

b. Cuando actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.

c. Cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 231 de esta Ley.

5. En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios, la reducción del plazo del contrato y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Así mismo, en los casos previstos en los apartados 4.b) y c), podrá prorrogarse el plazo del contrato por un período que no exceda de un 10 % de su duración inicial, respetando los límites máximos de duración previstos legalmente».

Nótese cómo el inciso en negrita, que no figuraba en el precepto correlativo de la LCSP (art. 258.1), remite al nuevo régimen de modificación de contratos. Dicho lo cual la cuestión se centra en si esa variación ha afectado o no a la obligación que tradicionalmente se imponía al concesionario.

Y en este sentido hay que reconocer que las severas restricciones establecidas a la modificación de los contratos han incidido en la concesión de servicios públicos, pero

ello en tanto que ha limitado el ejercicio de la potestad del *ius variandi*, sin que afectara, en rigor, al contenido de la obligación que, como tal, sigue correspondiendo al concesionario.

Respecto del ALCSP hay que adelantar que tampoco afecta al carácter exigible e ineludible de la obligación que se impone al concesionario, sino a las posibilidades mismas de la modificación, por lo que diferimos el análisis al de la potestad de modificación del contrato (epígrafe 4.9 en relación con el art. 288 del ALCSP).

4.7.5. Admitir el acceso de los usuarios al servicio y garantizar su derecho a utilizarlo

Las previsiones de la legislación que resultan de aplicación son las siguientes:

- a) El art. 128.1.2 del RS/1955, que establece, entre las *obligaciones generales del concesionario*, la de «*admitir al goce del servicio a toda persona que cumpla los requisitos dispuestos reglamentariamente*». ²⁷⁸
- b) El art. 280.a del TRLCSP que, en relación con el CGSP y entre las *obligaciones generales del contratista*, tras prescribir la de «*prestar el servicio con la continuidad convenida*», añade la de «*garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas*» y «*mediante el abono, en su caso, de la contraprestación económica comprendida en las tarifas aprobadas*».
- c) Un redactado idéntico lo encontramos en el ALCSP que, circunscrito eso sí a las concesiones de servicios, y entre las *obligaciones generales del concesionario*, después de consignar la de «*prestar el servicio con la continuidad convenida*», añade la de «*garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas*» y «*mediante el abono, en su caso, de la contraprestación económica comprendida en las tarifas aprobadas*» (286.a).

Una vez precisadas las referencias normativas pueden formularse las siguientes consideraciones:

²⁷⁸ Esa misma obligación, bien que referida en general al contratista gestor de servicios públicos, la recogen el ROASCat/1995 (art. 235.b) y el RBASOArág/2002 (269.1.b).

1. Desde la perspectiva del concesionario, poco o ningún margen le queda en relación con el cumplimiento de esta obligación, toda vez que en su cometido debe limitarse a *aplicar* la reglamentación que regula el acceso de los usuarios al servicio. Si acaso, el art. 280.a del TRLCSP y 286.a) del ALCSP transcritos parecen atribuirle un cierto *deber de garante* en la utilización que el usuario haga del servicio.

2. La problemática en relación con los derechos del usuario *trasciende* la configuración de esta obligación que analizamos al situarse en el ámbito normativo señalado, y, más concretamente, en razón de la incidencia de los denominados *principios de igualdad*, el *formal* y el *material*.²⁷⁹ Las formulaciones se recogen en la propia Constitución en los siguientes términos:

- La del artículo 14: «*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*»

Este precepto recibe las denominaciones de *principio jurídico de igualdad*, *igualdad formal* e *igualdad ante la ley*.

La estructura de este principio se articula *desde la igualdad* y obliga a los poderes públicos a velar y garantizar que *no se produzcan discriminaciones arbitrarias o no justificadas*.

- La otra formulación sobre la igualdad es la que inspira el artículo 9.2 de la CE: «*Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*».

Este otro precepto acoge las acepciones de *principio político de igualdad*, *igualdad material*, *real o sustancial* e *igualdad en la ley*.

Esta segunda formulación del principio se concibe *desde la desigualdad*, como característica que diferencia a las personas, requiere una actuación de los poderes públicos de *discriminación positiva* y se justifica como medida para

²⁷⁹ Sobre *los principios de igualdad y los servicios públicos* me remito para las referencias bibliográficas y jurisprudenciales, y las consideraciones generales efectuadas, a un trabajo anterior (MARTÍNEZ-ALONSO, 2007: 76-83), cuyo resumen se ofrece a continuación.

alcanzar la *igualdad efectiva* o, cuando menos, *reducir las desigualdades entre los ciudadanos*.

El de los servicios públicos es un campo donde la tensión entre las dos formulaciones del principio de igualdad cobra una especial vigencia. Al tratarse de *prestaciones que reportan utilidades a los usuarios*, ya sea por el lado de la oferta, ya sea por el de la demanda, el número de tales prestaciones tiende a ser deficitario, razón por la cual acaban imponiéndose criterios selectivos. Y será en la aplicación de estos criterios, según estén fundados en el principio de igualdad formal, o introduzcan factores correctivos para asegurar la *igualdad efectiva*, donde deberá resolverse el dilema sobre si el *trato igualitario* o su opuesto, la *discriminación positiva*, están o no justificados.²⁸⁰

En la actividad de servicio público, la tensión entre los principios de igualdad se plantea con frecuencia en dos ámbitos vinculados directamente con la cuestión que analizamos: el del precio que ha de satisfacer el usuario, y el de la admisión al disfrute del servicio.

3. El tema del *precio del servicio público* plantea dos aspectos:

- el de su coste, cuyo abanico de posibilidades va desde la gratuidad del servicio (cuya financiación por tanto será indirecta) hasta su total cobertura (e incluso con eventuales excedentes);
- y el de la posibilidad de establecer precios diferenciados para los usuarios.

²⁸⁰ En este sentido, la STC 29/1987, de 6.3 (FJ 5º) prescribe lo siguiente:

«Para determinar si se da un trato diferente, discriminatorio, a situaciones que no lo son, desde la perspectiva, pues, del art.14 de la CE, será necesario también precisar si las situaciones subjetivas son efectivamente comparables o cotejables (SSTC 76/1986, de 9 de junio, y 148/1986, de 25 de noviembre), es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso, porque, como se dice en la sentencia últimamente citada, lo que se requiere para hacer posible un juicio de igualdad es que el legislador haya atribuido las consecuencias jurídicas que se dicen diversificadoras a grupos o categorías personales creadas por él mismo, porque es entonces, si la norma diversifica lo homogéneo, cuando puede decirse que su acción selectiva resulta susceptible de control constitucional para fiscalizar si la introducción de “factores diferenciales” –STC 42/1986, de 10 de abril- o de “elementos de diferenciación” –STC de 162/1985, de 29 de noviembre- resulta o no debidamente fundamentada en razón del fin perseguido por la norma y del criterio utilizado por el legislador para introducir diferencias en el seno del grupo sometido a un régimen jurídico común –sentencias 22/1981, de 2 de julio, 24/1981, de 10 de noviembre, 75/1983, de 2 de agosto, y 148/1986, de 25 de noviembre-».

Naturalmente, existen conexiones entre ambos aspectos, si bien, desde la perspectiva que se analiza, tiene especial relevancia el señalado en segundo término. La cuestión, por tanto, se contrae a decidir: ¿es aceptable establecer precios diferentes? La respuesta, en términos de corrección jurídica, deberá matizarse en función de las *razones que motivan el trato diferenciado en la fijación de los precios del servicio*.

A este respecto el primer criterio que viene en aplicación es el de la *capacidad económica*, que referido a los usuarios justificaría una gradación de los precios a satisfacer por el servicio prestado en atención a su previsión constitucional (ex art.31.1, CE).²⁸¹

El Reglamento de Servicios de 1955 supera el *juicio de constitucionalidad* al incluir el criterio de igualdad, atemperado por el de capacidad económica (art. 150).²⁸² El Texto refundido de la Ley de Haciendas Locales (aprobado por el RDLeg 2/2004, de 5.3, TRLHL) distingue:

- «*Para la determinación de la cuantía de las tasas podrán tenerse en cuenta criterios genéricos de capacidad económica de los sujetos obligados a satisfacerlas*» (art. 24.4).²⁸³

- En relación con la cuantía de los precios públicos (TRLHL art.44):

²⁸¹ Dicho art. 31.1 de la CE prescribe lo siguiente:

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

²⁸² El art. 150 del RS/1955 dispone lo siguiente:

«*1. La tarifa de cada servicio público de la Corporación será igual para todos los que recibieren las mismas prestaciones y en iguales circunstancias.*

2. No obstante, podrán establecerse tarifas reducidas en beneficio de sectores personales económicamente débiles.»

Con unos términos más actualizados, el ROAS/1995 catalán, al respecto de las tarifas de los servicios locales, admite «*su ponderación en función de la capacidad económica del usuario o por razones sociales, benéficas, culturales o de interés público debidamente justificadas que así lo aconsejen*» (art. 298.5, *in fine*).

²⁸³ Sobre la aplicación del principio de capacidad económica en relación con las tasas deben citarse las SSTS de 11.6.1996 (Ar 4950), 26.2.1997 (Ar 1069), 20.2.1998 (Ar 2267) y 15.11.1999 (Ar 8652), especialmente esta última, referida al servicio de alcantarillado.

Plaza y Vázquez del Rey defienden la intensa conexión del concepto de tasa con el *principio de provocación de costes*; de ahí que sostengan que el *principio de capacidad económica* «no puede operar como un *criterio de contribución* sino más bien desde la perspectiva de la capacidad económica como *fuerza de imposición* (...); *dicho de otro modo, la ausencia de capacidad económica opera (sólo) como fundamento de la exención de tasas, para quienes no puedan pagarlas*» (2003: 2575-2576).

«1. El importe de los precios públicos deberá cubrir como mínimo el coste de servicio prestado o de la actividad realizada.

2. Cuando existan razones sociales, benéficas, culturales o de interés público que así lo aconsejen, la entidad podrá fijar precios públicos por debajo del límite previsto en el apartado anterior. En estos casos deberán consignarse en los presupuestos de la entidad las dotaciones oportunas para la cobertura de la diferencia resultante si la hubiera»

En conclusión, por tanto, el principio de igualdad en el pago del precio del servicio recibido por los usuarios puede atemperarse en función de la capacidad económica respectiva y, eventualmente, por la concurrencia de otros factores (sociales, benéficos, culturales o de interés público), siempre que justifiquen el trato diferenciado.²⁸⁴ Y tales criterios creo que pueden extenderse a la consideración de las tarifas, entendidas como contraprestaciones económicas que satisfacen los usuarios del servicio al concesionario y cuya naturaleza difiere de la de las tasas y los precios públicos.²⁸⁵

En términos generales, en la admisión a la utilización y disfrute del servicio rige, de manera preeminente, el principio de igualdad jurídica prescrito en el artículo 14 de la CE. De ahí que, en relación con el concesionario, se prescriba su obligación de «admitir al goce del servicio a toda persona que cumpla con los requisitos establecidos reglamentariamente» (RS/1955, art. 128.1.2ª). Igualdad, pues, ante la norma, que difícilmente podría establecer requisitos que nieguen el acceso sin incurrir, por ello, en las discriminaciones proscritas por el art.14 («por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»)²⁸⁶.

²⁸⁴ No cabe, por tanto, autorizar de entrada el *privilegio* a favor de los vecinos, y el *perjuicio* en contra de los que no reúnen esa condición. Este criterio, sin otra consideración, no resultará admisible; en cambio, si concurren razones o circunstancias especiales que lo justifiquen, cabe la diferenciación. Estos son los pronunciamientos de la STS de 26.1.1987 (Ar 1988), que sienta el principio general de la no discriminación injustificada (CDO 7º y 8º de la sentencia apelada, aceptados por el TS), aunque admite la diferenciación si se acreditan motivos suficientes (CDO 11º).

²⁸⁵ Sobre la cuestión polémica de la diferenciación entre tarifas y tasas habremos de volver después (epígrafe 4.8.2.3).

²⁸⁶ La vigencia del principio de igualdad de trato en la admisión al servicio es una constante en la jurisprudencia: SSTS de 22.12.1984 (Ar 6723), 9.6. 1986 (Ar 6754), y 26.2.1990 (Ar 1512) y STSJ de Castilla y León de 28.4.1997 (Ar 1552).

Sentado lo anterior, los problemas en relación con el acceso al servicio público se plantean en los supuestos de insuficiencia de plazas o déficit de prestaciones frente a unas demandas de los usuarios que superan la oferta de la Administración. En tales casos las alternativas son dos:

- La aplicación de criterios de selección que se vincularían con el principio de igualdad formal en razón de que su *neutralidad* no constituiría ningún supuesto de discriminaciones de las prescritas por el art. 14 de la CE; tales serían los criterios de *prioridad temporal, régimen de cola* u otros de carácter objetivo.²⁸⁷
- O la apelación a factores de selección cuya *proporcionalidad* o *razonabilidad* pudieran justificar la discriminación positiva a favor de unos usuarios determinados; deberíamos, pues, recurrir a los criterios de capacidad económica y a los otros factores señalados en el apartado anterior, en los términos en él precisados.²⁸⁸

Como conclusión, por tanto, los derechos de acceso y de utilización por los usuarios deben estar regulados en la reglamentación del servicio de acuerdo con los principios

²⁸⁷ Sobre los dos primeros, la STS de 1.6 1979 (Ar 2617, CDO 3º y 4º) afirma lo siguiente:

«Que precisamente porque el servicio de alcantarillado es servicio público, es contrario a su propia naturaleza el que su utilización no fuera generalizada, lo que quiere decir que en su régimen debe imperar la regla de la igualdad, con lo que queda resuelto, en principio, el problema del derecho del particular acceso al mismo, esto es, a su goce o disfrute; ahora bien, esta formulación teórica carece de la virtud taumatúrgica de resolver el problema material de desproporción entre la capacidad de prestación del servicio y las necesidades existentes en la población, al igual que ocurre en otros muchos servicios de condición y fines distintos, discordancia que tiene que obligar, forzosamente, a la adopción de medidas que, sin ser arbitrarias, vengan a limitar la demanda de ese disfrute, para adecuarla a la capacidad de prestación del servicio.

Que, por las razones apuntadas, ha habido necesidad de arbitrar el sistema de cola, o de otorgamiento del goce al primero, o primeros, que lleguen: la Administración no ha adoptado ningún método selectivo, con regulación preestablecida, para admitir a unos, y rechazar a otros, en el disfrute del servicio cuestionado, ni ha podido, por razones materiales, de insuficiencia de las instalaciones del mismo, admitir a todos».

Otro criterio de carácter objetivo lo constituye el de la *nota de corte* como mecanismo de acceso a la Universidad en función de la nota media alcanzada por el alumnado, identificado como *orden de prelación en la adjudicación de plazas* en el RD 412/2014, de 6 de junio, por el que se establece la normativa básica de los procedimientos de admisión a las enseñanzas universitarias oficiales de Grado (art. 7 y 22).

²⁸⁸ A tales criterios acudía la Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación (núm. 8/1985) para el supuesto de insuficiencia de plazas (art.20): «2. La admisión de los alumnos en los centros públicos, cuando no existan plazas suficientes, se regirá por los siguientes criterios prioritarios: rentas anuales de la unidad familiar, proximidad del domicilio y existencia de hermanos matriculados en el centro. En ningún caso habrá discriminación en la admisión de alumnos por razones ideológicas, religiosas, morales, sociales, de raza o nacimiento.»

y los criterios señalados, y el concesionario tiene la obligación de cumplir dicha reglamentación y garantizar aquellos derechos.

La infracción de esos deberes constituirá, en la mayoría de los supuestos, una falta grave, especialmente si ha comportado una discriminación de las proscritas por el art. 14 de la CE.

4.7.6. *Indemnizar a terceros por los daños causados*

4.7.6.1. Consideraciones generales

En tanto que actividad continua y regular, caracterizada por la provisión constante de prestaciones a los usuarios, la gestión de servicios públicos es uno de los ámbitos de la acción pública en el que, con mayor frecuencia, se producen actos lesivos a particulares. Si los daños son causados en el marco de una gestión indirecta, presentes pues la Administración y un sujeto privado que los presta a través de un vínculo contractual, la exigencia y efectividad de la responsabilidad revisten unas peculiaridades relevantes, cuya complejidad se ha visto incrementada, además, por una abundante normativa y una sucesión de pronunciamientos jurisprudenciales en sentidos distintos, e incluso antagónicos.

Esta cuestión se enmarca en la más general sobre la *responsabilidad patrimonial y la gestión indirecta de servicios públicos*, al respecto de la cual se han podido fijar las conclusiones siguientes.²⁸⁹

1ª. El *principio general* es el de que la *obligación de indemnizar* los daños que se causen a terceros, como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio público, se atribuye al gestor indirecto del mismo, de suerte que a este *contratista* le corresponde dar cumplimiento a ese deber, lo que se concreta en satisfacer la indemnización procedente.

2ª. La *excepción* viene dada por la atribución de *responsabilidad a la Administración* en el supuesto de que los daños se hubieran producido *por actos del*

²⁸⁹ Para ampliar el análisis puede consultarse mi trabajo (MARTÍNEZ-ALONSO, 2007: 325-343); sobre las referencias más recientes, véase: CASARES MARCOS (2013: 1487-1547), GONZÁLEZ PÉREZ (2016: 243-254) y PASTOR LÓPEZ (2015: 495-538).

concesionario realizados en cumplimiento de una cláusula impuesta por ella con carácter ineludible (LEF/1954, 121.2 y RS/1955, 128.1.3ª), u otras causas imputables a la Administración (TRLCS/2011, 280.c), preceptos que por razón de especialidad son de aplicación preferente al 214 del TRLCS.²⁹⁰

3ª. Y esta misma consideración es aplicable al ALCSP por cuanto:

- a) La regla específica relativa a la concesión se concreta en «indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración» (art. 286.c).
- b) Mientras que, reproduciendo el texto del TRLCS (214), el ALCSP acota la responsabilidad en los siguientes términos:

«Artículo 194. Indemnización de daños y perjuicios causados a terceros

²⁹⁰ Los preceptos citados disponen, respectivamente, lo siguiente:

- LEF/1954, 121.2

«En los servicios públicos concedidos correrá la indemnización a cargo del concesionario, salvo en el caso en que el daño tenga su origen en alguna cláusula impuesta por la Administración al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento para éste.»

- RS/1955, 128.1

«Serán obligaciones generales del concesionario: (...)

3ª. Indemnizar a terceros de los daños que les ocasionare el funcionamiento del servicio, salvo si se hubieren producido por actos realizados en cumplimiento de una cláusula impuesta por la Corporación con carácter ineludible.»

- TRLCS, previsión específica relativa al prestatario vinculado mediante un contrato de gestión de servicios públicos (art. 280):

«El contratista estará sujeto al cumplimiento de las siguientes obligaciones, con carácter general: (...)

c) Indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración.»

- TRLCS, previsión general relativa al contratista en relación con la indemnización de daños y perjuicios (art. 214):

«1. Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato.

2. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en las Leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el suministro de fabricación.

3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cual de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción.

4. La reclamación de aquéllos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto.»

1. *Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato.*
2. *Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en las Leyes. (...)*»

En consecuencia, en la concesión se establece una regla específica y que amplía la responsabilidad de la Administración (cuando el daño sea producido por *causas imputables* a ella), distinta de la general y más restrictiva (acotada a que los daños y perjuicios hayan sido ocasionados como *consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración*), aplicable a los contratos de obras, suministros y servicios, con la excepción en este último de los que «*conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos*» y así se establezca en el PCAP, tal como se analizará al estudiar el art. 310 del ALCSP.²⁹¹

- 4^a. La aplicación de los criterios señalados en relación con la concesión de servicios, a partir de la experiencia de su vigencia en relación con el CGSP, conduce a contemplar una hipótesis mixta, en la que la sucesión de actos o su omisión, y la incidencia que puedan haber tenido en la configuración de la *relación de causalidad* de los daños, determinen una *responsabilidad compartida* entre gestor indirecto del servicio público y Administración titular del mismo.²⁹²

²⁹¹ Concretamente, respecto de tales contratos se establece que «*el pliego podrá prever para el adjudicatario de un contrato de servicios de esta naturaleza, las obligaciones de (...) indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, con la salvedad de aquellos que sean producidos por causas imputables a la Administración (...)*» (ALCSP, 310.2).

Con remisión al análisis de dicho precepto, baste ahora señalar que se trata de una de las determinaciones que incluye el Anteproyecto en el contrato de servicios para dar cobertura, bajo esa expresión de que *conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos*, a la gestión de servicios públicos en que no se transfiere el riesgo operacional al contratista.

Precisado lo anterior, y recapitulando sobre la responsabilidad, tenemos una regla específica para la concesión, una general para el resto de contratos y una excepción a ésta, que se aplica a un subtipo del de servicios, y que coincide con la específica de la concesión.

²⁹² A la fundamentación de esta imputación a la Administración no resultará ajena la *potestad de dirección y control del servicio*. De todas formas, hay que entender que a la Administración le «corresponde un deber general de supervisión del cumplimiento del contrato pero no un deber específico de seguimiento de la total actividad del contratista» (SOSA WAGNER, 2004: 215). Y, en este sentido, compartimos íntegramente su prevención frente a los excesos de la exigencia en el ejercicio de ese deber o potestad, «porque al final no vamos a saber a ciencia cierta para qué sirve el concesionario interpuesto, un empresario que intervendría en el tráfico apaciblemente, bajo la sombrilla de los mecanismos del equilibrio económico, que veremos, y un sistema de responsabilidad que le acaba haciendo aparecer como una suerte de arcángel, incapaz de producir un daño del que deba hacerse responsable de forma directa» (*Ídem*).

5ª. En sede jurisdiccional, la concurrencia de circunstancias gravosas para los perjudicados, unida al hecho de que la Administración no cumpla las obligaciones que la legislación le atribuye, no siga los trámites o no desarrolle las actuaciones que ésta prescribe, puede dar lugar a pronunciamientos judiciales que *imputen a la Administración la obligación de resarcir los perjuicios ocasionados al tercero*, en primer término, *dejando siempre a salvo el derecho de repetición contra el concesionario o gestor indirecto del servicio público.*²⁹³

4.7.6.2. La opinión del Consejo de Estado.

Vistas las consideraciones generales sobre las dos reglas de fijación de la responsabilidad, y por su indudable interés, procede detenerse en la opinión del Consejo de Estado sobre la regulación del Anteproyecto, manifestada en el Dictamen núm. 1116/2015, de 10.3.2016. El Alto órgano consultivo, rememorando los antecedentes, plantea una regulación alternativa a la de dicho texto en los términos siguientes (p. 183 a 190):

Suscribiendo desde luego este juicio hay que dejar constancia, no obstante, de que, en la práctica, la demanda de imputación de responsabilidad a la Administración, ante cualquiera de los órdenes (contencioso-administrativo, civil y penal), acaba presentándose procesalmente como la *opción más segura*, de manera coherente, por otra parte, con la configuración en nuestro ordenamiento de la *responsabilidad objetiva*. Sobre esta problemática resultan muy certeras las consideraciones de ZAFRA Y CALDERÓ, en su artículo *El concejal que inspeccionaba barcos (El País, 24.2.2003)*, y referido al luctuoso suceso del naufragio de la barca *L'Oca* en el lago de Banyoles (Girona), en octubre de 1998, que provocó la muerte de veintinueve ciudadanos franceses jubilados que efectuaban una visita turística.

²⁹³ Ese es el fallo que se dicta en las STS de 26.3.2001 (Ar 4815/2002) y SSTSJ de Extremadura de 22.3.2002 (Jur 130261) y de Castilla y León, Valladolid, de 30.6.2004 (Jur 211326); en todos los casos, los Ayuntamientos respectivos (Madrid, Badajoz y León) no tramitaron las reclamaciones formuladas por los perjudicados con arreglo a las previsiones de la LEF/1954 (arts. 121.2 y 123).

Esa misma inactividad puede dar lugar a que, sin perjuicio de atribuir la obligación de indemnizar al gestor indirecto del servicio, se impongan las costas procesales al Ayuntamiento por su temeridad *«al incumplir el deber que tenía de resolver en la forma establecida por los artículos 123 de la Ley de Expropiación Forzosa y 137 de su Reglamento y después en sede jurisdiccional alegar que por tratarse de un servicio público concedido no tenía responsabilidad alguna, la cual, en su caso, sería del concesionario»* (STS de 12.2.2000, Ar 2171, FJ 7º). La no-vigencia del art. 137 del REF/1955 no creo que prive de argumento al juicio jurisprudencial, pues las prescripciones del mismo (de mero trámite) han sido sustituidas por las del RRP/1993, que lo derogó.

En el fondo late en estos pronunciamientos un *reproche* a la Administración por los incumplimientos de sus obligaciones o por su inactividad, cuyo alcance puede ceñirse a una parte (las costas procesales, en el último caso citado), o incluir la totalidad de la indemnización (en los anteriores), sin perjuicio de reconocer la acción de regreso frente al concesionario o gestor indirecto del servicio; en definitiva, un resultado material análogo al dispuesto por la clásica STS de 9.5.1989 (Ar 4487, Ponente GONZÁLEZ NAVARRO).

«- Artículo 194. Indemnización de daños y perjuicios causados a terceros

Este precepto aborda la trascendente cuestión de la responsabilidad del contratista y del concesionario ante los terceros. Para abordarla, es necesario partir de los distintos tratamientos que ha recibido a nivel normativo, del análisis de la posición del Consejo de Estado (cuya doctrina fue resumida en las Memorias de 2008 y 2009, de las que ahora se parte), así como de la interpretación jurisprudencial.

El artículo 121.2 de la Ley de Expropiación Forzosa estableció que *"en los servicios públicos concedidos correrá la indemnización a cargo del concesionario, salvo en el caso en que el daño tenga su origen en alguna cláusula impuesta por la Administración al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento de éste"* y el artículo 123 del mismo cuerpo legal previno que *"cuando se trate de servicios concedidos, la reclamación se dirigirá a la Administración que otorgó la concesión en la forma prevista en el párrafo 2 del artículo 122, la cual resolverá tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre quien deba pagarla, de acuerdo con el párrafo 2 del artículo 121."*

Esta resolución dejará abierta la vía contencioso-administrativa que podrá utilizar el particular o el concesionario en su caso".

En concordancia con estos preceptos, el artículo 134 del Reglamento General de Contratación, aprobado por el Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, dispuso:

"Será de cuenta del contratista indemnizar todos los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución de las obras. Cuando tales perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. También será responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto. Las reclamaciones de los terceros se presentarán, en todo caso, en el término de un año, ante el órgano de contratación, que decidirá en el acuerdo que dicte, oído el contratista, sobre la procedencia de aquéllas, su cuantía y la parte responsable".

Este último precepto enlazaba directamente con las previsiones contenidas en la cláusula 19 del Pliego de Condiciones Generales de la Contratación Administrativa de 13 de marzo de 1903, que establecía análoga regulación.

La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, reguló la responsabilidad extracontractual de los contratistas en su artículo 98, que pasó a ser el 97 en el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, y que ha sido recogida, en casi idénticos términos, en el artículo 198 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, en el artículo 214 del actual TRLCSP y en el artículo 194 del anteproyecto.

El artículo 194 del texto consultado previene:

"1. Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato."

2. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en las Leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto en el contrato de obras, sin perjuicio de la posibilidad de repetir contra el redactor del proyecto de acuerdo con lo establecido en el artículo 314, o en el contrato de suministro de fabricación.

3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, informe sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción.

4. La reclamación de aquéllos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto".

Al interpretar la legislación antes mencionada -y ya desde los albores de la pasada centuria-, el Consejo de Estado ha sostenido siempre el mismo criterio. Los daños causados por el contratista a los terceros deben ser reclamados ante la Administración, quien deberá satisfacer, en su caso, la correspondiente indemnización, sin perjuicio de ejercer la acción de repetición contra el contratista. En efecto, pese a lo dispuesto en la Ley de Expropiación Forzosa y en el artículo 134 del Reglamento General de Contratación, el Consejo de Estado ha considerado de manera reiterada que la indemnización debía ser abonada por la Administración, sin perjuicio de la citada acción de repetición. Esta doctrina no ha variado tras la promulgación de las sucesivas legislaciones de contratación pública desde 1995. Y es que este Cuerpo Consultivo siempre ha sentado el criterio de que la Administración responde frente al tercero que ejercita contra ella un derecho indemnizatorio si prueba el perjuicio efectivamente sufrido y la relación causa a efecto entre las operaciones propias de la ejecución de la obra pública y el daño producido por aplicación del principio general establecido en el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa primero, en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado después y, finalmente, en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (por todos, *dictamen de 18 de junio de 1970, expediente núm. 36.913*). El Consejo de Estado siempre ha afirmado que, si este criterio es válido para el supuesto de servicios concedidos, en los que hay una transferencia de la titularidad del servicio, con mayor razón debe valer en el supuesto de un simple contrato de ejecución de obras, en que su titularidad no se transfiere, pues se mantiene plenamente por la Administración (*dictamen de 12 de julio de 1973, expediente núm. 38.603*) y, en fin, siempre ha sostenido que el título de responsabilidad patrimonial objetiva de nuestro ordenamiento jurídico no se ve alterado por el hecho de que exista un contratista interpuesto para la ejecución de la obra o para la prestación del servicio (entre otros muchos, *dictámenes números 3.43312001, de 21 de febrero de 2002, 83712009, de 10 de septiembre, o 8612010, de 25 de febrero*).

El Consejo de Estado ha interpretado siempre el ordenamiento aplicable de manera materialmente garantista para los ciudadanos, facilitando el ejercicio de las acciones frente a la Administración, tanto en lo tocante a la legitimación pasiva -sin poner al lesionado en la tesitura de tener que determinar quién es el responsable del daño, si el contratista o la Administración-, como en lo referente al bloque normativo aplicable - Ley 30/1992 o Código Civil- y, en fin, en lo atinente a los requisitos -aplicando la doctrina de la responsabilidad objetiva frente a la necesidad de probar la culpa del contratista en el caso de que este sea el causante del daño-. Lo hizo en relación con la cláusula 19 del Pliego de Condiciones Generales de 13 de marzo de 1903 (*dictamen*

de 30 de diciembre de 1906) y lo sigue haciendo desde entonces (dictamen n° 4.007/96, de 16 de enero de 1997).

En suma, el Consejo de Estado viene estableciendo que -fuera de los casos del mutualismo administrativo- las reclamaciones formuladas por los particulares ante las Administraciones por hechos que traen causa de actuaciones de sus contratistas deben ser resueltas por estas.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 30 de marzo de 2009, 11 de febrero de 2013 o 14 de octubre de 2013) no ha seguido la misma línea interpretativa. Esta jurisprudencia parte de la regla general conforme a la cual la responsabilidad del contratista por los daños y perjuicios causados a terceros como consecuencia de la ejecución del contrato de obras, debido a que su intervención rompe el nexo causal, exonerando a la Administración. Ahora bien, por excepción, teniendo en cuenta la titularidad administrativa de la actividad u obra y el fin público que se trata de satisfacer, responde la Administración contratante cuando los daños deriven de manera inmediata y directa de sus órdenes o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma. Por esto mismo, cabe que los perjudicados, conforme les autoriza la legislación de contratación pública, se dirijan al órgano de contratación para que, previa audiencia del contratista, se pronuncie sobre a quién (este último o la Administración misma) le toca responder de los daños, decisión susceptible de las impugnaciones administrativas y jurisdiccionales que procedan.

En este planteamiento jurisprudencial, si la Administración resuelve que la responsabilidad es del contratista, el órgano de contratación dejará expedita la vía para que los perjudicados se dirijan contra él; en otro caso, seguirá el cauce establecido en el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

Por otra parte, dada la facultad de los terceros perjudicados de dirigirse al órgano de contratación para que se pronuncie sobre el sujeto responsable, cabe también que reclamen directamente a la Administración contratante al amparo de los artículos 106.2 de la Constitución y 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. En esta tesitura, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial citada, dicha Administración puede optar entre dos alternativas: considerar que concurren los requisitos para declarar la existencia de responsabilidad o estimar que están ausentes y que, por lo tanto, no procede esa declaración; en la primera hipótesis pueden ofrecerse, a su vez, dos salidas posibles; a saber: entender que la responsabilidad corresponde al contratista o que, por darse los supuestos previstos legalmente (que los daños deriven de manera inmediata y directa de sus órdenes o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma), sea la Administración quien tenga que hacer frente a la reparación. En este último caso así lo acordará y en el otro deberá reconducir a los interesados hacia el cauce adecuado, abriéndoles el camino para que hagan efectivo su derecho ante el adjudicatario responsable.

Ahora bien, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2013, "lo que no puede hacer es limitarse a declarar su irresponsabilidad, cerrando a los perjudicados las puertas para actuar contra la empresa obligada a resarcirles". Así se lo impiden, no solo el espíritu de las sucesivas leyes de contratación pública desde 1995, que quieren un previo pronunciamiento administrativo sobre la imputación del daño, cualquiera que sea el modo en que se suscite la cuestión, sino principios básicos de nuestro sistema administrativo en general, como los de buena fe y confianza legítima. Estas exigencias "resultan aún más intensas cuando, incumpliendo su deber de resolver, la Administración da la callada por respuesta". En estos casos

"el debate procesal ha de centrarse en la posible responsabilidad de la Administración, sin que sea admisible que ante los tribunales cambie de estrategia y defienda que el daño debe imputarse a la empresa adjudicataria del contrato de obras en cuya ejecución se causó, pues iría contra su anterior voluntad, tácitamente expresada".

Por consiguiente, en estos pronunciamientos judiciales la inactividad de la Administración frente a la que se dirige una reclamación de responsabilidad patrimonial por razón de ser titular de la obra o servicio en cuyo desarrollo se han producido los daños y perjuicios, acaba operando como fundamento de dicha responsabilidad, al margen de si tal resultado dañoso se vincula o no a una orden de la Administración o a un vicio del proyecto elaborado por esta, y sin menoscabo de la acción de repetición que pueda corresponderle en caso de que no concorra la mencionada vinculación (acción cuyo ejercicio contempla, por ejemplo, la Sentencia dictada el 17 de diciembre de 2010 por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, confirmada en casación por el Tribunal Supremo en la Sentencia citada de 14 de octubre de 2013).

La exposición de esta jurisprudencia pone de relieve el complejo panorama que se presenta ante quien ha sufrido una lesión a raíz de las obras o servicios contratados por la Administración. Ante la incertidumbre acerca del responsable de tal lesión (contratista o Administración), se faculta al perjudicado para dirigirse al órgano de contratación para que se pronuncie al respecto, de modo que, si este atiende de forma temporánea dicha solicitud, identificando al contratista, se abre para el perjudicado una nueva fase procesal, aquella en la que debe reconducir la petición indemnizatoria por la vía civil frente al contratista identificado; ello si no discrepa del criterio de la Administración en la delimitación de la responsabilidad y renuncia a acudir a la vía contenciosoadministrativa para rebatirlo. Lo cual, a su vez, no empece para que, en el caso de inactividad administrativa en la referida delimitación, pueda insistir en vía judicial en la responsabilidad patrimonial de la Administración, lo que es susceptible de producir un resultado equiparable al que deriva de la doctrina del Consejo de Estado, de acuerdo con la cual (aunque sin necesidad de la inactividad) la Administración debe responder de los daños y perjuicios ocasionados a terceros durante la ejecución de las obras o la prestación del servicio, sin menoscabo de la acción de repetición que corresponda.

No es difícil colegir de este panorama el largo *iter* procesal al que ha de hacer frente la parte potencialmente más débil, el particular lesionado.

A juicio del Consejo de Estado, el anteproyecto en curso brinda la ocasión idónea para plantearse y resolver las cuestiones mencionadas, para lo que se van a sentar unas premisas coherentes con la posición largamente mantenida por este Alto Cuerpo Consultivo:

a) *En lo tocante a la delimitación de la responsabilidad:* procede acoger la regla que ha regido de forma invariada en nuestro Derecho, en virtud de la cual es de cuenta del contratista la indemnización de todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato, salvo cuando tales daños y perjuicios sean imputables a la Administración, lo que sucede, en todo caso, cuando deriven de forma directa e inmediata de una orden administrativa o de vicios en un proyecto por ella elaborado.

b) *En lo atinente a la fijación del cauce procesal:* este es el punto donde se ha centrado la polémica. El Consejo considera que, en coherencia con la doctrina expuesta y sin perjuicio de a quién corresponda, en última instancia, asumir el importe indemnizatorio de acuerdo con la regla anterior, debe permitirse al perjudicado dirigirse

frente a la Administración, que responderá si el interesado prueba el perjuicio efectivamente sufrido y la relación de causalidad entre las operaciones propias de la ejecución del contrato y la lesión resarcible, lo que habrá de dirimirse en un procedimiento con audiencia del contratista. Este criterio general ha de encontrar las excepciones que se juzguen pertinentes (y que convendría relacionar), particularmente en el caso de los mutualismos administrativos o, de forma más general, en las concesiones de servicios o en los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos (cuyas especialidades regula el anteproyecto en el artículo 310, una vez suprimida la categoría del contrato de gestión de servicios públicos), supuestos en los que quedaría vedada la posibilidad de obtener de la Administración el resarcimiento por una lesión que no le sea imputable.

c) *En lo relativo al ejercicio de la acción de repetición:* como corolario de la prerrogativa administrativa de depurar la responsabilidad en que incurra la adjudicataria, la Administración ha de verse legalmente compelida (no meramente facultada) a repetir contra el contratista las cantidades satisfechas en concepto de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a terceros de los que tal entidad sea responsable. De cara a facilitar la recuperación por la Administración de las sumas abonadas en este supuesto, sería útil contemplar la posibilidad de que sean compensadas con las que, por cualquier concepto, se adeuden a la contratista; incluso cabría sujetar la garantía definitiva al pago de tales sumas, siempre que así se estableciera en el artículo 110 del anteproyecto.

En definitiva, procede reconsiderar la redacción del artículo 194 del anteproyecto, con vistas a su adecuación a las premisas expuestas en los párrafos inmediatamente anteriores.» (Dictamen num. 1116/2015, p 183 a 190; los entrecorillados, las cursivas y las negritas son del Consejo de Estado).

Asimismo, el Consejo de Estado, al final de su Dictamen núm 1116/2015, reitera la pertinencia de introducir en la regulación del ALCSP determinadas modificaciones, entre las que destaca la que se está analizando (p. 291): «12°.- Resulta conveniente reconsiderar el sistema legal previsto de indemnización de daños causados a terceros por los contratistas en los términos indicados en el cuerpo del dictamen.»

4.7.7. Conservar los bienes afectos al servicio y cumplir el resto de obligaciones relativas a los mismos.

Con vistas a determinar las *obligaciones del concesionario respecto de los bienes* es conveniente diferenciar los tipos de éstos:

- a) Obras e instalaciones que hubiere de realizar el concesionario y otros bienes que deba aportar, sujetos todos ellos a reversión.
- b) Obras e instalaciones a cargo del concesionario y otros bienes que aporte, pero no a sujetos a reversión.

- c) Obras, instalaciones y otros bienes de la Corporación cuya utilización se entregare al concesionario.²⁹⁴

Sobre la base de la tipología señalada pueden señalarse las siguientes obligaciones del concesionario:

1. Conservar y mantener las obras, instalaciones y bienes adscritos al servicio, ya hubieran sido entregados por la Administración o corresponda aportarlos al concesionario.

La referida obligación cabe derivarla del RS/1955, cuyo art. 115 prescribe que, entre las cláusulas de la concesión de servicios públicos, se consignará la genérica siguiente:

*«9ª Deber del concesionario de mantener en buen estado las obras e instalaciones».*²⁹⁵

²⁹⁴ La base de esta diferenciación se encuentra en el art. 115 del RS/1955, que prescribe que, entre las cláusulas de la concesión, se contengan las referidas a:

«2ª Obras e instalaciones que hubiere de realizar el concesionario y quedaren sujetas a reversión, y obras e instalaciones a su cargo, pero no comprendidas en aquélla.

3ª Obras e instalaciones de la Corporación cuyo goce se entregare al concesionario.»

Asimismo, el art. 131.1 del citado Reglamento dispone:

«1. El pliego de condiciones detallará la situación y el estado de conservación en que habrán de encontrarse las obras y el material afectos a la concesión en el momento de reversión de la misma.»

Por su parte, el art. 67.4 del RGLCAP se refiere, en relación con el PCAP del contrato de gestión de servicios públicos, a las cláusulas relativas a:

«f) Especificación de las obras e instalaciones que hubiera de realizar el contratista para la explotación del servicio público, expresando las que habrán de pasar a la Administración a la terminación del contrato, en su caso.

g) Especificación de las obras e instalaciones, bienes y medios auxiliares que la Administración aporta al contratista para la gestión del servicio público.»

Tales especificaciones tiene su causa de la prescripción que contenía el art. 164.1 del TRLCAP; con el mismo texto, el art. 283.1 del TRLCSP dispone sobre la reversión lo siguiente:

«Cuando finalice el plazo contractual, el servicio revertirá a la Administración, debiendo el contratista entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados.»

Y con una mínima variación al inicio del precepto se expresa el ALCSP:

«Artículo 289. Reversión

1. Finalizado el plazo de la concesión, el servicio revertirá a la Administración, debiendo el contratista entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados.(...)»

²⁹⁵ En esos mismos términos indiferenciados, que por ello incluyen a todas las obras e instalaciones, se pronuncia el ROASCat/1995 (art. 232.1.h), aunque referido genéricamente al contratista gestor de servicios públicos.

El hecho de que el RGLGAP (art. 67.4.i) sólo mencione esa obligación respecto de los *«aportados por la Administración»* no creo que contradiga la conclusión general, máxime cuando el derecho histórico (RGLCE/1975, art. 211.8) también formulaba el deber sin distinción alguna.

Respecto de tales obras e instalaciones, y frente a la no regulación expresa en la concesión de servicios en el Anteproyecto, resultarán de aplicación las determinaciones de la *concesión de obras* atendida la supletoriedad ya destacada de ésta (ALCSP, 295). Con el antecedente del TRLCSP (247), el ALCSP impone diversas obligaciones al concesionario sobre el *uso y conservación de las obras* (257),²⁹⁶ respecto de las cuales pueden formularse las siguientes consideraciones:

- a) En primer término, se impone al concesionario la obligación de *cuidar de la adecuada aplicación de las normas sobre uso, policía y conservación de las obras*, la cual reitera la consignada, con carácter general, en el sentido de *cuidar del buen orden y de la calidad de las obras, y de su uso* (ALCSP, 256.d y TRLCSP, 246.d).
- b) En su condición de *agente de la Administración*, se confieren al concesionario diversas facultades:
 - *adoptar las medidas necesarias en orden a la utilización de las obras* (ALCSP, 257.2, 1r inciso, y TRLCSP, 247.2, 1r inciso);
 - *formular denuncias*, a las que se les otorga la calificación de *medio de prueba*, subordinado a que el personal del concesionario, *debidamente acreditado*, las

²⁹⁶ El Anteproyecto prescribe lo siguiente:

«Artículo 257. *Uso y conservación de las obras*

1. *El concesionario deberá cuidar de la adecuada aplicación de las normas sobre uso, policía y conservación de las obras.*

2. *El personal encargado de la explotación de las obras, en ausencia de agentes de la autoridad, podrá adoptar las medidas necesarias en orden a la utilización de las obras, formulando, en su caso, las denuncias pertinentes. A estos efectos, servirán de medio de prueba las obtenidas por el personal del concesionario debidamente acreditado y con los medios previamente homologados por la Administración competente, así como cualquier otro admitido en derecho.*

3. *El concesionario podrá impedir el uso de las obras a aquellos usuarios que no abonen la tarifa correspondiente, sin perjuicio de lo que, a este respecto, se establezca en la legislación sectorial correspondiente.*

4. *El concesionario deberá mantener las obras de conformidad con lo que, en cada momento y según el progreso de la ciencia, disponga la normativa técnica, medioambiental, de accesibilidad y eliminación de barreras y de seguridad de los usuarios que resulte de aplicación.*

5. *La Administración podrá incluir en los pliegos de condiciones mecanismos para medir la calidad del servicio ofrecida por el concesionario, y otorgar ventajas o penalizaciones económicas a éste en función de los mismos.*

En todo caso esta opción no podrá ser utilizada para limitar el riesgo operacional de la concesión.»

obtenga con los medios previamente homologados por la Administración competente, así como cualquier otro admitido en derecho (ALCSP, 257.2, 2º y 3r inciso y TRLCSP, 247.2, 2º y 3r inciso);

- e impedir el uso de las obras a aquellos usuarios que no abonen la tarifa correspondiente (ALCSP, 257.3 y TRLCSP, 247.3).

- c) El precepto recoge una manifestación de la denominada *cláusula de progreso*, concretada en que *el concesionario deberá mantener las obras de conformidad con lo que, en cada momento y según el progreso de la ciencia, disponga la normativa técnica, medio ambiental, de accesibilidad y eliminación de barreras y de seguridad de los usuarios que resulte de aplicación* (ALCSP, 257.4 y TRLCSP, 247.4).²⁹⁷

Introducida ya por la L 13/2003 en el TRLCAP, se trata de una determinación destinada a obligar al concesionario a adaptar las obras e instalaciones a los avances científicos y tecnológicos que se vayan produciendo a lo largo del período de duración de la concesión, de ordinario largo.²⁹⁸

²⁹⁷ Referencias bibliográficas: BAEZA MUÑOZ *et. al.* (2012); COLEGIO DE INGENIEROS, CAMINOS, CANALES Y PUERTOS (2006: 33-34) y REBOLLO RICO (2003: 218-219 y 2010: 222-223).

²⁹⁸ Una experiencia de contraste la tenemos en la Orden FOM/2267/2003, de 1.8, por la que se aprueba el PCAP de la *concesión para la construcción, conservación y explotación de la Autopista de peaje Madrid-Toledo y la Autovía libre de peaje A-40 de Castilla-La Mancha, tramo: Circunvalación Norte de Toledo* (BOE nº 189, del 8.8.2003), que al respecto dispone lo siguiente:

«Cláusula 24. Cláusula de progreso.

El concesionario deberá mantener y explotar la autopista objeto de concesión de conformidad con lo que, en cada momento, y según el progreso de la ciencia, disponga la normativa técnica, medioambiental y de seguridad de los usuarios que resulte de aplicación.

Esta cláusula de progreso será aplicable en todo lo relativo al mantenimiento y explotación de la carretera y concretamente a los siguientes aspectos: conservación (tanto ordinaria como extraordinaria), vialidad, atención de accidentes, medidas de seguridad, gestión del dominio público viario, cuidado medioambiental, sistema de cobro de peajes y, en general, cualquier actividad de gestión de la carretera o íntimamente ligada a la misma que esté sometida a cambios en cuanto a las exigencias de la tecnología o los medios empleados para llevarla a cabo.

El concesionario queda obligado a aplicar una determinada medida cuando sea aprobada por la normativa de carreteras o de autopistas correspondiente. En este caso, el concesionario no tendrá derecho a exigir indemnización alguna, por parte de la Administración, derivada de las cargas económicas inherentes a los trabajos para poner en práctica la citada medida, salvo que la misma suponga una modificación sustancial del equilibrio económico-financiero de la concesión.

Asimismo, dicha cláusula de progreso obligará al concesionario en caso de que, aún no habiéndose incluido en la normativa una medida en concreto, dicha medida esté siendo exigida de manera habitual a las nuevas infraestructuras de características análogas a la que hace referencia este pliego. En este caso, la Administración tendrá potestad para exigir al

Como ya se ha adelantado, la aplicación de dicha cláusula no está exenta de controversia, por sus implicaciones en relación con la necesidad o no del restablecimiento del equilibrio económico, aunque es obvio que el propósito del legislador es que tales adaptaciones se incluyan dentro del riesgo que el concesionario debe soportar, para lo cual deben incluirse en lo que constituyen los costes de mantenimiento.²⁹⁹

Finalmente, también se plantea la posible incompatibilidad de la cláusula de progreso con la configuración de las modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación y, concretamente, el art. 107.1.d) y e) del TRLCSP/2011, institución esta de la modificación contractual que se analizará después.³⁰⁰

d) Sin que tenga carácter imperativo, y con el antecedente del TRLCSP (247), se establece que «*la Administración podrá incluir en los pliegos de condiciones mecanismos para medir la calidad del servicio ofrecida por el concesionario, y otorgar ventajas o penalizaciones económicas a éste en función de los mismos*», posibilidad a la que, como novedad del Anteproyecto, se anuda la prevención de que «*en todo caso esta opción no podrá ser utilizada para limitar el riesgo operacional de la concesión*» (ALCSP, 257.5).

Se trata de una determinación cuya funcionalidad es indiscutible con vistas a *asegurar el nivel de calidad* del servicio ofrecido, básicamente a partir de la imposición de las penalizaciones económicas, y a *mejorarlo* mediante las ventajas o premios que se concedan, sean de carácter económico directo o indirecto, y todo ello naturalmente en función de los indicadores que necesariamente deberán establecerse para su adecuada valoración.³⁰¹

concesionario la aplicación de dicha medida, debiendo esta última compensar al concesionario por los costes incurridos —que en ningún caso serán superiores a los realizados en trabajos similares— a fin de llevar dicha medida a la práctica.»

²⁹⁹ Véanse, respectivamente, el Informe 08/2008, de 15.1.2009, de la Abogacía del Estado, <http://www.carreteros.org/blog/pdfs/abogacia/progreso.pdf> y REBOLLO RICO (2010: 223), para quien «fuera de tales casos, deberá ser compensado por la Administración».

³⁰⁰ Epígrafe 4.9.3.3.; al respecto véase GRIS GONZÁLEZ (2012: 16-17).

³⁰¹ Como experiencia de contraste, en el PCAP de la Orden FOM/2267/2003 sobre la autopista y autovía antes citadas, «*se incentiva al concesionario a ofrecer a los usuarios un nivel de calidad de servicio lo más adecuado posible, ofreciéndosele la posibilidad de hasta cuatro años extra de concesión en caso de que cumpla con unos criterios de calidad prefijados relativos a la seguridad, al nivel de servicio, al tiempo medio de espera en cola de los vehículos, al estado*

2. «No enajenar bienes afectos a la concesión que hubieren de revertir a la Entidad concedente, ni gravarlos, salvo autorización expresa de la Corporación» (art. 128.1.4^a del RS/1955).³⁰²

El hecho de que la prohibición de enajenación se refiera a los bienes sujetos a reversión no significa, a mi juicio, que sea totalmente libre el régimen de los que no lo están, toda vez que es bastante habitual que lleven aparejada alguna obligación (por ejemplo sobre reposición o sustitución), derivada de la oferta formulada por el concesionario o de exigencias de la Administración.³⁰³

Obviamente, de la consideración de esta obligación están excluidos los bienes de dominio público atendidas sus prerrogativas de inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad (ex L Patrimonio/2003, 6.a y LBRL, 4.1.h).

del firme y a la gestión del tráfico» (EM, título V), medida que se desarrolla en la cláusula 25. Indicadores de gestión y calidad (BOE nº 189, del 8.8.2003).

Por lo que se refiere a la instrumentación de estos mecanismos, desde el COLEGIO DE INGENIEROS DE CAMINOS, CANALES Y PUERTOS se recomienda que «se debe dejar libertad al concesionario para dimensionar o proveer como estime oportuno el conjunto de medios idóneos para conseguir los niveles de calidad exigidos por el concedente». Y añade que «habría que preparar una fórmula de cálculo que considerara cada uno de los conceptos de penalización y calidad, su cuantificación y el valor de la penalización y premios, respectivamente, así como sus correspondientes límites. Es decir, automatizar y simplificar los mecanismos de obtención de parámetros, así como los sistemas de pago y penalizaciones» (2006: 31-32).

³⁰² En términos análogos, aunque generalizándolos para el contratista gestor de servicios públicos, se expresan el ROAS/1995 (art. 235.d) y el RBASO Arag/2002 (art. 269.d).

³⁰³ Recuérdese a este respecto el art. 64.2 del TRLCSP:

«Los órganos de contratación podrán exigir a los candidatos o licitadores, haciéndolo constar en los pliegos, que además de acreditar su solvencia o, en su caso, clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello. Estos compromisos se integrarán en el contrato, pudiendo los pliegos o el documento contractual, atribuirles el carácter de obligaciones esenciales a los efectos previstos en el artículo 223.f), o establecer penalidades, conforme a lo señalado en el artículo 212.1, para el caso de que se incumplan por el adjudicatario».

Y que ahora reitera el ALCSP:

«Artículo 76. Concreción de las condiciones de solvencia (...)

2. Los órganos de contratación podrán exigir a los candidatos o licitadores, haciéndolo constar en los pliegos, que además de acreditar su solvencia o, en su caso, clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello. Estos compromisos se integrarán en el contrato, pudiendo los pliegos o el documento contractual, atribuirles el carácter de obligaciones esenciales a los efectos previstos en el artículo 209, o establecer penalidades, conforme a lo señalado en el artículo 190.1 para el caso de que se incumplan por el adjudicatario.»

3. No destinar las obras, instalaciones y otros bienes adscritos al servicio a cometidos distintos de los vinculados al mismo.

Como es de suponer, esta obligación alcanza tanto a los bienes entregados por la Administración, implícita en el derecho del concesionario a *utilizar los bienes de dominio público* en razón de su afectación al servicio (ex RS, art. 128.3.3ª), como a los que deba aportar el propio concesionario de resultas del PCAP, de la oferta presentada y de los términos de la adjudicación que deberán haberse reflejado en el contrato.³⁰⁴

Es evidente que la problemática sobre los bienes se prolonga toda la vida de la concesión, y se agudiza en el último tramo de la misma, cuestión sobre la que habremos de volver al analizar la figura de la reversión con ocasión de la extinción de la concesión (ALCSP, 289).³⁰⁵

4.7.8. Ejercer por sí la concesión con excepción de los supuestos autorizados.

4.7.8.1. Introducción

Como en todo contrato, el concesionario está obligado a ejecutarlo, si bien, con carácter general, la legislación establece dos supuestos que constituyen excepciones de esa obligación:

³⁰⁴ Sobre este último comentario debe llamarse la atención respecto de algunas prácticas de concesionarios, no acordes desde luego con el principio de buena fe, consistentes en ofertar la adscripción de unos determinados bienes y medios personales (así, por ejemplo, un número determinado de camiones y de operarios para la recogida de residuos), que, sin embargo, tras la adjudicación, no son dedicados *en exclusiva* a la prestación de ese servicio, sino *compartidos* con otras contrataciones en municipios cercanos. De producirse tal situación, si los términos de la oferta no señalaban un porcentaje de adscripción, o lo que es lo mismo, el hecho de esa dedicación no total, existirá incumplimiento por parte del concesionario.

³⁰⁵ En la nota anterior me he referido a la oferta del concesionario y su vinculación con la relación contractual. Atendida la larga duración de ésta, una medida muy conveniente es la de actualizar, cada cierto tiempo, la relación de obras, instalaciones y otros bienes adscritos a la concesión, lo que, además de constituir una garantía principalmente para la Administración, ahorrará discusiones en el momento de la extinción y la reversión de los que procedan.

Respecto de esta figura y, en particular, sobre la reversión gratuita de los bienes e instalaciones a la Administración véanse las SSTs de 24.11.1987 (Ar 9305, FJ 3º), 7.6.1988 (Ar 4599, FJ 3º) y 29.5.2000 (Ar 5492, FJ 7º, 8º y 9º), y la STS de la Comunidad Valenciana de 8.7.2004 (Jur 2005/1586, FJ 3º y 4º).

La figura de la reversión regulada en el art. 289 del ALCSP es objeto de análisis en el epígrafe 4.10.

- que un tercero autorizado lleve a cabo la *realización parcial del contrato*, en cuyo caso estaremos ante la figura de la *subcontratación*, regulada con carácter general y básico en los arts. 227 (*subcontratación*), 288 (*pagos a subcontratistas y suministradores*) y 228 bis (*comprobación de los pagos a los subcontratistas o suministradores*) del TRLCSP;
- que se *ceda* o *traspase* a un tercero autorizado la *totalidad de los derechos y obligaciones derivados de la relación contractual pendiente*, lo que da lugar a la *cesión* de la misma, prevista en el art. 226 del TRLCSP, también con carácter básico y general.

La referencia normativa local relativa a la concesión la encontramos en el art. 128.1 del RS/1955, que entre las obligaciones generales del concesionario establece la siguiente:

*«5ª Ejercer por sí la concesión y no cederla o traspasarla a terceros sin la anuencia de la Corporación, que sólo podrá autorizarla en las circunstancias que señala el párrafo 2 del artículo 52 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales».*³⁰⁶

Atendida la derogación de este Reglamento, las circunstancias de la excepción hay que entenderlas referidas al art. 226 del TRLCSP, sobre *cesión* antes citado, así como al 227, 228 y 228 bis, sobre *subcontratación*, y ello en razón del señalado carácter básico y general de tales preceptos, cuya aplicación no se halla negada para el contrato de gestión de servicios públicos por el art. 276 del TRLCSP, si bien sí está matizada en relación con la subcontratación por el 289.

El Anteproyecto regula obviamente estas figuras, introduciendo pocas variaciones, en los preceptos siguientes:

³⁰⁶ Expresamente derogado por el LCAP/1995 (disposición derogatoria única, núm. 1, letra b, *in fine*) el citado reglamento de 9.1.1953, su art. 52.2 disponía:

«En todo caso será preciso:

a) Que se haya realizado una porción de la obra, servicio o suministro no inferior al 10 por 100 del presupuesto.

b) Que el nuevo contratista reúna las condiciones y preste las garantías exigidas al adjudicatario.

c) Que la Corporación autorice la transferencia, que deberá ser formalizada por escritura pública, si ésta se hubiere otorgado en el primitivo contrato, y en los demás casos por comparecencia ante el Presidente de la Corporación interesada, de la que dará fe el Secretario.»

- la *subcontratación*, en los art. 213, 214 y 215;
- y la *cesión de los contratos*, en el art. 212.

Al tratarse de figuras con una regulación y características diferenciadas procederemos al análisis de cada una por separado.

4.7.8.2. La subcontratación de prestaciones accesorias en la concesión de servicios públicos

Las determinaciones sobre subcontratación en los CGSP se encuentran reguladas en el TRLCSP, con carácter general, en los art. 227 y 228, como se acaba de decir, y, con previsiones específicas referidas a este tipo de contratos, en el 289. La regla que establece este art. 289 es taxativa: *«en el contrato de gestión de servicios públicos, la subcontratación sólo podrá recaer sobre prestaciones accesorias»*.

El cumplimiento de esta condición limita ciertamente las posibilidades de la subcontratación. Además de la observancia de la misma, en relación con las prestaciones secundarias, y aunque no lo precise, deberá darse cumplimiento a las previsiones del régimen general de los art. 227, 228 y 228 bis que sean de aplicación.³⁰⁷

³⁰⁷ El art. 227 del TRLCSP dispone lo siguiente:

«Artículo 227. Subcontratación.

1. El contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación, salvo que el contrato o los pliegos dispongan lo contrario o que por su naturaleza y condiciones se deduzca que aquél ha de ser ejecutado directamente por el adjudicatario.

2. La celebración de los subcontratos estará sometida al cumplimiento de los siguientes requisitos:

a. Si así se prevé en los pliegos o en el anuncio de licitación, los licitadores deberán indicar en la oferta la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe, y el nombre o el perfil empresarial, definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización.

b. En todo caso, el adjudicatario deberá comunicar anticipadamente y por escrito a la Administración la intención de celebrar los subcontratos, señalando la parte de la prestación que se pretende subcontratar y la identidad del subcontratista, y justificando suficientemente la aptitud de éste para ejecutarla por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia. En el caso que el subcontratista tuviera la clasificación adecuada para realizar la parte del contrato objeto de la subcontratación, la comunicación de esta circunstancia eximirá al contratista de la necesidad de justificar la aptitud de aquél. La acreditación de la aptitud del subcontratista podrá realizarse inmediatamente después de la celebración del subcontrato si ésta es necesaria para atender a una situación de emergencia o que exija la adopción de medidas urgentes y así se justifica suficientemente.

c. Si los pliegos o el anuncio de licitación hubiesen impuesto a los licitadores la obligación de comunicar las circunstancias señaladas en la letra a), los subcontratos que no se

ajusten a lo indicado en la oferta, por celebrarse con empresarios distintos de los indicados nominativamente en la misma o por referirse a partes de la prestación diferentes a las señaladas en ella, no podrán celebrarse hasta que transcurran veinte días desde que se hubiese cursado la notificación y aportado las justificaciones a que se refiere la letra b), salvo que con anterioridad hubiesen sido autorizados expresamente, siempre que la Administración no hubiese notificado dentro de este plazo su oposición a los mismos. Este régimen será igualmente aplicable si los subcontratistas hubiesen sido identificados en la oferta mediante la descripción de su perfil profesional.

Bajo la responsabilidad del contratista, los subcontratos podrán concluirse sin necesidad de dejar transcurrir el plazo de veinte días si su celebración es necesaria para atender a una situación de emergencia o que exija la adopción de medidas urgentes y así se justifica suficientemente.

d. En los contratos de carácter secreto o reservado, o en aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado, la subcontratación requerirá siempre autorización expresa del órgano de contratación.

e. Las prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate con terceros no podrán exceder del porcentaje que se fije en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En el supuesto de que no figure en el pliego un límite especial, el contratista podrá subcontratar hasta un porcentaje que no exceda del 60 % del importe de adjudicación. Para el cómputo de este porcentaje máximo, no se tendrán en cuenta los subcontratos concluidos con empresas vinculadas al contratista principal, entendiéndose por tales las que se encuentren en algunos de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio.

3. La infracción de las condiciones establecidas en el apartado anterior para proceder a la subcontratación, así como la falta de acreditación de la aptitud del subcontratista o de las circunstancias determinantes de la situación de emergencia o de las que hacen urgente la subcontratación, podrá dar lugar, en todo caso, a la imposición al contratista de una penalidad de hasta un 50 % del importe del subcontrato.

4. Los subcontratistas quedarán obligados sólo ante el contratista principal que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y a los términos del contrato.

El conocimiento que tenga la Administración de los subcontratos celebrados en virtud de las comunicaciones a que se refieren las letras b) y c) del apartado 1 de este artículo, o la autorización que otorgue en el supuesto previsto en la letra d) de dicho apartado, no alterarán la responsabilidad exclusiva del contratista principal.

5. En ningún caso podrá concertarse por el contratista la ejecución parcial del contrato con personas inhabilitadas para contratar de acuerdo con el ordenamiento jurídico o comprendidas en alguno de los supuestos del artículo 60.

6. El contratista deberá informar a los representantes de los trabajadores de la subcontratación, de acuerdo con la legislación laboral.

7. Los órganos de contratación podrán imponer al contratista, advirtiéndolo en el anuncio o en los pliegos, la subcontratación con terceros no vinculados al mismo, de determinadas partes de la prestación que no excedan en su conjunto del 50 % del importe del presupuesto del contrato, cuando gocen de una sustantividad propia dentro del conjunto que las haga susceptibles de ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación profesional o poder atribuirse su realización a empresas con una clasificación adecuada para realizarla.

Las obligaciones impuestas conforme a lo previsto en el párrafo anterior se considerarán condiciones especiales de ejecución del contrato a los efectos previstos en los artículos 212.1 y 223.f).

8. Los subcontratistas no tendrán en ningún caso acción directa frente a la Administración contratante por las obligaciones contraídas con ellos por el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos.

9. Lo dispuesto en este artículo será de aplicación a las Entidades públicas empresariales y a los organismos asimilados dependientes de las restantes Administraciones Públicas, si bien la

referencia a las prohibiciones de contratar que se efectúa en el apartado 5 de este artículo debe entenderse limitada a las que se enumeran en el artículo 60.1.»

De las determinaciones de dicho art. 227 del TRLCSP considero aplicables, en síntesis, las obligaciones de dar conocimiento por escrito a la Administración del subcontrato a celebrar (nº 2, letra b), que los subcontratistas quedan obligados sólo ante el contratista principal, el cual asumirá la total responsabilidad de la ejecución frente a la entidad contratante (nº 4), y que los subcontratistas no pueden estar inhabilitados o incurso en algunos de los supuestos del art. 60 del TRLCSP (nº 5 del 227).

En cambio no parece posible admitir en el PCAP la aplicación de la previsión del art. 227.2, letra e), por cuanto son incompatibles con la regla de la accesoriedad que preside las prestaciones susceptibles de subcontratación en el CGSP según el art. 289 del TRLCSP.

En sus diversas acepciones, son *accesorias* las prestaciones *dependientes, complementarias o agregadas* a las *principales*, las cuales constituyen las *propias* del servicio público cuya gestión se contrata.

Aunque el art. 67.2.u) del RGLCAP posibilita que el PCAP fije, de antemano, la *«parte o tanto por ciento de las prestaciones susceptibles de ser subcontratadas por el contratista»*, en el pliego de la concesión entiendo mucho más apropiado consignar el deber genérico del gestor de ejercer por sí la prestación y un recordatorio sobre la limitación a las prestaciones accesorias que prescribe el art. 289 del TRLCAP.

En este sentido debe consignarse que el ROASCat/1955 añade dos requisitos más a la subcontratación: que *«se haya previsto en la convocatoria del procedimiento de adjudicación»* y que *«los subcontratos que se suscriban los ha de autorizar el ente local titular del servicio»* (art. 241, 1 y 2, respectivamente). El art. 272 del RBASO Arag/2002 reproduce los términos del art. 227 del TRLCSP.

Un problema se plantea, así, al exigir el ROAS que *«los subcontratos que se suscriban tendrán que ser autorizados por la entidad titular del servicio»* (art. 242.2). Surge así el conflicto con el TRLCSP, cuyo art. 227.2.b), precepto básico antes transcrito, tan solo establece la obligación de dar conocimiento anticipado a la Administración del subcontrato a celebrar, por lo que aquella exigencia no resultaría aplicable por ser contraria a la legislación básica, como ya advirtieran LLISSET BORRELL y LLISSET CANELLES (1995: 308). Otro elemento que confirma este juicio lo proporciona el reglamento aragonés que, si bien sigue al ROAS en muchas determinaciones, se aparta de éste y no contradice al TRLCAP (115.2.a), en su día, y ahora al TRLCSP al consignar que *«los subcontratos que se suscriban deberán ser comunicados a la Entidad local titular del servicio»* (RBASO, 272.2).

Por su parte, el art., 228 del TRLCSP, en tanto que regulador de los requisitos de los *pagos a subcontratistas y suministradores* por el contratista principal, cabe entender que será de aplicación íntegra al concesionario y su tenor es el siguiente:

«Artículo 228. Pagos a subcontratistas y suministradores.

1. El contratista debe obligarse a abonar a los subcontratistas o suministradores el precio pactado en los plazos y condiciones que se indican a continuación.

2. Los plazos fijados no podrán ser más desfavorables que los previstos en el artículo 216.4 para las relaciones entre la Administración y el contratista, y se computarán desde la fecha de aprobación por el contratista principal de la factura emitida por el subcontratista o el suministrador, con indicación de su fecha y del período a que corresponda.

3. La aprobación o conformidad deberá otorgarse en un plazo máximo de treinta días desde la presentación de la factura. Dentro del mismo plazo deberán formularse, en su caso, los motivos de disconformidad a la misma.

4. El contratista deberá abonar las facturas en el plazo fijado de conformidad con lo previsto en el apartado 2. En caso de demora en el pago, el subcontratista o el suministrador tendrá derecho al cobro de los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre.

5. El contratista podrá pactar con los suministradores y subcontratistas plazos de pago superiores a los establecidos en el presente artículo, respetando los límites previstos en el artículo 4. 3 de la Ley 3 / 2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, siempre que dicho pacto no constituya una cláusula abusiva de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 9 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, y que el pago se instrumente mediante un documento negociable que lleve aparejada la acción cambiaria, cuyos gastos de descuento o negociación corran en su

Las prescripciones anteriores, tan limitativas de la subcontratación, no creo que deban mantenerse, siempre y en todo caso, si en la concesión se incluye la ejecución de obras. En tales supuestos, entiendo posible aplicar, para éstas y sin límites, las determinaciones del art. 227 del TRLCSP. Asimismo, al incluir obras, resultarán de aplicación los preceptos de la *concesión de obras públicas* (ex art. 133.2, *in fine*, del TRLCSP), por lo que cabrá imponer al adjudicatario la obligación de subcontratar con terceros un porcentaje de los contratos de obras en los términos de los art. 273 y 274 del TRLCSP.³⁰⁸

Vista la regulación contenida en el TRLCSP sobre la *subcontratación*, la que recoge el ALCSF sobre esta figura será analizada en el estudio relativo al art. 294 (epígrafe 4.18).

integridad de cuenta del contratista. Adicionalmente, el suministrador o subcontratista podrá exigir que el pago se garantice mediante aval».

Finalmente, hay que consignar la regulación introducida por la L 14/2013, de 27.9 (art. 47.3):

«Artículo 228 bis. Comprobación de los pagos a los subcontratistas o suministradores

Las Administraciones Públicas y demás entes públicos contratantes podrán comprobar el estricto cumplimiento de los pagos que los contratistas adjudicatarios de los contratos públicos, calificados como tales en el artículo 5, han de hacer a todos los subcontratistas o suministradores que participen en los mismos .

En tal caso, los contratistas adjudicatarios remitirán al ente público contratante, cuando este lo solicite, relación detallada de aquellos subcontratistas o suministradores que participen en el contrato cuando se perfeccione su participación, junto con aquellas condiciones de subcontratación o suministro de cada uno de ellos que guarden una relación directa con el plazo de pago. Asimismo, deberán aportar a solicitud del ente público contratante justificante de cumplimiento de los pagos a aquellos una vez terminada la prestación dentro de los plazos de pago legalmente establecidos en el artículo 228 y en la Ley 3 / 2004, de 29 de diciembre, en lo que le sea de aplicación. Estas obligaciones, que se incluirán en los anuncios de licitación y en los correspondientes pliegos de condiciones o en los contratos, se consideran condiciones esenciales de ejecución, cuyo incumplimiento, además de las consecuencias previstas por el ordenamiento jurídico, permitirá la imposición de las penalidades que a tal efecto se contengan en los pliegos.»

³⁰⁸ De tales previsiones interesa destacar las recogidas en el art. 273 del TRLCSP, cuyo texto es el siguiente:

«Artículo 273. Subcontratación.

1. El órgano de contratación podrá imponer al concesionario de obras públicas que confíe a terceros un porcentaje de los contratos que represente, como mínimo, un 30 por 100 del valor global de las obras objeto de la concesión, previendo al mismo tiempo la facultad de que los candidatos incrementen dicho porcentaje; este porcentaje mínimo deberá constar en el contrato de concesión de obras.

2. En caso de no hacer uso de la facultad a que se refiere el apartado anterior, el órgano de contratación podrá invitar a los candidatos a la concesión a que indiquen en sus ofertas, si procede, el porcentaje del valor global de las obras objeto de la concesión que se proponen confiar a terceros.»

4.7.8.3. La cesión del contrato y la concesión de servicios públicos

A) Introducción: regulación y evolución normativa.

Tal como hemos señalado, la cesión de los contratos se regula en el art. 226 del TRLCSP, y los términos en que se recoge son los siguientes:

«Artículo 226. Cesión de los contratos

*1. Los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos por el adjudicatario a un tercero siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato, **y de la cesión no resulte una restricción efectiva de la competencia en el mercado. No podrá autorizarse la cesión a un tercero cuando esta suponga una alteración sustancial de las características del contratista si éstas constituyen un elemento esencial del contrato.***

2. Para que los adjudicatarios puedan ceder sus derechos y obligaciones a terceros deberán cumplirse los siguientes requisitos:

- a. Que el órgano de contratación autorice, de forma previa y expresa, la cesión.*
- b. Que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato o, cuando se trate de la gestión de servicio público, que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato. No será de aplicación este requisito si la cesión se produce encontrándose el adjudicatario en concurso aunque se haya abierto la fase de liquidación.*
- c. Que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia que resulte exigible, debiendo estar debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente, y no estar incurso en una causa de prohibición de contratar.*
- d. Que la cesión se formalice, entre el adjudicatario y el cesionario, en escritura pública.*

3. El cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que corresponderían al cedente».

Respecto del Anteproyecto debe adelantarse que la regulación de la *cesión de los contratos* tiene igualmente carácter general y se contiene en el art. 212, que reproduce el contenido del precepto transcrito con la modificación de la substitución del término «*gestión de servicio público*» (TRLCSP, 226.2.b), por la de «*concesión de obras o de servicios*» (ALCSP, 212.2.b), referida en ambos casos al requisito de que «*haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato*».³⁰⁹

³⁰⁹ A mi juicio, el Anteproyecto *extrema* aquí la lógica de su planteamiento de cambiar miméticamente las referencias al contrato de gestión de servicio público por las de la concesión, pues en este caso la mención no era a aquel contrato sino, estrictamente, a la *gestión de servicio público*, por lo que el criterio debería seguir manteniéndose aunque se tratase, de acuerdo con el planteamiento del ALCSP, de un *contrato de servicios* públicos en que no se transfiere el riesgo operacional al contratista.

Atendido pues que la regulación del TRLCSP y el ALCSP es coincidente en lo esencial y con la excepción señalada, procede afrontar el estudio de esta figura de la *cesión de los contratos*, para lo cual conviene advertir que su redactado es el resultado de sucesivas adiciones, desde el inicial texto de la LCE/1965 hasta el último añadido del TRLCSP/2011, por lo que no debe extrañar que la coherencia del precepto se resienta de las diferentes lógicas que las han inspirado.

Partiendo de la base de que se trata de una previsión de aplicación general a todos los contratos, y antes de pasar al análisis de los requisitos, es preciso resolver la cuestión previa de si es posible legalmente la cesión de la concesión, y, de serlo, si constituye un supuesto excepcional o no.

Un primer argumento a favor de su admisión ya lo hemos anticipado: el art. 226 del TRLCSP que se ha transcrito tiene carácter general (referido a todos los contratos típicos) y básico; correlativamente, no se halla excepcionado para el contrato de gestión de servicios públicos en el art. 276 del texto legal (a diferencia de otros *generales*, como el 220, referido a la *suspensión*, que ya sabemos que no se aplica al CGSP). El mismo razonamiento sirve para analizar la concesión de servicios en el ALCSP: el art. 212 tiene también carácter general y el art. 284 no excluye la cesión en relación con la concesión (como sí sucede respecto de la suspensión por falta de pago prevista en el art. 206).

Reconocida su aplicación con carácter general, la segunda cuestión se centra en el alcance que cabe atribuir a la frase *siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato*, que se añade a continuación de la posibilidad de cesión como causa excluyente de la misma (TRLCSP, 226.1 y ALCSP, 212.1. segundo inciso en ambos casos). El riesgo radica en que si se toma en su sentido más riguroso la *incidencia de las cualidades técnicas o personales*, añadido al complejo proceso de selección del concesionario, que siempre requiere la aplicación de más de un criterio, es muy probable que acaben *emergiendo* tales cualidades como *razón determinante de la adjudicación*.

Asimismo, el Anteproyecto sustituye el término *adjudicatario* por el de *contratista* (ALCSP, 212.2), mejora técnica que olvida, no obstante, en otro apartado (2012.2.d).

Frente al razonamiento expuesto, sin embargo, cabe oponer otro basado en la excepcionalidad de esa previsión y en su no-vinculación con la concesión, en particular, y el contrato de gestión de servicios públicos, en general.

La disyuntiva ha venido resolviéndose a favor de este segundo razonamiento sobre la base de las siguientes consideraciones:

1. Los antecedentes legislativos muestran que la apelación a las *cualidades técnicas y personales del cedente* y al hecho de haber sido *razón determinante de la adjudicación*, su mención como razón obstativa a la cesión, se recogía en relación con el contrato de obras (ex LCE/1965, art. 58 y RGCE71975, 182 y 183).³¹⁰

2. En cambio, la legislación estatal sobre el contrato de gestión de servicios públicos preveía la cesión del mismo sin efectuar mención alguna a las cualidades aludidas y a su incidencia en la adjudicación del contrato (LCE, art. 81, y RGLCE, 234).³¹¹

3. En el ámbito local, como ya hemos visto, el art. 128.1.5ª del RS/1955, después de enunciar la obligación del concesionario de «*ejercer por sí la concesión*», admitía la posibilidad de «*cederla o traspasarla a terceros*», bien que condicionándola a «*la anuencia de la Corporación, que sólo podrá autorizarla en las circunstancias que*

³¹⁰ El art. 58 de la LCE/1965 disponía lo siguiente:

«Los derechos dimanantes de un contrato de obras podrán ser cedidos a tercero siempre que las cualidades personales o técnicas del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato.

Para que los adjudicatarios puedan ceder sus derechos a tercero deberán cumplirse los siguientes requisitos:

1. Que la Administración autorice expresamente y con carácter previo la cesión.
2. Que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del presupuesto total del contrato.
3. Que se formalice la cesión en escritura pública.»

El RGCE reproducía los mismos requisitos y añadía la determinación de que «el cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que correspondían al cedente» (segundo apartado del art. 182).

A mi juicio, la expresión que analizamos, contextualizada en la regulación del contrato de obras de entonces, se refería a un *supuesto excepcional*, pues de ordinario la razón determinante venía dada por el elemento económico, el precio; no se olvide a este respecto que será sólo a partir de la modificación introducida por la L 4/1990, de 29.6, que el concurso se admitirá como forma normal de adjudicación del contrato de obras (art. 28, párrafo 5º, LCE/1965).

³¹¹ Concretamente, el art. 81 de la LCE disponía lo siguiente:

«La cesión del contrato de gestión de servicios públicos requerirá la aprobación previa de la autoridad que lo hubiera otorgado, siendo preciso que el primitivo empresario haya realizado la explotación durante el plazo mínimo de cinco años, y no surtirá efectos en tanto no se formalice el negocio de escritura pública.»

El art. 234 del RGLCE se limitaba a reiterar esa regulación de la ley.

señala el párrafo 2 del artículo 52 del Reglamento de contratación de las Corporaciones Locales». ³¹²

4. La regulación contenida en la *legislación de contratos de las Administraciones públicas* incorpora todos los requisitos y redactado del art. 58 de la LCE/1965, que debe ser considerado por tanto su antecedente mediato. Queda así acreditado que el supuesto referido a las *cualidades del cedente determinantes de la adjudicación del contrato* se vinculaba con el contrato de obras, de lo que se concluye que, como razón excluyente de la cesión, debe tener un carácter excepcional y circunscrito a los contratos *personalísimos*. ³¹³

Habiendo sido estos los argumentos mantenidos hasta fechas recientes, sin embargo, hay que consignar que el TRLCSP/2011 incorporó los requisitos, resaltados en la transcripción antes efectuada, en el sentido de que «*de la cesión no resulte una restricción efectiva de la competencia en el mercado*», así como que «*no podrá autorizarse la cesión a un tercero cuando esta suponga una alteración sustancial de las características del contratista si éstas constituyen un elemento esencial del contrato*» (226.1 *in fine*).

Los dos requisitos constituyen sendos nuevos requerimientos acordes con las directrices comunitarias. El primero, dirigido a garantizar la libre competencia, y el

³¹² Transcrito en nota al inicio de este apartado 4.7.8., este precepto como el propio Reglamento fueron derogados por la LCAP/1995, y recogía, junto a los requisitos de autorización corporativa y ejecución del 10% del servicio, la exigencia lógica de que «*el nuevo contratista reúna las condiciones y preste las garantías exigidas al adjudicatario*».

De ahí que ALBI CHOLBI calificara la regla sobre el *traspaso de los derechos del concesionario* del art. 128.1.5º del RS como «*previsión normal*» (y referida) «*simplemente, a los derechos del concesionario derivados del contrato, que puede transmitir a terceros si lo autoriza el concedente, porque esos derechos han de quedar supeditados al interés general y sujetos siempre al principio *intuitus personae* en que se inspira toda la contratación administrativa*» (1960: 539).

³¹³ Sobre que el antecedente de los mismos lo constituía el art. 58 de la LCE y que quedaban excluidos de la cesión los contratos «*personalísimos*», ya se pronunció en su día DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ (2005: 1145).

En Cataluña, el art. 235.f del ROAS/1995, al regular las obligaciones del gestor indirecto de servicios públicos, señala, entre otras, la de «*prestar el servicio por sí mismo, sin perjuicio de lo que establece el artículo 242 de este Reglamento*», referido, como ya sabemos, a la subcontratación, y sin que se añada ninguna otra excepción.

El hecho de que el ROAS no recoja la posibilidad de la cesión en el CGSP –omisión de la que se hace eco MESTRE DELGADO (2003: 1492-1493)–, debe complementarse con la referencia que, en su día, ya se formuló en relación con la aplicación del art. 114 del TRLCAP atendido su carácter general y básico (en este sentido, LLISSET BORRELL y LLISSET CANELLES, 1995; 307); y el mismo razonamiento debe extenderse al RBASO Arag/2002, cuyo art. 269.1.f) reproduce el 235.f) del ROAS.

segundo a asegurar el principio de intangibilidad contractual.³¹⁴ Es evidente que con la inclusión de tales previsiones se han restringido las posibilidades de la cesión del contrato, que requerirá un juicio valorativo por parte de la Administración sobre la concurrencia de los requisitos, con una incidencia especial en las concesiones, atendido que, de ordinario, son contratos de larga duración.³¹⁵

³¹⁴ Como recuerda MARTÍNEZ FERNÁNDEZ (2013: 1270), la redacción última de este precepto se debe a la sugerencia del Consejo de Estado, que se suma a la iniciativa de la JCCA AGE. Concretamente, en su Dictamen 1748/2011, de 13.11, el Consejo de Estado precisa lo siguiente (V.B):

«Artículo 226 del texto refundido: cesión de los contratos

La Junta de Contratación en el Ministerio proponente ha observado la conveniencia de añadir en el apartado 1 de este precepto ("los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos por el adjudicatario a un tercero siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato") un inciso "tendente a asegurar que no se incurre en restricción a la concurrencia".

Se basa en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 19 de junio de 2008, asunto C-454/06 [presstext Nachrichtenagentur GmbH contra Republik Österreich (Bund)], que resolvió una cuestión prejudicial planteada por un tribunal austríaco. Si bien, en respuesta a la cuestión primera, el Tribunal resolvió que en el caso no podía considerarse equivalente a una nueva adjudicación la cesión a la que procedió el adjudicatario -toda vez que transfirió a otra empresa, de la que era accionista único, sus participaciones sociales manteniendo la responsabilidad de la observancia de las obligaciones contractuales-, se destaca especialmente el razonamiento del apartado 47, según el cual una cesión de participaciones sociales "a un tercero durante el período de vigencia del contrato examinado en el asunto principal, ya no se trataría de una reorganización interna de la otra parte inicial del contrato, sino de un cambio efectivo de parte contratante, lo que constituiría en principio el cambio de un término esencial del contrato. Esta circunstancia podría constituir una nueva adjudicación del contrato en el sentido de la Directiva 92/50". Ciertamente, la ratio decidendi del caso no necesariamente debe llevarse al artículo 226 del texto refundido de la LCSP, relativo a la cesión de los contratos, cuyo único límite a la cesión se sitúa -como se ha visto- en el dato de que las circunstancias personales del cedente hubiesen sido determinantes para la adjudicación del contrato.

Pero también es cierto que la facultad de aclarar y armonizar puede incluir la de precisar ciertas normas en el sentido en que han sido interpretadas por la jurisprudencia. En el caso del artículo 226, podría en efecto introducirse alguna precisión relativa, no solo a que la cesión no debe restringir la competencia (objetivo por lo demás general de las normas sobre contratación pública, conforme al artículo 1.1 y la disposición adicional vigésimo tercera del texto refundido), sino también a que la cesión de derechos y obligaciones no podrá válidamente realizarse cuando suponga una alteración total de la parte contratante, si la consideración de esta es la de un elemento esencial del contrato.»

Pese al intento de ajuste, para VÁZQUEZ MATILLA la cesión prevista en el art. 226 del TRLCSP no se ajusta a la jurisprudencia europea (2013: 730-731); juicio que se proyectará sobre la regulación del Anteproyecto como luego se verá.

³¹⁵ La JCCA de Galicia, en su Informe núm. 8/2012, de 27.11, analiza detalladamente tanto la configuración inicial (interpretación restrictiva de la expresión *cualidades del cedente*), como los requisitos incorporados por el TRLCSP en 2011, y de ahí que transcribamos íntegramente el Informe (original sólo en gallego):

«4.- *Relacionada con estas cautelas, dúas son as controversias que presenta a consulta. Por un lado a necesidade de interpretar a limitación que a norma impón á cesión nos artigos 209.1 da LCSP (actual 226.1 do TRLCSP) no senso de que só se poderán autorizar cando as "cualidades técnicas ou persoais do cedente non teñan sido razón determinante da adxudicación do contrato", e por outro, cáles son os límites desa cesión atendendo ás solvencias acreditadas pola empresa cesionaria.*

5.- *Respecto á primeira cuestión pódese afirmar que, no dereito contractual administrativo, as calidades técnicas ou persoais do adxudicatario -eventual cedente- sempre son tomadas en*

consideración na adxudicación do contrato, e, en consecuencia, a expresión "razón determinante" debe interpretarse, a estes efectos, no seu sentido máis restritivo. Entendemos que só a esixencia e acreditación de condicións exclusivas, e non reunidas por ningún outro adxudicatario, permite cualificar unha obriga como persoalísima ao tratarse dunha translación dos contratos por razón da persoa recollidos na doutrina civil segundo a que as calidades técnicas ou persoais son as que determinan a posibilidade de contratar de tal forma que, se o adxudicatario carece desas calidades, o contrato non podería asinarse por non poder cumprir o seu obxecto. En resumo, que as calidades técnicas ou persoais deben ter tal relevancia para o cumprimento do contrato que ningún terceiro estaría en condicións de realizar a prestación debida e, polo tanto, no podería ser cesionario do mesmo xeito que no podería ser adxudicatario.

Un exemplo claro desta interpretación recóllese no propio TRLCSP, na que o seu artigo 304, en referencia aos contratos que teñen por obxecto a prestación de actividades docentes por persoas físicas en centros do sector público (cursos de formación de persoal da Administración, seminarios, coloquios ou actividades similares) prohibe autorizar a súa cesión en atención a ese carácter persoalísimo ou intuitu personae ao que se fai referencia.

Polo tanto, respecto a esta primeira cuestión, considerando que a novación contractual que supón a cesión contractual non ten efectos extintivos, -e polo conseguinte, non da lugar a un novo contrato-, non cabe entender, como norma xeral, que deba iniciarse necesariamente un novo procedemento de selección do contratista agás que no prego de cláusulas se prohibise expresamente tal opción ou se considere que estamos ante un contrato por razón da persoa que non se podería celebrar con ningunha outra.

6.- Non obstante o anterior, que podería interpretarse como unha ampla licenza para autorizar a maior parte das cesións dos contratos administrativos típicos, o alcance da norma debe matizarse á luz da modificación sufrida polo apartado 1 do artigo 209 da LCSP na actual redacción do 226.1 do Texto Refundido na que se establecen novas limitacións ás cesións:

1º.- que a cesión non resulte unha restrición efectiva da competencia no mercado; e

2º.- que a cesión non supoña unha alteración substancial das características do contratista si estas constitúen un elemento esencial do contrato

Indica a solicitude de informe do Cencello petionario que estas limitacións non son de aplicación atendendo á data de formalización do contrato obxecto da consulta. Non podemos estar máis en desacordo con esa afirmación. A LCSP debe ser interpretada conforme ao Dereito da Unión Europea e é preciso interpretar a versión orixinal do seu artigo 209 a luz da xurisprudencia comunitaria emitida, que, por outra parte, non contradí senón complementa á normativa estatal nesa redacción primitiva. De feito, as dúas novas limitacións, -proposta a primeira pola Xunta Consultiva de contratación do Estado e a segunda polo Consello de Estado no seu ditame 1748/2011-, aclaran e harmonizan esta tema no sentido en que foron interpretadas por la xurisprudencia comunitaria en sentenzas como a do Tribunal de Xustiza da Comunidade Europea de 19 de xuño de 2008, no asunto C-454/06 [presstext Nachrichtenagentur GmbH contra Republik Österreich (Bund)], delimitando o que podería constituír unha nova adxudicación do contrato no sentido da Directiva 92/50.(1)

7.- En relación coa primeira destas limitacións cabe sinalar que, a referencia á restrición efectiva da competencia no mercado, como indica o Ditame 1748/2011 do Consello de Estado, concreta de xeito expreso un obxectivo xeral das normas sobre contratación pública xa recollido no artigo 1.1 do TRLCSP (a contratación pública debe garantir a "salvagarda da libre competencia") e apunta aos efectos sinalados na Disposición adicional vixésimo terceira que esixe ao órgano de contratación notificar á Comisión Nacional da Competencia calquera indicio de que de tal cesión pode derivarse unha práctica contraria á libre competencia. Trátase por tanto, non tanto de limitar as cesións promovendo novas convocatorias en atención a salvagardar deste principio, canto de evitar que, baixo a cesión, se escondan actuacións das partes que impliquen restricións inxustificadas á competencia ou condutas colusorias que supoñan unha infracción no dereito que a regula.

8.- A segunda das limitacións engadidas vai directamente vinculada coa segunda cuestión presentada na consulta obxecto do presente informe: que a cesión non supoña unha "alteración substancial das características do contratista si estas constitúen un elemento esencial do contrato" (art. 226.1 in fine TRLCSP).

Interesa constatar neste punto do informe que as cesións, aínda que con regulación específica, son consideradas polo TRLCSP como un suposto de modificación contractual (2), e

como tales non poden alterar as condicións esenciais da licitación e adxudicación do contrato (art. 107.2 TRLCSP).

Con carácter xeral, acudindo á xurisprudencia do TJUE atopamos pautas vinculantes para determinar cando estamos ante un “elemento esencial do contrato” e así, das sentenzas de 19 de xuño de 2008 (xa citada) e de 5 de outubro de 2000, Comisión/Francia, C-337/1998, ap. 44 e 46, entre outras, pódense colixir as seguintes conclusións:

- a modificación dun contrato en vigor pode considerarse unha modificación substancial cando introduce condicións que, de figurar no procedemento de adxudicación inicial, permitirían a participación doutros licitadores aparte dos inicialmente admitidos ou seleccionar unha oferta distinta da inicialmente seleccionada (en similares termos se pronuncia o TRLCSP no apartado e) do artigo 107.3) ;

- tamén que, co obxecto de garantir o principio de transparencia dos procedementos e a igualdade de trato dos licitadores, as modificacións introducidas nas disposicións esenciais dun contrato esixen a adxudicación dun novo contrato cando presentan características substancialmente diferentes das do contrato inicial e, por conseguinte, poñen de manifesto a vontade das partes de volver a negociar aspectos esenciais do mesmo.

Xa concretando na materia de cesión de contratos administrativos, respecto aos límites das modificacións obxectivas dos contratos cedidos atopamos na xurisprudencia española outros aspectos delimitadores de interese, e así:

a) A cesión provoca unha novación subxectiva nunha das partes primitivas do contrato, sen que a mesma teña consecuencias nos elementos obxectivos do mesmo. Nese senso, a Sentenza de 21 de xaneiro de 2004 da Audiencia Nacional (rec. 1056/2001) e a de 17 de outubro de 2006 do Tribunal Supremo (rec. 3907/2004) que a confirma, e que declaran que, realizada a cesión, o cesionario non pode, con posterioridade, alegar que o prazo de execución e o prezo do contrato son insuficientes (3).

b) Así mesmo, a cesión efectuada a favor de outro concursante non implica que a Administración acepte a oferta presentada polo cesionario ao concorrer ao concurso (ver Sentenza do Tribunal Supremo de 16 de febreiro de 2001 (rec 4027/1995).

Do anterior conclúese que a oferta do cedente é vinculante para o cesionario -que asume no proceso de cesión a súa vontade de levar a cabo o contrato asinado nas exactas condicións concertadas inicialmente-, sen que a cesión poida dar lugar a renegociación algunha sobre elas nin a modificación dos seus elementos obxectivos.

Dado que, pola súa propia natureza, a modificación que na cesión se produce é exclusivamente de índole subxectivo, e unha vez descartado o carácter persoalísimo do contrato, a limitación do artigo 226.1 in fine, deba relacionase directamente cos criterios de solvencia e capacidade respecto aos que se atenderá ao previsto no artigo 226.2.c) do TRLCSP en tanto que, para autorizar a cesión, se acreditará que o cesionario teña capacidade para contratar coa Administración e idéntica solvencia ca que se esixiu no seu día ao cedente, é dicir, que no proceso de autorización da cesión o órgano de contratación debe asegurarse de que o cesionario reúne as condicións económico-financieiras adecuadas e que acredita unha experiencia técnica e profesional que presuman un correcto desenvolvemento da prestación en idénticas condicións das esixidas, no seu día, ao cedente. Neste punto non deben de ser confundidos os criterios de solvencia cos criterios de adxudicación que no seu día foron determinantes da adxudicación pois non debemos esquecer que a empresa cesionaria asume integramente os dereitos e obrigas dimanantes do contrato asinado pola cedente, e, en tal sentido, asume a oferta por ela presentada en todos aqueles aspectos que efectivamente determinaron a súa adxudicación.

CONCLUSIÓN

1.- Esta Xunta Consultiva entende que a normativa considera sempre viable a cesión dun contrato administrativo excepto cando teña o carácter de persoalísimo e que sexa o adxudicatario elixido no proceso competitivo o que necesariamente deba executar o obxecto contractual.

2.- Unha vez descartado o carácter persoalísimo do contrato debe afirmarse que pódese autorizar a cesión do contrato sempre que non se evidencie no proceso un intento de renegociación dalgún elemento esencial do mesmo e que se cumpren os requisitos de solvencia que garanten a súa execución para o que deberá quedar acreditado que os medios que o novo contratista afirma dispoñer son equivalentes a os do cesionario e que non minoran, en termos de calidade, os inicialmente ofertados.

NOTAS:

Con carácter general, el Consejo de Estado analiza detenidamente la regulación de la cesión de contratos en el art. 212 del Anteproyecto, y lo hace rememorando sus antecedentes (Dictamen núm. 1116/2015, de 10.3.2016, p. 227 y 228):

(1) *Ditame 1748/2011 do Consello de Estado relativo ao proxecto do Real Decreto Legislativo polo que se aproba o Texto Refundido da Lei de contratos do sector público;*

“La Junta de Contratación en el Ministerio proponente ha observado la conveniencia de añadir en el apartado 1 de este precepto (“los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos por el adjudicatario a un tercero siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato”) un inciso “tendente a asegurar que no se incurre en restricción a la concurrencia”.

Se basa en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 19 de junio de 2008, asunto C-454/06 [presstext Nachrichtenagentur GmbH contra Republik Österreich (Bund)], que resolvió una cuestión prejudicial planteada por un tribunal austríaco. Si bien, en respuesta a la cuestión primera, el Tribunal resolvió que en el caso no podía considerarse equivalente a una nueva adjudicación la cesión a la que procedió el adjudicatario -toda vez que transfirió a otra empresa, de la que era accionista único, sus participaciones sociales manteniendo la responsabilidad de la observancia de las obligaciones contractuales-, se destaca especialmente el razonamiento del apartado 47, según el cual una cesión de participaciones sociales “a un tercero durante el período de vigencia del contrato examinado en el asunto principal, ya no se trataría de una reorganización interna de la otra parte inicial del contrato, sino de un cambio efectivo de parte contratante, lo que constituiría en principio el cambio de un término esencial del contrato. Esta circunstancia podría constituir una nueva adjudicación del contrato en el sentido de la Directiva 92/50”.

Ciertamente, la ratio decidendi del caso no necesariamente debe llevarse al artículo 226 del texto refundido de la LCSP, relativo a la cesión de los contratos, cuyo único límite a la cesión se sitúa -como se ha visto- en el dato de que las circunstancias personales del cedente hubiesen sido determinantes para la adjudicación del contrato.

Pero también es cierto que la facultad de aclarar y armonizar puede incluir la de precisar ciertas normas en el sentido en que han sido interpretadas por la jurisprudencia. En el caso del artículo 226, podría en efecto introducirse alguna precisión relativa, no solo a que la cesión no debe restringir la competencia (objetivo por lo demás general de las normas sobre contratación pública, conforme al artículo 1.1 y la disposición adicional vigésimo tercera del texto refundido), sino también a que la cesión de derechos y obligaciones no podrá válidamente realizarse cuando suponga una alteración total de la parte contratante, si la consideración de esta es la de un elemento esencial del contrato.”

(2) *Tal afirmación deriva da redacción do artigo 105 que, no seu parágrafo 1 sinala que “sen perxuízo dos supostos previstos nesta lei de sucesión na persoa do contratista, cesión do contrato, revisión de prezos e prórroga do prazo de execución, os contratos do sector público só poderán modificarse cando así se teña previsto nos pregos ou no anuncio de contratación ou nos casos e cos límites establecidos no artigo 107.”*

(3) *“La parte recurrente considera que no procede la resolución del contrato debido a la imposibilidad de ejecución en los términos previstos en el contrato de celebrado el 24 de septiembre de 1990, en relación con los precios, acordados en 1989, y el plazo de ejecución. Alegato que pretende alterar, al margen de lo dispuesto específicamente en la Ley de Contratos, las condiciones del contrato que aceptó expresamente en la escritura de cesión (folio 138 y siguientes del expediente administrativo). Concretamente, la recurrente en la citada escritura “acepta dicha cesión en los expresados términos, subrogándose en todos y cada uno de aquellos derechos y obligaciones, comprometiéndose a la continuación de las obras en las condiciones originariamente pactadas con la Administración, haciéndose cargo de cuantas obligaciones dimanen de su ejecución” (folio 146 del expediente administrativo). Por tanto, si la ejecución de la obra en el plazo pactado y con los precios acordados era imposible, la recurrente no debió asumir la cesión del contrato en dichos términos (...)».*

«El análisis de este precepto ha de ir precedido de la explicación del tratamiento que la cesión del contrato ha recibido en el Derecho español de contratación pública para, a continuación, dilucidar su conexión con el tratamiento en el ordenamiento europeo de la modificación de los contratos.

Como señaló la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 39/1978, de 22 de noviembre, "la cesión de los contratos opera en el marco de la legislación administrativa como excepción al principio de ejecución personal por el contratista de la obra que le ha sido adjudicada. (...) Quiere ello decir que la cesión está concebida como un instrumento técnico para dotar a la contratación administrativa de la flexibilidad adecuada que permita, en casos excepcionales y siempre que las características del contratista no hayan sido determinantes de la adjudicación, la sustitución del elemento subjetivo del contrato". Ahora bien, añadía la Junta Consultiva, es lógico que las posibilidades que esta figura "abre no pueden ser utilizadas de forma tal que la autorización de la cesión comporte una defraudación de los principios que regulan la selección del contratista".

Con estas premisas, además de los requisitos específicos recogidos en el apartado 2 del artículo 226 del TRLCSP, el apartado 1 del citado artículo establece varios principios a los que debe someterse la cesión y que deben ser considerados por el órgano de contratación a la hora de autorizar o no la cesión de conformidad con el artículo 226.2.a). Dicho artículo establece que *"los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidas por el adjudicatario a un tercero siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato, y de la cesión no resulte una restricción efectiva de la competencia en el mercado. No podrá autorizarse la cesión a un tercero cuando esta suponga una alteración sustancial de las características del contratista si estas constituyen un elemento esencial del contrato"*. Entre los requisitos a los que tradicionalmente ha quedado sujeta la cesión contractual en la esfera administrativa para evitar su utilización fraudulenta, destacan dos: la imposición de un límite cuantitativo (que el cedente tenga ejecutado al menos un 20% del importe del contrato o, cuando se trate de la gestión de servicio público, que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato) y la exigencia de la intervención de la Administración contratante (que el órgano de contratación autorice, de forma previa y expresa, la cesión).

En definitiva, la cesión del contrato no es sino la transmisión subjetiva de la relación contractual sin modificación de los pactos constitutivos del contrato que se transmite, figura cuyo tratamiento viene estando sujeto en nuestra legislación de contratación pública a determinados requisitos, estela que sigue fielmente el anteproyecto» (los entrecomillados y las cursivas son del Consejo de Estado).

B) Directiva 2014/23/UE sobre adjudicación de contratos de concesión.

La Directiva 2014/23/UE regula la cuestión con ocasión de la *modificación de los contratos durante su período de vigencia* (art. 43). Esta regulación se articula a partir de un principio general y unas excepciones. Así,

a) El principio general parte del criterio de que considera una modificación sustancial, no admitida por la Directiva, «*cuando un nuevo concesionario sustituya a aquel al que el poder adjudicador o la entidad adjudicadora había adjudicado inicialmente la concesión en otros casos que los previstos en el apartado 1, letra d)*» (art. 43.1.e y .4.d).

b) Unas excepciones que se concretan en los casos citados y que son las siguientes (art. 43.1.d):

«cuando un nuevo concesionario sustituya al designado en un principio como adjudicatario por el poder adjudicador adjudicadores o la entidad adjudicadora como consecuencia de:

i) una opción o cláusula de revisión inequívoca de conformidad con la letra a),³¹⁶

ii) la sucesión total o parcial del concesionario inicial, a raíz de una reestructuración empresarial, en particular por absorción, fusión, adquisición o insolvencia, por otro operador económico que cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente, siempre que ello no implique otras modificaciones sustanciales del contrato ni tenga por objeto eludir la aplicación de la presente Directiva, o bien

³¹⁶ Recuérdese a este respecto que la referida opción se concreta en la siguiente:

«cuando las modificaciones, con independencia de su valor pecuniario, estuvieran ya previstas en la documentación inicial de la concesión, en cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas, entre las que puede haber cláusulas de revisión de precios u opciones. Estas cláusulas determinarán el alcance y la naturaleza de las posibles modificaciones u opciones, así como las condiciones en que se puede recurrir a ellas. No contendrán modificaciones u opciones que puedan alterar el carácter global de la concesión» (art. 43.1.a).

iii) la asunción por el propio poder o entidad adjudicador de las obligaciones del concesionario principal para con sus subcontratistas, siempre que esta posibilidad esté prevista en la legislación nacional.»

Como se desprende de las determinaciones transcritas, la Directiva 23/2014 es sumamente restrictiva respecto de las cesiones de contrato, que solo admite en los supuestos de detallados, regulación que, por lo demás, coincide con la de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública (art. 72.1, letras a), d) y e), y 4.d).³¹⁷

Y de ello se hace naturalmente eco el Consejo de Estado, que precisa (Dictamen núm. 1116/2015, de 10.3.2016, p 228 y 229): «la sustitución subjetiva sin alteración de la dimensión objetiva del contrato ha sido abordada en el Derecho de la Unión Europea, a propósito de la modificación contractual. Tal y como se indicó, uno de los supuestos en los que el artículo 72.1 de la Directiva 2014/24/UE admite dicha modificación sin necesidad de una nueva licitación es el de la sustitución del adjudicatario, cuando un nuevo contratista sustituya al designado en un principio por el poder adjudicador como consecuencia de cualquiera de las siguientes tres circunstancias: una opción o cláusula de revisión inequívoca contenida en los pliegos; la sucesión total o parcial del contratista inicial, a raíz de una reestructuración empresarial, en particular por absorción, fusión, adquisición o insolvencia, por otro operador económico que cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente, siempre que ello no implique otras modificaciones sustanciales del contrato ni tenga por fin eludir la aplicación de la directiva, o la asunción por el propio poder adjudicador de las obligaciones del contratista principal para con sus subcontratistas, siempre que esta posibilidad esté prevista en la legislación nacional.

Esta normativa se ha inspirado, según fue explicado, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en cuya Sentencia de 19 de junio de 2008 (asunto *Presstext Nachrichtenagentur* citado), se afirma que, "en general, debe considerarse que la

³¹⁷ En esta Directiva, las prescripciones del articulado, además, se justifican en la parte expositiva (CDO 110):

«De acuerdo con los principios de igualdad de trato y de transparencia, el licitador adjudicatario no debe ser sustituido por otro operador económico, por ejemplo cuando se rescinda un contrato debido a deficiencias en su ejecución, sin la convocatoria de una nueva licitación. No obstante, el licitador adjudicatario que ejecute el contrato ha de poder, en particular cuando el contrato haya sido adjudicado a más de una empresa, experimentar ciertos cambios estructurales, como reorganizaciones puramente internas, absorciones, concentraciones y adquisiciones o insolvencia, durante la ejecución del contrato. Estos cambios estructurales no deben exigir automáticamente nuevos procedimientos de contratación para todos los contratos públicos ejecutados por dicho licitador.»

introducción de una nueva parte contratante en sustitución de aquella a la que la entidad adjudicadora había adjudicado inicialmente el contrato constituye un cambio de uno de los términos esenciales del contrato público de que se trate, a menos que esta sustitución estuviera prevista en los términos del contrato inicial".

Ninguna relevancia tiene a estos efectos la diferencia terminológica entre el Derecho nacional y el europeo. El hecho de que la transmisión de la posición jurídica del contratista se articule en nuestro ordenamiento como cesión contractual, en lugar de hablar de modificación, no obsta para que se advierta la identidad conceptual con la sustitución del adjudicatario a la que se refiere el artículo 72.1.d) de la Directiva 2014/24/UE» (los entrecorridos y las cursivas son del Consejo de Estado).

C) Regulación del concepto de sucesión y cesión del contrato en el ALCSP.

Vistas las determinaciones comunitarias, procede analizar la transposición que efectúa el Anteproyecto, que la articula a partir de dos preceptos: el 96 y el 212.

C.1) Sucesión en la persona del contratista.

El Anteproyecto dispone lo siguiente:

«Artículo 98. Supuestos de sucesión del contratista

1. En los casos de fusión de empresas en los que participe la sociedad contratista, continuará el contrato vigente con la entidad absorbente o con la resultante de la fusión, que quedará subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes del mismo. Igualmente, en los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas, continuará el contrato con la entidad a la que se atribuya el contrato, que quedará subrogada en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, siempre que reúna las condiciones de capacidad, ausencia de prohibición de contratar, y la solvencia exigida al acordarse al adjudicación o que las diversas sociedades beneficiarias de las mencionadas operaciones y, en caso de subsistir, la sociedad de la que provengan el patrimonio, empresas o ramas segregadas, se responsabilicen solidariamente con aquéllas de la ejecución del contrato. Si no pudiese producirse la subrogación por no reunir la entidad a la que se atribuya el contrato las condiciones de solvencia necesarias se resolverá el contrato, considerándose a todos los efectos como un supuesto de resolución por culpa del adjudicatario.

A los efectos anteriores la empresa deberá comunicar al órgano de contratación la circunstancia que se hubiere producido.

2. Cuando el contratista inicial sea una unión temporal de empresas, se estará a lo establecido en el artículo 69.»

Con el antecedente del TRLCSP (85), al que el Anteproyecto añade la comunicación al órgano de contratación y la remisión de la unión temporal de los dos últimos párrafos, la regulación se acompasa perfectamente a los casos de *cambios estructurales y reorganizaciones internas empresariales* que prevén las Directivas 2014/23 y 24/UE (art. 43.1.d y 72.1.d, apartado ii común, respectivamente).

C.2) Cesión del contrato de concesión.

El Anteproyecto prescribe lo siguiente:

«Artículo 212. Cesión de los contratos

1. Los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos por el contratista a un tercero siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato, y de la cesión no resulte una restricción efectiva de la competencia en el mercado. No podrá autorizarse la cesión a un tercero cuando esta suponga una alteración sustancial de las características del contratista si éstas constituyen un elemento esencial del contrato.

2. Para que los contratistas puedan ceder sus derechos y obligaciones a terceros deberán cumplirse los siguientes requisitos:

a) Que el órgano de contratación autorice, de forma previa y expresa, la cesión.

*b) Que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato o, cuando se trate de un contrato de concesión de obras o concesión de servicios, que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato. No será de aplicación este requisito si la cesión se produce encontrándose el contratista en concurso aunque se haya abierto la fase de liquidación, **o ha puesto en conocimiento del juzgado competente para la declaración del concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación, o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, en los términos previstos en la legislación concursal.**»³¹⁸*

c) Que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia que resulte exigible, debiendo estar debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente, y no estar incurso en una causa de prohibición de contratar.

d) Que la cesión se formalice, entre el adjudicatario y el cesionario, en escritura pública.

3. El cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que corresponderían al cedente.»

Como se desprende de su lectura, el art. 212 del Anteproyecto sigue en lo esencial el texto ya analizado del art. 226 del Texto refundido. El problema se plantea, básicamente, en su apartado 1, pues su regulación no se aviene con la de la Directiva, que sólo admite como supuestos de cesión, aparte de las *reestructuraciones*

³¹⁸ Este último inciso fue incorporado en el texto de octubre de 2015 y se corresponde con las previsiones del art. 5 bis.1 de la L 22/2003, de 9.7, Concursal.

empresariales (objeto del art. 98 del ALCSP), la *opción o cláusula de revisión prevista en la propia concesión en cláusulas claras, precisas e inequívocas* y la *asunción por el propio poder o entidad adjudicador las obligaciones del concesionario principal para con sus subcontratistas, siempre que esta posibilidad esté prevista en la legislación nacional*, según se vio en el epígrafe anterior.

Si ya con el redactado del art. 226.1 del TRLCSP se plantearon dudas sobre el ajuste a la normativa comunitaria, una vez aprobadas las nuevas Directivas, entiendo que el mantenimiento del mismo tenor en el art. 212.1 del ALCSP no supone una correcta transposición de las mismas al Derecho interno.³¹⁹ Los términos de las Directivas son lo suficientemente contundentes y concluyen que hay modificación sustancial del contrato al margen de los supuestos detallados. En consecuencia, el juicio al que remite el tenor del art. 212.1 del ALCSP, sobre que *no podrá autorizarse la cesión a un tercero cuando esta suponga una alteración sustancial de las características del contratista, si éstas constituyen un elemento esencial del contrato*, es innecesario por obvio atendida la declaración de las Directivas.

Y ese es el juicio que, de manera contundente, emite el Consejo de Estado respecto de esta regulación (Dictamen núm. 1116/2015, de 10.3.2016, p. 229 y 230):

«De los tres supuestos en que se acepta en la Directiva el reemplazo del adjudicatario durante la vigencia de la relación convencional, la segunda es tratada en el artículo 98 del anteproyecto, referido a la sucesión del contratista, mientras que la tercera no tiene cabida en el anteproyecto, en la medida en que se descarta en el artículo 213.9 una relación directa entre el poder adjudicador y los subcontratistas, que, al igual que en el TRLCSP en vigor (artículo 227.8), carecen de acción directa frente a la Administración por las obligaciones contraídas con ellos por el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos. El único supuesto adicional en el

³¹⁹ Como ya se anticipó, VÁZQUEZ MATILLA cuestionaba el art. 226.2 del TRLCSP (2013: 730-731). Con las nuevas Directivas, su juicio es inapelable: la regla general es la prohibición de la cesión, y solo están permitidas las modificaciones señaladas (art. 72.1.d de la D 2014/24/UE) (VÁZQUEZ MATILLA, 2015: 96-97).

En el mismo sentido se pronuncia la *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* (CNMC), en su Informe sobre el ALCSP y en concreto sobre la concesión:

«Este art. 212, que permite la cesión con cierta flexibilidad, podría no ser compatible con el art. 43 de la Directiva, que supone un cambio de paradigma a este respecto. Así, la Directiva 2014/23/UE, con la finalidad de incrementar la concurrencia y la transparencia, pasa a considerar la cesión de las concesiones, en tanto que novación subjetiva, como una modificación contractual que debe dar lugar a una nueva licitación de la concesión salvo en determinados supuestos muy concretos¹⁷⁹ (art. 43.1.d). Se recomienda un mayor ajuste por tanto a la Directiva en este punto» (IPN/CNMC/015/10, de 16.7, p. 76).

que el Derecho europeo hace posible la introducción de una nueva parte contratante en sustitución del adjudicatario es aquel en el que obedece a una opción o cláusula de revisión inequívoca contenida en los pliegos. En la medida en que, al margen de estos, el artículo 212 del anteproyecto permite la referida sustitución, carece de cobertura en la directiva que se transpone y no se compadece adecuadamente con ella, por lo que es necesario cambiar el enfoque con el que está tratada la cesión contractual. Dicho de otra forma, el precepto analizado otorga vía a una alteración subjetiva del contrato, por subrogación de un tercero en la posición jurídica del contratista, sin sujetarse a las condiciones que, para tal alteración (que afecta a uno de los términos esenciales del contrato público), prevé el artículo 72.1.d) de la Directiva 2014/24/UE.»

En razón de la entidad de la disconformidad con la Directiva, el Consejo de Estado advierte que «ello hace imprescindible revisar el contenido del artículo 212 del texto sometido a consulta, con vistas a adecuarlo a dicha disposición europea. Esta observación tiene carácter esencial a los efectos de lo establecido en el artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado» (Dictamen p. 230).

Además, el Alto órgano consultivo formula las recomendaciones siguientes: «en la búsqueda de una redacción que respete el ordenamiento europeo al tiempo que sea tributaria de la regulación tradicional en esta materia, se recomienda que el artículo 212 comience señalando que, al margen de los supuestos de sucesión del contratista del artículo 98 y sin perjuicio de la subrogación que pudiera producirse a favor del acreedor hipotecario conforme al artículo 272.2 o del adjudicatario en el procedimiento de ejecución hipotecaria en virtud del artículo 273, la modificación subjetiva de los contratos solamente es posible por cesión contractual (terminología que procede mantener por coherencia con nuestras categorías jurídicas), cuando obedezca a una opción inequívoca de los pliegos. A continuación procede señalar los límites y requisitos que, como mínimo, deben prever los pliegos para el ejercicio de dicha opción, todo ello en línea con lo dispuesto en el artículo 212 del texto consultado» (Dictamen p. 230 y 231).

Todavía añade el Consejo de Estado una sugerencia más relativa, a partir de una regulación contenida en la legislación sectorial: «por otra parte -y en consonancia con la regulación contenida en el artículo 92.4 del texto refundido de la Ley de Puertos y Marina Mercante y en el artículo 141.6 del Reglamento General de Costas, aprobado por Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre-, debería introducirse alguna previsión en el anteproyecto que regule los casos de transmisión de la totalidad o parte de las

acciones o participaciones de la contratista o concesionaria, con efectos de cambio de su control, su calificación y efectos. Es claro que, en estos casos, no se produce una modificación formal del contratista o concesionario, pero sí se da materialmente. Así lo dijo el Consejo de Estado en el dictamen n° 998/94, de 23 de junio, en el que señaló que "la transferencia de la titularidad de todas las acciones de una entidad concesionaria comporta la transmisión de la concesión". Por ello, no resultaría ocioso que el anteproyecto incorporase alguna previsión al respecto» (Dictamen p. 231).

Esta es, pues, la valoración que corresponde a la regulación del concepto de cesión del contrato que incorpora el Anteproyecto, y que el Consejo de Estado corrige con rigor y precisión. Quedan luego los requisitos para autorizarla (art. 212.2 y .3), cuyo análisis habrá que acometer en tanto sea procedente la cesión, lo que solo podrá tener lugar de haberse previsto la misma en el PCAP de manera clara, precisa e inequívoca.

D) Requisitos de la cesión de la concesión de servicios públicos.

Sobre la base de las reservas señaladas en el apartado anterior, y de admitirse, la concesión de servicios públicos sólo podrá ser objeto de cesión a favor de un tercero (cesionario) siempre que se dé cumplimiento a los requisitos que se señalan a continuación (TRLCS, 226.2 y .3, y ALCSP, 212.2 y .3).

1º Que el cedente tenga realizada la explotación al menos durante el plazo de una quinta parte del tiempo de duración de la concesión.

Se trata de un requisito objetivo que no ha de plantear dudas por cuanto su término de contraste, el plazo de duración, habrá de haberse consignado, expresamente, en el documento de formalización del contrato (ex RGLCAP, art. 71.3.d y TRLCS, 26.1.g) y, correlativamente, ALCSP, 35.1.g.³²⁰

³²⁰ A su vez, el plazo de duración deberá haberse detallado en el PCAP (ex RGLCAP, 67.2.e), por lo que bastaría, en el contrato, una remisión a la cláusula respectiva del pliego, salvo en el caso de que la duración del contrato se hubiera modificado de resultas de la licitación.

Hay que recordar, por otra parte, que las discrepancias entre el PCAP y el contrato, si no traen causa de la adjudicación, deben resolverse a favor del *pliego*. La prevalencia del PCAP resulta del propio tenor legal, según el cual «*los contratos se ajustarán al contenido de los pliegos particulares, cuyas cláusulas se considerarán parte integrante de los respectivos contratos*» (TRLCS, 115.3 y ALCSP, 122.4), así como de una reiterada jurisprudencia. Así, entre las más relevantes, las SSTs de 11.4.1984 (Ar 1920, CDO 5º), 25.4.1990 (Ar 2838, FJ 2º), 20.4.1992 (Ar 3927, FJ 2º) y 28.11.2000 (Ar 9625, FJ 4º).

Particularmente contundente es el primero de los argumentos ofrecidos por la primera de las Sentencias citadas que se transcriben a continuación:

No parece que en el caso de *concesión mixta* la ejecución de las obras introduzca modificación alguna en el plazo exigido, salvo previsión expresa en el PCAP.³²¹

La excepción sobre que dicho requisito del transcurso de la quinta parte «no será de aplicación este requisito si la cesión se produce encontrándose el adjudicatario en concurso aunque se haya abierto la fase de liquidación» (TRLCSF, art. 226.2.b, *in fine*) fue incorporado a la LCSP/2007 (art. 209) por el RD Ley 6/2010, de 9.4, «de medidas para el impulso de la recuperación económica y del empleo» (art. 4.3, sobre «continuidad de los contratos públicos en determinadas situaciones concursales»),

«Que sobre esa cuestión central se impone proclamar la preferencia en favor del contenido del pliego de cláusulas de Explotación, por las siguientes razones: a) el principio general de la contratación administrativa, según el cual las declaraciones contenidas en los pliegos de cláusulas administrativas particulares aprobadas con anterioridad a la licitación no pueden ser modificados por los correspondientes contratos, ya que esos pliegos de bases o condiciones constituyen la «ley del contrato» con fuerza vinculante para ambas partes, principio recogido en la Ley de Contratos del Estado y que es una consecuencia de los principios de publicidad y concurrencia, aplicación particularizada del de igualdad ante la Ley, que informa así mismo la figura del contrato administrativo en dicha Ley -arts. 8, 10, 13 y 14, con las modificaciones operadas por la L. de 17 marzo 1973-, dado que los pliegos que recogen las condiciones de ejecución del contrato administrativo constituye la pieza esencial del mismo por definir su contenido material y ser garantía de desarrollarse en la práctica conforme a los módulos económicos, técnicos y jurídicos en que fue licitado, y en razón a la cual esta Sala -S. de 28 abril 1983, entre las más recientes- declara que los Pliegos de Cláusulas Administrativas en el contrato concesional constituye su contenido negocial y definen los derechos y obligaciones que asumirán cada una de las partes, y a la luz del cual deben resolverse las disparidades de criterio entre la Administración y la Concesionaria; (...) d) toda la conclusión anterior se afianza y fortalece si se considera que en nuestro sistema legal el contrato administrativo se perfecciona con la adjudicación definitiva, no con la formalización en escritura pública, y desde ese mismo momento existe y obliga como tal, según disponen los arts. 13 y 32 de la Ley de Contratos del Estado, esto es, que la forma escrita, aunque obligatoria, carece de carácter constitutivo; y por ello, el pliego es de aplicación directa, sin necesidad de previa declaración de nulidad de lo estipulado en la escritura ya que la fuerza de obligar del contrato administrativo no deriva de la escritura de formalización, que no tiene carácter constitutivo, sino del Decreto de adjudicación; y no es que la escritura carezca de valor alguno, sino que no puede prevalecer frente al contenido de los pliegos del concurso, en lo no modificado por los pliegos de adjudicación» (STS de 11.4.1984, Ar 1920, CDO 5º).

Como se habrá advertido, el segundo argumento (letra d) ya no puede sostenerse, toda vez que en el TRLCSF la perfección del contrato tiene lugar, no con la adjudicación, sino con la formalización (ex art. 27), y lo mismo debe decirse respecto del ALCSP (36.1). Dicho lo cual, en nada varía la conclusión sobre la prevalencia de los pliegos respecto del contrato, a tenor de los demás argumentos.

³²¹ En los supuestos en que deben acometerse obras con carácter previo a la explotación, lo normal es fijar dos plazos: uno para la ejecución de aquéllas, y otro para la gestión de la concesión, cuyo inicio se hace coincidir con la finalización de las obras y el comienzo efectivo de la explotación del servicio. De configurarse así, el cómputo de la quinta parte se referirá al período de la explotación de la concesión.

En cambio, si se fija un único plazo del contrato (a contar, por ejemplo, desde su formalización), y el mismo incluye la ejecución previa de obras y la subsiguiente prestación del servicio, pueden surgir dudas sobre cuándo ha de entenderse cumplida la quinta parte en razón de la exigencia legal sobre la *realización de explotación*.

«con el objetivo de facilitar la continuidad de la relación contractual con la Administración a los contratistas que hayan solicitado la declaración de concurso de acreedores voluntario y que éste haya adquirido eficacia en un convenio» (Exposición de Motivos del RD Ley 6/2010, 11). Y esa misma excepción se reproduce en el ALCSP, y a la cual se le ha añadido el inciso «o ha puesto en conocimiento del juzgado competente para la declaración del concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación, o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, en los términos previstos en la legislación concursal» (212.2.b, *in fine*).³²²

2º Que el cesionario tenga la capacidad necesaria para contratar con la Administración y acredite la solvencia suficiente para explotar la concesión y no estar incurso en una causa de prohibición de contratos (TRL CSP, 226.2.b y ALCSP, 212.2.b).

Es obvio que la *capacidad* del cesionario ha de ser la *general* o necesaria para contratar (ex art. 54 y 60 del TRL CSP), y de ahí su exigencia en los términos transcritos del art. 226.2.b).

En relación con la *solvencia*, en cambio, hay que entender que es la *suficiente* en referencia concreta a la concesión de que se trate, atendido que lo esencial es garantizar la prestación del servicio. Es quizás este el aspecto más trascendental de la cesión: que el concesionario tenga la solvencia económica, financiera y técnica adecuada para asegurar la correcta prestación del servicio, y el cumplimiento de los principios de continuidad y regularidad de dicha prestación.³²³

En razón de ser el indicado el objeto perseguido, la solvencia requerida debe referirse y evaluarse con vistas al futuro, esto es, en función de la parte de la concesión que queda por ejercer.³²⁴

³²² Como ya se ha adelantado, este último inciso fue incorporado en el texto de octubre de 2015 y se corresponde con las previsiones del art. 5 bis.1 de la L 22/2003, de 9.7, Concursal.

³²³ Sobre el requisito de la solvencia recuérdese el inciso final del Informe de la JCCA de Galicia 8/2012, reproducido en nota anterior.

³²⁴ Quiere decirse con ello que resulta innecesario un determinado medio de solvencia técnica que, habiendo sido requerido con ocasión de la licitación, en razón de haber realizado parte de la explotación, ya no resulta preciso.

Cito como argumento a favor de esta aseveración las previsiones que contenían los art. 231.3 d) y 265.6 del TRLCAP, sobre la concesión de obras públicas (COP), hoy derogados. Recogido el texto solo el segundo de tales preceptos, el TRLCSP, sobre «*aplicación de las causas de resolución*» a la COP, prescribe lo siguiente (270.6):

Y, en tercer lugar, que el concesionario no esté incurso en una causa de prohibición de contratar (reguladas en el TRLCSP, 60 y 61, y el ALCSP, 71 a 73).

Finalmente hay que consignar que, con carácter general, se exige respecto del cesionario «*estar debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente*» (TRLCSP, 226.2.b, y ALCSP, 212.2.b, tercer inciso en ambos casos). Dicho requisito no sería aplicable a la concesión de servicios atendido que no existe clasificación para ella (TRLCSP, 65 y ALCSP, 77, *a contrario*).

3º «*Que el órgano de contratación autorice expresamente y con carácter previo la cesión*» (TRLCSP, 226.2.a y ALCSP, 21.2.2.a).

Tres son los requisitos que se contienen en este apartado relativos a la cesión.

3.1 Que debe mediar necesariamente autorización de la Administración, lo que requiere lógicamente que sea solicitada por los empresarios interesados, cedente y cesionario.

3.2 Que esa autorización debe ser *expresa*, lo que en este caso excluye la presunta por silencio administrativo positivo, así como la tácita, salvo que actos propios de la Corporación la pusieran de manifiesto.³²⁵

«6. En los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas, sólo podrá continuar el contrato con la entidad resultante o beneficiaria en el caso en que así sea expresamente autorizado por el órgano de contratación considerando los requisitos establecidos para la adjudicación de la concesión **en función del grado de desarrollo del negocio concesional en el momento de producirse estas circunstancias**».

³²⁵ Que no es posible entenderla estimada por silencio administrativo es conclusión que deriva del art. 43.1.2º pfo. de la L 30/1992, en aplicación de la excepción sobre procedimientos «*cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público*», lo que sucedería en la cesión de la concesión de servicios públicos; y sin que se produzca variación alguna con la L 39/2015 (PACAP), cuyo art. 24.1.2º pfo. reproduce los términos de la L 30/1992.

La autorización tácita no parece, en principio, admisible. El problema puede plantearse, sin embargo, ante prácticas de inactividad o *indolencia* administrativa. Así, en supuestos en que se cumplieran todos los requisitos legales y, no obstante haberlo solicitado, la Administración no dictara *resolución expresa de autorización*, pero sí adoptara comportamientos y desarrollara actos de gestión respecto del cesionario (por ejemplo, aceptar el pago del canon efectuado por éste, dirigirle notificaciones relativas al servicio o requerimientos para que subsane deficiencias en la prestación del mismo), resultaría difícil no entender autorizada la cesión, máxime si tal estado de cosas se prolonga en el tiempo.

SOSA WAGNER (2004: 218) se hace eco de que «en el Derecho Francés, suele citarse la sentencia del Consejo de Estado de 10 de enero de 1930 en la que se señalaba que “si el Ayuntamiento ha sido llamado a pronunciarse acerca de una autorización y ésta ha quedado

3.3 Que la autorización sea emitida con *carácter previo* a la cesión, lo que entiendo que se refiere a la producción de efectos jurídicos vinculantes de la misma.³²⁶

Junto a las exigencias señaladas, la resolución administrativa de autorización deberá observar los principios generales propios de la actuación administrativa, y en particular el de ser dictada con arreglo a los principios de *objetividad* y *persecución del interés público* (ex CE, 103.1, L 30/1992, 3, apartados 1 y 3 y L 40/2015, RJSP, 3, apartados 1 y 3).

En este sentido, la entidad local deberá llevar a cabo una *actividad de comprobación* del cumplimiento de los requisitos exigidos, y de entre cuyas actuaciones destacan las relativas a la evaluación de la solvencia acreditada por el cesionario, y todo ello con vistas a asegurar la continua, regular y técnicamente correcta prestación del servicio público de que se trate.

Si tras esta actividad se constatará que no concurren las circunstancias que acrediten el cumplimiento de los requisitos, deberá dictarse resolución motivada denegando la autorización, la cual sería, obviamente, susceptible de ser recurrida por los interesados.³²⁷

sin respuesta, ha de entenderse implícitamente concedida cuando la accedido a acordar subvenciones y a elevar tarifas”, es decir, que se admite la autorización implícita siempre que la autoridad concedente haya otorgado su consentimiento de una manera clara en otros actos de gestión. Véase COUDEVYLLE, *Les concessions...*, cit., págs. 61 y ss.»

Asimismo, el mismo autor español (2004: 218) admite la autorización posterior, «que cumple los efectos de la confirmación de los negocios jurídicos anulables en el sentido de los artículos 1.309 y ss. del Código civil y que tendría eficacia retroactiva, tal como ha defendido la jurisprudencia (“cuando la ratificación tiene lugar... se produce su eficacia retroactiva al momento de la celebración del contrato”, sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1978).»

³²⁶ En realidad, en la figura que estamos analizando discurren dos relaciones jurídicas: la *bilateral privada*, entre el concesionario y el tercero que ambos desean que se haga cargo del contrato; y la *trilateral administrativa*, en la que además de aquellos dos, cedente y cesionario, interviene la Administración titular del servicio.

Los privados podrán articular su relación de la forma que estimen oportuna (precontrato, contrato sujeto a condición o cualquier otro tipo de compromiso), pero lo que pretende asegurar, a mi juicio, la fórmula legal del art. 226.2.a) del TRLCSP es que no se produzcan efectos jurídicos sino a partir de la autorización administrativa.

³²⁷ Además de cedente y cesionario, pueden existir otros interesados, máxime si la resolución es de autorización; véase en este sentido la STS de 25.2.2002 (Ar 10192, FJ 10º), sobre la cesión de las concesiones de servicio público de Telefónica S.A, en favor de Telefónica de España SAU, impugnada por los trabajadores de la empresa.

Sobre esa sentencia y, en general, los elementos objetivo, causal y formales de la cesión, véase DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ (2005: 1156-1166).

4º «Que se formalice la cesión, entre el adjudicatario y el cesionario, en escritura pública» (TRLCSF, 226.2.d y ALCSP, 212.2.d).

Ubicado en el último apartado de los requisitos de la cesión, la formalización de la misma en escritura pública debe tener lugar entre el adjudicatario (más correcto sería decir el contratista) y el cesionario y, en cualquier caso, a tenor de lo que hemos visto en el apartado anterior, después de que la Administración haya emitido su autorización.

La ley se limita a enunciar el requisito, sin prever ninguna actuación administrativa de comprobación, aunque lo lógico es que, como mínimo, la resolución de autorización de la entidad efectúe un recordatorio sobre la obligación de tal formalización, acompañado del requerimiento de que se remita una copia para su inclusión en el expediente.

Sin perjuicio de lo dicho, coincido con la doctrina que considera excesivo este requisito, por lo que sería deseable que, de *lege ferenda*, fuera suprimido o, cuando menos, suavizado.³²⁸

5º Los señalados son los requisitos exigidos en los art. 226 del TRLCSF y 212 del ALCSP, pero debe añadirse también el que puede derivarse de los art. 102.4 y 111.4 de dichos textos, cuyo tenor es el siguiente:

«En los casos de cesión de contratos no se procederá a la devolución o cancelación de la garantía prestada por el cedente hasta que no se halle formalmente constituida la del cesionario.»

Por último, no cabe negar la posibilidad de que el PCAP haya establecido algún requisito adicional en la cesión de la concesión, en cuyo caso deberá cumplirse.

³²⁸ Como mínimo, en el ámbito local, pues el derecho histórico preveía sólo la formalización «por escritura pública, si ésta se hubiera otorgado en el primitivo contrato» (Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9.1.1953, art. 52.2.c).

Sobre dicho requisito, en el plano doctrinal, SOSA WAGNER lo tacha de «incongruente» (2004: 216), y DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ (2005: 1165-1166) analiza las consecuencias derivadas de su incumplimiento.

E) Consecuencias derivadas de la cesión válidamente efectuada de la concesión de servicios públicos.

Si se da cumplimiento a todos los requisitos exigidos en los apartados anteriores, la cesión de la concesión de servicios públicos se habrá producido válidamente, de suerte que *«el cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que corresponderían al cedente»* (art. 226.3 del TRLCSP y 212.3 del ALCSP).

4.7.9. *Cuidar del buen orden del servicio*

Con el antecedente del art. 280.b) del TRLCSP, y la única sustitución de la mención del contratista, el art. 286.b del ALCSP prescribe que *«el concesionario estará sujeto al cumplimiento de (la obligación de) cuidar del buen orden del servicio, pudiendo dictar las oportunas instrucciones, sin perjuicio de los poderes de policía a los que se refiere el artículo anterior»*. Este precepto señala que *«en todo caso, la Administración conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha del servicio»* (ALCSP, 285.2 que reproduce el TRLCSP, 279.2).

Se trata, pues, de una obligación vinculada con la *potestad de dirección del servicio*, cuya exigencia última corresponde a la Administración titular del mismo, pero para cuyo efectivo ejercicio cuenta con el concurso del concesionario, que en el desarrollo de esta función de *agente* se halla comprometido en mantener la normalidad, el *buen orden* en los términos legales, del servicio.³²⁹

4.7.10. *Respetar el principio de no discriminación por razón de nacionalidad en los contratos de suministros derivados de la concesión.*

Como obligación general del contratista gestor de servicios públicos, el art. 280.d) del TRLCSP fija la siguiente:

«Respetar el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, respecto de las empresas de Estados miembros de la Comunidad Europea o signatarios del Acuerdo

³²⁹ La potestad de *dirección del servicio* ha sido analizada en el epígrafe 3.1.2.c.4).

sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio, en los contratos de suministro consecuencia del de gestión de servicios públicos.»

Por su parte, el art. 286.d del ALCSP se expresa en los siguientes términos:

«Respetar el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, respecto de las empresas de Estados miembros de la Comunidad Europea o signatarios del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio, en los contratos de suministro consecuencia del de concesión de servicios.»

Del contraste entre ambos preceptos destaca que el del Anteproyecto se refiere a la *concesión de servicios*, sin distinción, por lo que incluye tanto a los públicos como a los que no tienen esta condición, atendido que su ámbito comprende ambos (EM, IV, pfo. 5º y art. 282, analizados en el epígrafe 4.3).

Con la diferencia señalada, la coincidencia se refiere a la obligación que impone, respecto de la cual deben formularse las siguientes precisiones:

1. El principio de no discriminación citado debe extenderse a los Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo en aplicación del TRLCSP (disposición adicional decimocuarta),³³⁰ por lo que se refiere al ALCSP, la extensión respecto de tales Estados cabe entenderla consignada en el precepto que les reconoce capacidad de obrar, en iguales condiciones que las empresas no españolas de Estados miembros de la Unión Europea (art. 67.1).
2. En el ámbito de la Unión Europea, esa obligación se recogía en las Directivas 92/50/CEE y 93/36/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de *servicios* y *suministros*, respectivamente, y se consigna en la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31.3 (art. 3). Respecto de las nuevas Directivas cabe referir dicha obligación a la observancia del *principio de no discriminación*, proclamado tanto en la 2014/23/UE, sobre adjudicación de concesiones (CDO 4, 6 y 54 y art. 3), como en la 2014/24/UE (CDO 1, 68, 90 y 114 y art. 40).

³³⁰ Dicho acuerdo, de 2.5.1992, fue ratificado por Instrumento de 26.11.1993 y publicado en el BOE de 25.1.1994. Fueron Estados signatarios los miembros de la Unión Europea e Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza, aunque este último no ratificó el acuerdo.

3. El Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio, de 15.4.1994, fue ratificado por el Instrumento de 30.12.1994 y publicado en el BOE de 24.1.1995.³³¹

4.7.11. Obligaciones respecto de las zonas complementarias de explotación comercial.

El punto de partida para el análisis de estas obligaciones lo constituyen las denominadas *zonas complementarias de explotación comercial*, objeto de regulación en la *concesión de obras* (ALCSP, 258.1 y TRLCSP, 248.1, que reproducen el texto introducido por la L 13/2003 en el TRLCAP/2000, 223).³³²

Sobre la base del carácter supletorio de la regulación de la concesión de obras (ALCSP, 295), la extensión a la *concesión de servicios* de dicha figura permite conformar un régimen jurídico de utilidad para estos servicios complementarios de la gestión propia de servicios públicos. En síntesis, las notas que caracterizan esta figura son las siguientes:³³³

1ª Se trata de instalaciones que no tienen conexión directa con el objeto de la concesión, sino que lo complementan al resultar necesarias o convenientes por la *utilidad que prestan a los usuarios*.

³³¹ Para más información sobre la Organización Mundial del Comercio puede consultarse el sitio www.wto.org.

³³² El Anteproyecto dispone lo siguiente:

«Artículo 258. Zonas complementarias de explotación comercial

1. Atendiendo a su finalidad, las obras podrán incluir, además de las superficies que sean precisas según su naturaleza, otras zonas o terrenos para la ejecución de actividades complementarias, comerciales o industriales que sean necesarias o convenientes por la utilidad que prestan a los usuarios de las obras y que sean susceptibles de un aprovechamiento económico diferenciado, tales como establecimientos de hostelería, estaciones de servicio, zonas de ocio, estacionamientos, locales comerciales y otros susceptibles de explotación.

2. Estas actividades complementarias se implantarán de conformidad con lo establecido en los pliegos generales o particulares que rijan la concesión y, en su caso, con lo determinado en la legislación o el planeamiento urbanístico que resulte de aplicación.

3. Las correspondientes zonas o espacios quedarán sujetos al principio de unidad de gestión y control de la Administración Pública concedente y serán explotados conjuntamente con las obras por el concesionario, directamente o a través de terceros, en los términos establecidos en el oportuno pliego de la concesión.»

³³³ Referencias bibliográficas: ALENZA GARCÍA (2006: 488-489), COLAS TENAS (2009: 376-388), DE ANDRÉS GUIJARRO y HERRERO PRIETO (2004: 95-97) y DOMÍNGUEZ OLIVERA (2003: 109-123 y 2012: 135-149).

La relación legal incluye los establecimientos de hostelería, estaciones de servicio, zonas de ocio, estacionamientos, locales comerciales y, con carácter abierto, *otros susceptibles de explotación*.³³⁴

2ª Las *actividades complementarias* que se prevé que puedan desarrollarse son de dos tipos: *comerciales* o *industriales*, de suerte que no se acotan a las del denominado sector terciario o de servicios, sino que también comprenden otras de producción o transformación.³³⁵

3ª Las actividades complementarias han de ser susceptibles de *aprovechamiento económico diferenciado*, lo que constituye un factor relevante en orden a la viabilidad económica de la concesión, y así es tratado en:

- el Plan económico-financiero, en el que deberá ser objeto de consideración específica la incidencia de los beneficios derivados de la explotación de la zona comercial (ALCSP, 248.1.c) 4º y 131.1.4º),
- y la retribución del concesionario, integrada también con los ingresos procedentes de la zona comercial (ALCSP, 265.5 y TRLCSP, 255.5).

Asimismo, esa diferenciación del aprovechamiento ha de reflejarse en diversos momentos y documentos:

- en las proposiciones que formulen los licitadores sobre el compromiso de adaptación al modelo de contabilidad correspondiente a la gestión de las zonas complementarias de explotación comercial (ALCSP, 248.1.c) 6º y TRLCSP, 131.1, 6º);

³³⁴ Del análisis de diferentes experiencias de contraste pueden señalarse como ejemplos los siguientes: instalación de máquinas de *vending* y venta de raquetas y pelotas de pádel (concesión para la construcción, conservación y explotación de 4 pistas de pádel, Ayto. de Cieza, BOREgión de Murcia, 14.3.2013); pistas de pádel y edificios o parte de los mismos destinados a usos deportivos complementarios (concesión para la construcción y explotación Centro de prácticas de golf, Gerencia de Urbanismo Ayuntamiento de Sevilla, BOE nº 73, de 26.3.2015) y terrazas, espacios destinados a máquinas de entrenamiento infantil y a stands permanentes o temporales (concesión para la reforma integral del Mercado Municipal Maignon, Ayto. de Badalona, BOPBarcelona de 14.11.2013).

³³⁵ Esa es la afirmación que, de manera concluyente, sostiene DOMINGUEZ OLIVERA (2003: 114 y 2010: 140-141), a la sazón Abogado del Estado-Jefe en el Ministerio de Fomento (2002-2015) y, por tanto, directamente vinculado a la tramitación de la L 13/2003, de concesión de obras públicas y a su regulación posterior.

- en la obligación del concesionario de separar contablemente los ingresos procedentes de la explotación de la zona comercial de los provenientes de las aportaciones públicas y de las tarifas abonadas por los usuarios (ALCSP, 265.6 y TRLCSP, 255.6).

4ª Las zonas o espacios complementarios quedarán sujetos al principio de unidad de gestión y control de la Administración pública concedente y serán explotadas por el concesionario, directamente o a través de terceros (lo que deberá formalizarse en correspondiente contrato), en los términos establecidos en el pliego.

5ª Por lo que se refiere a la incidencia de los ingresos procedentes de la zona comercial en relación con el mantenimiento del equilibrio económico, debe partirse de la base de que el pliego ha de fijar los umbrales mínimo y máximo de tales ingresos, con las consecuencias diferenciadas siguientes (ALCSP, 248.1.c) 4º y TRLCSP, 131.1.c) 4º):

- si los rendimientos no superan el umbral mínimo, no podrán considerarse a los efectos de la revisión de los elementos que integran la ecuación financiera de la concesión (sistema de tarifas, inversión y costes de explotación y obligaciones de pago y gastos financieros, directos e indirectos, estimados);
- *a sensu contrario*, si los rendimientos superan el umbral máximo establecido en el pliego, sí será procedente la revisión y el reequilibrio financiero en beneficio de la Administración concedente (en concordancia, pues, con los art. 268.1 del ALCSP y 258.1 TRLCSP).

6ª Finalmente, y sin perjuicio de la remisión al análisis posterior sobre la extinción de la concesión, hay que advertir que a consecuencia de ésta quedarán igualmente extinguidos los contratos vinculados a la explotación de sus zonas comerciales (ALCSP, 277.2 y TRLCSP, 267.2), si bien los efectos de esa resolución se atemperarán en función de las circunstancias concurrentes, que en cualquier caso resultará potestativa para la Administración.³³⁶

³³⁶ Así, con el antecedente del art. 271.5 del TRLCSP, el Anteproyecto prevé las reglas siguientes (art. 280.4).

- El órgano de contratación podrá acordar la resolución de los contratos otorgados por el concesionario para el aprovechamiento de las zonas complementarias.
- El órgano de contratación podrá acordar también, como consecuencia de la resolución de la concesión, la resolución de los contratos otorgados de explotación comercial, abonando la indemnización que en su caso correspondiera. Esta indemnización será abonada con cargo al

4.7.12. Cumplir el resto de obligaciones establecidas

Bajo esta expresión deben incluirse el resto de obligaciones establecidas en la legislación (lo que comprende los reglamentos), fórmula más amplia que la que recoge el propio Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público, en relación a *cualesquiera otras previstas en ésta u otra Ley* (art. 286.e, primer inciso).

También debe señalarse que, entre las determinaciones que deben consignarse en el PCAP, el art. 67.2.n del RGLCAP establece las relativas a los «*derechos y obligaciones específicas del contrato y documentación incorporada al expediente que tiene carácter contractual*». La virtualidad de esta previsión es que, sin perjuicio de su concreción en el PCAP, apunta al desarrollo y ejecución del contrato, por lo que ampara todas las obligaciones surgidas de la concesión.³³⁷

concesionario cuando la resolución se produjera como consecuencia de causa imputable a éste.

- Cuando no se acuerde la resolución de los citados contratos, los titulares de los derechos de aprovechamiento seguirán ejerciéndolos, quedando obligados frente al órgano de contratación en los mismos términos en que lo estuvieran frente al concesionario, salvo que se llegara, de mutuo acuerdo, a la revisión del correspondiente contrato.

³³⁷ Así, por ejemplo, si el prestatario trata datos de carácter personal, lo que desde luego va a ser habitual en muchos servicios municipales de *tracto sucesivo* en relación con los usuarios (por ejemplo, en el suministro domiciliario de agua potable, para el cobro de tarifas), deberán cumplirse las prescripciones de la LO 15/1999, de 13.12, de *Protección de Datos de Carácter Personal*.

Entre los aspectos más relevantes destacan los siguientes:

a) La necesidad de consignar en el PCAP o, en su defecto, en el contrato la regulación del tratamiento de datos y el resto de determinaciones contenidas en los apartados 2 a 4 del art. 12 de dicha Ley, que prescribe lo siguiente:

“Acceso a los datos por cuenta de terceros.

1. No se considerará comunicación de datos el acceso de un tercero a los datos cuando dicho acceso sea necesario para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento.

2. La realización de tratamientos por cuenta de terceros deberá estar regulada en un contrato que deberá constar por escrito o en alguna otra forma que permita acreditar su celebración y contenido, estableciéndose expresamente que el encargado del tratamiento únicamente tratará los datos conforme a las instrucciones del responsable del tratamiento, que no los aplicará o utilizará con fin distinto al que figure en dicho contrato, ni los comunicará, ni siquiera para su conservación, a otras personas.

En el contrato se estipularán, asimismo, las medidas de seguridad a que se refiere el artículo 9 de esta Ley que el encargado del tratamiento está obligado a implementar.

3. Una vez cumplida la prestación contractual, los datos de carácter personal deberán ser destruidos o devueltos al responsable del tratamiento, al igual que cualquier soporte o documentos en que conste algún dato de carácter personal objeto del tratamiento.

4. En el caso de que el encargado del tratamiento destine los datos a otra finalidad, los comunique o los utilice incumpliendo las estipulaciones del contrato, será considerado, también, responsable del tratamiento, respondiendo de las infracciones en que hubiera incurrido personalmente”.

4.8 Prestaciones económicas y derechos ordinarios del concesionario

4.8.1. Introducción

Con el antecedente del art. 281 del TRLCSP, el Anteproyecto prevé lo siguiente:

«Artículo 287. Prestaciones económicas

- 1. El concesionario tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, entre las que se incluirá, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración.*
- 2. Las contraprestaciones económicas pactadas, que tendrán la naturaleza de tarifa, serán revisadas, en su caso, en la forma establecida en el contrato, que se ajustará, en todo caso, a lo previsto en el Capítulo II del Título III del Libro Primero de la presente Ley, relativo a la revisión de precios en los contratos de las entidades del sector público».*

El primer apartado reproduce literalmente el correlativo del texto refundido, mientras que, en el segundo, el ALCSP amplía la regulación que en el art. 281.2 del Texto refundido se limitaba a prescribir que *«las contraprestaciones económicas pactadas serán revisadas, en su caso, en la forma establecida en el contrato»*.

El Anteproyecto, pues, incorpora en primer término una concreción sobre que las *contraprestaciones económicas pactadas tendrán la naturaleza de tarifas*, lo cual es sólo parcialmente cierto. Las tarifas, en efecto, son una modalidad de las contraprestaciones económicas de la concesión de servicios, resultantes del derecho a la explotación de los mismos, pero ya sabemos que en dicha figura la contrapartida puede venir constituida también por *«dicho derecho acompañado del de percibir un precio»* (ALCSP, 15.1 *in fine*) o *«este mismo derecho en conjunción con un pago»* (Directiva 2014/23/UE, 5.1.b, 1r pfo. *in fine*).

b) La obligación del adjudicatario de implementar las medidas técnicas y organizativas necesarias para garantizar la seguridad de los datos de carácter personal, todo ello de conformidad con el Reglamento de desarrollo de la LO 15/1999, aprobado por el RD 1720/2007, de 21.12.

Por su parte, el ROASCat/1995 prescribe como obligación específica del contratista gestor indirecto de servicios públicos la de *«informar a la administración del funcionamiento del servicio, de la ejecución de obras e instalaciones a su cargo, así como de las cuentas de explotación y de la situación patrimonial en relación con la gestión del servicio»* (art. 235.e). También atribuyéndola al gestor indirecto, el RBASO Arag/2002 le impone la de *«facilitar a la Entidad local la información que le solicite sobre el funcionamiento del servicio»* (art. 269.e).

En segundo lugar, el art. 287.2 del ALCSP añade una prevención sobre el ajuste de la revisión de tarifas, con una remisión a lo previsto en el Capítulo II (*revisión de precios en los contratos de las entidades del Sector Público*), del Título III, del libro Primero que se concreta en la regulación de los art. 103 a 105 del Anteproyecto, como se verá después.

El derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato constituye la parte esencial de la ecuación económica del mismo y se concreta en la obtención por el contratista de una *retribución adecuada*, ya lo refiramos al contrato de gestión de servicios públicos, en los términos del TRLCSP, o a la concesión de servicios, en los del ALCSP.

Este derecho reconocido en el precepto transcrito, que tiene carácter ordinario, se complementa con el extraordinario relativo al *mantenimiento del equilibrio económico en el supuesto de modificación del contrato*, regulado en el art. 282 del TRLCSP y en el 288 del ALCSP, que será objeto de análisis en el apartado siguiente (4.9).

Centrándonos en el ámbito ordinario de la ecuación económica del contrato, el punto de partida es esa *retribución adecuada* para el concesionario que «*deberá ser calculada de modo que permita, mediante una buena y ordenada administración, amortizar durante el plazo de la concesión el costo de establecimiento del servicio y cubrir los gastos de explotación y un margen normal de beneficio industrial*», según prescribe el art. 129.3 del RServicios/1955. Para cubrirla, las formas de retribución previstas son las siguientes (RS/1955, art. 129.1, 2 y 4):

- las tarifas satisfechas por los usuarios;
- la subvención otorgada o el precio abonado por la Corporación;
- eventualmente, las contribuciones especiales impuestas por el establecimiento del servicio.

Como se recordará, según la tesis tradicional, las tarifas y la subvención otorgada o el precio abonado pueden concurrir o constituir el único medio de retribución del concesionario.³³⁸ Estas previsiones, como las que se refieren a las partidas que deben

³³⁸ Esa posibilidad se refleja en el art. 129 del RS/1955 en los siguientes términos:

considerarse para el cálculo de la retribución, también se contienen en la legislación autonómica.³³⁹

Y a esas modalidades de contraprestación económica hay que añadir la revisión de las mismas en los términos fijados en el contrato y de acuerdo con la regulación establecida, como ya se ha adelantado, y sobre la que hay que precisar que su complejidad es elevada atendida la incidencia de la L 2/2015, de *desindexación de la economía española*.

A estas modalidades de contraprestación económica se dedicarán los apartados siguientes, con inclusión también de una referencia al canon que puede satisfacer el concesionario, en razón de su efecto en la ecuación económica del contrato.

Hay que recordar, finalmente, que también es posible que el concesionario de servicios, por extensión de las determinaciones previstas para la concesión de obras, obtenga otros ingresos procedentes de la explotación de la zona comercial, tal como ya se ha analizado en relación con las obligaciones que tiene respecto de las *zonas complementarias de explotación comercial* (epígrafe 4.7.11).³⁴⁰

«1. El concesionario percibirá como retribución:

a) Las contribuciones especiales que se devengaren por el establecimiento del servicio salvo cláusula en contrario, y

b) Las tasas a cargo de los usuarios, con arreglo a tarifa aprobada en la forma dispuesta por el art. 179 de la Ley (hoy, 17 del TRLHL/2004).

2. También podrá consistir la retribución, juntamente con alguno de los conceptos anteriores, o exclusivamente si el servicio hubiere de prestarse gratuitamente, en subvención a cargo de los fondos de la Corporación. (...)

4. Si como forma de retribución, total o parcial, se acordare el otorgamiento de subvención, ésta no podrá revestir la forma de garantía de rendimiento mínimo ni cualquier otra modalidad susceptible de estimular el aumento de gasto de explotación y, en general, una gestión económica deficiente por el concesionario y el traslado de las resultas de la misma a la Entidad concedente».

³³⁹ Así:

- en Cataluña, ROAS/1995, art. 251, apartados 1, 2 y 3;
- y en Aragón, RBASO/2002, art. 280, apartados 1, 2 y 3.

³⁴⁰ Adelantadas estas consideraciones, y como visión panorámica previa al estudio jurídico-formal de las determinaciones que regulan las prestaciones económicas y los derechos ordinarios del concesionario, puede consultarse la relación de *experiencias de contraste* de ayuntamientos y otras entidades locales (epígrafes 9.2 y 9.3, respectivamente), entre cuyos aspectos seleccionados se encuentran los relativos a *tarifas, subvención o precio y cláusulas o fórmulas de revisión*, así como, en algunos casos, *otros ingresos complementarios* previstos en la concesión.

4.8.2. Las tarifas

4.8.2.1. Introducción

Con carácter general, podemos definir las tarifas como las contraprestaciones económicas que han de satisfacer los usuarios por el servicio público que reciben. Dos son básicamente los ámbitos de cuestiones que se plantean al respecto y que serán objeto de análisis. El primero es el relativo a su naturaleza jurídica (tasa, precio público o precio privado) y se enmarca en el estudio de la potestad tarifaria. El segundo es el que, circunscrito a la concesión, se refiere a su cuantificación, y cuyos principios generales serán estudiados después.³⁴¹

4.8.2.2. Potestad tarifaria

A) Introducción

La *potestad tarifaria* tiene por objeto la fijación y aprobación de las contraprestaciones económicas que han de satisfacer los usuarios por el servicio público que reciben. En una consideración genérica, tales contraprestaciones se denominan *tarifas*, y de ahí la adjetivación de la potestad, que, referida a la cobertura económico-financiera del servicio, tiene una trascendencia evidente. Los elementos que intervienen en el ejercicio de esta potestad, no obstante, han sido y son objeto de polémica, con respecto a la cual me limitaré a describir sus trazos generales, y las causas que la han generado.

La potestad tarifaria se distingue de la *potestad tributaria* que, en el ámbito local, incluye las figuras de las tasas, contribuciones especiales e impuestos y cuya regulación esencial la encontramos en la CE (art. 133.2), LBRL (4.1.b y 106) y TRLHL/2004 (2.1.b y 6 y siguientes).

El punto de principal fricción entre ambas potestades se ha centrado en si esas contraprestaciones que han de satisfacer los usuarios del servicio tienen la naturaleza de tasas, de una modalidad de tributos, por tanto, o si, por el contrario, se trata de

³⁴¹ Referencias bibliográficas: véase el exhaustivo trabajo de BLANQUER CRIADO (2012: 1186-1222) al que sigo fundamentalmente; además, ALBI CHOLBI (1960: 560-576), PAGÉS i GALTÉS (1999) y PERDIGÓ SOLÁ (2003: 111-120).

precios privados intervenidos o autorizados por la Administración, que no tienen aquella naturaleza.

B) Normativa aplicable

El inicio del debate se explica por la *disimilitud* de regulaciones, la del RS/1955 (arts. 148 a 155), y la del Texto refundido de la Ley de Haciendas Locales (aprobado por el RDLeg. 2/2004, de 5.3).

A esa diferencia se añadirá, luego, la concurrencia de otros factores, de entre los que destacan la *multiplicidad* de modalidades de prestación de los servicios, sus diferencias en cuanto al régimen jurídico e, incluso, las consecuencias derivadas del pronunciamiento del Tribunal Constitucional (SSTC 185/1995, de 14.12, y 233/1999, de 13.12), y las modificaciones normativas aprobadas posteriormente (L 25/1998 y L 58/2003).

De la interrelación de estos factores pueden distinguirse cinco grupos de criterios al respecto:³⁴²

1. Si el servicio se presta en régimen de *Derecho público*, deberá hablarse de *tasas o precios públicos* (TRLHL/2004, 20.1.B y 41), mientras que si se gestiona con arreglo a *Derecho privado* tendrán este carácter los *precios* que satisfacen los usuarios.
2. Desde la óptica del RS/1955, sin embargo, la previsión era la siguiente (art. 155):

«1. En los servicios prestados directamente por la Corporación, con o sin órgano especial de administración o mediante fundación pública del servicio, o indirectamente por concesión otorgada a particular o Empresa mixta o por Consorcio con otros Entes públicos, las tarifas que hayan de satisfacer los usuarios tendrán la naturaleza de tasa y serán exaccionables por la vía de apremio.»

³⁴² Referencias bibliográficas generales: SOSA WAGNER (2004: 323-335), BLANQUER CRIADO (2011: 1156-1186), LÓPEZ PELLICER (2002: 488-507), PERDIGÓ SOLÁ (1997: 559-596 y 2003: 111-140), PAGÈS GALTÉS (2005) y PLAZA Y VÁZQUEZ DEL REY (2003: 2560-2578); entre las últimas aportaciones destacan JIMÉNEZ COMPAREID (2011), TORNOS MAS (2011), CARRILLO DONAIRE (2012) y EL DERECHO.COM (2014).

2. Si el servicio se prestare con arreglo a las formas de Derecho privado y, en especial, por Sociedad privada municipal o provincial, arrendamiento o concierto, las tarifas tendrán el carácter de precio o merced, sometido a las prescripciones civiles o mercantiles.

3. Cualquiera que fuere la forma de prestación, tendrán no obstante, carácter de tasa las tarifas correspondientes a los servicios monopolizados y a los que fueran de recepción obligatoria para los administrados.»

3. Desde la perspectiva tributaria, tendrán la consideración de tasa las prestaciones patrimoniales que establezcan las entidades locales por (TRLHL/2004, 20.1):

«B) La prestación de un servicio público o la realización de una actividad administrativa en régimen de derecho público de competencia local que se refiera, afecte o beneficie de modo particular al sujeto pasivo, cuando se produzca cualquiera de las circunstancias siguientes:

a) Que no sean de solicitud o recepción voluntaria para los administrados. A estos efectos no se considerará voluntaria la solicitud o la recepción por parte de los administrados:

Cuando venga impuesta por disposiciones legales o reglamentarias.

Cuando los bienes, servicios o actividades requeridos sean imprescindibles para la vida privada o social del solicitante.

b) Que no se presten o realicen por el sector privado, esté o no establecida su reserva a favor del sector público conforme a la normativa vigente.»

4. En cuanto al precio público la previsión es la siguiente (TRLHL/2004, 41).

«Las entidades locales podrán establecer precios públicos por la prestación de servicios o la realización de actividades de la competencia de la entidad local, siempre que no concurra ninguna de la circunstancias especificadas en el artículo 20.1.B) de esta ley.»

5. La Ley 58/2003 de 17.12, General Tributaria, define la tasa en términos análogos a la del TRLHL/2004 pero, en su redacción inicial, añadía una precisión sobre el término en régimen de derecho público; decía así su art. 2.2.a):

«Tasas son los tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, la prestación de servicios o la

realización de actividades en régimen de derecho público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario, cuando los servicios o actividades no sean de solicitud o recepción voluntaria para los obligados tributarios o no se presten o realicen por el sector privado.

Se entenderá que los servicios se prestan o las actividades se realizan en régimen de derecho público cuando se lleven a cabo mediante cualquiera de las formas previstas en la legislación administrativa para la gestión del servicio público y su titularidad corresponda a un ente público.»

Esta precisión contenida en el segundo párrafo fue derogada por la Ley 2/2011, de *Economía Sostenible* (DF 58^a), por lo que desapareció esa identificación entre *régimen de derecho público y cualquiera de las formas de gestión de servicios públicos*, a partir del seis de marzo de 2011 (entrada en vigor L 2/2011, ex DF 60^a).

C) El régimen jurídico cambiante, los correlativos pronunciamientos de la jurisprudencia y el estado actual de la cuestión.

En síntesis, puede decirse que hasta la entrada en vigor de la L 25/1998, mayoritariamente, la jurisprudencia había mantenido el criterio de que, en los supuestos de gestión indirecta (concesión, básicamente), si el prestatario percibe directamente el importe de la contraprestación deberá hablarse de *“tarifa o precio privado intervenido y autorizado administrativamente”* (STS de 27.9.1997, Ar 8484, FJ 5^o).³⁴³

La línea jurisprudencial empezó a cambiar con la STC 185/1995, de 14.12, tras la cual se dictó el RD Ley 2/1996, de 26.1, que sería luego sustituido por la L 25/1998, de *modificación del Régimen Legal de las Tasas Estatales y Locales de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público* y, sobre todo, como consecuencia de la aprobación de la L 58/2003, *General Tributaria*, que establecía la identificación – ya comentada- entre *régimen de derecho público y cualquiera de las formas de gestión de servicios públicos* (segundo inciso del art. 2.2.a). A partir de estos cambios normativos, correlativamente, los tribunales calificaron como tasas las

³⁴³ En estos términos se pronunciaron, también, la STS de 12.2.1998 (Ar 1924, FJ 2^o) y las SSTSJ de Andalucía (Sevilla) de 22.3.2001 (RJCA 2001 605, FJ 2^o) y Asturias de 21.7.2000 (JUR 2000 273113, FJ 3^o).

contraprestaciones satisfechas por los usuarios, con independencia de la modalidad de gestión empleada.³⁴⁴

³⁴⁴ Sobre esta problemática es paradigmática la STS de 16.7.2012 (Ar 7895), que rememora la evolución jurisprudencial y de ahí el interés en su reproducción (FJ 3º, 4º y 5º):

"TERCERO

.- El debate que provoca el segundo motivo de queja consiste en determinar si el servicio público de agua domiciliaria está sujeto a una tasa o si, por el contrario, su régimen es el propio de precio público, como sostuvo la sentencia de instancia, habiendo soslayado la Corporación local recurrente la preceptiva intervención de la Comisión Territorial de Precios de la Comunidad Autónoma de Canarias.

Se ha de partir de un hecho indiscutido: el servicio público no se prestaba directamente por el Ayuntamiento de Adeje, sino en régimen de gestión indirecta. También resulta incontestable que el régimen jurídico aplicable es el establecido en la Ley General Tributaria de 2003 (RCL 2003, 2945), en su redacción original, antes de la modificación y de la supresión del último párrafo del artículo 2.2.a), llevada cabo por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (BOE de 5 de marzo).

La cuestión debatida no ha sido pacífica, como pone de manifiesto la jurisprudencia de esta Sala, debido esencialmente a los vaivenes y a los cambios normativos que se han ido produciendo con el transcurso de los años, entre otras razones, para ajustarse a la doctrina del Tribunal Constitucional. Por ello, no está demás que demos un repaso a esa jurisprudencia, para clarificar y explicar por qué se han dado diferentes soluciones tributarias para el mismo problema de fondo.

(A) Hay pronunciamientos que consideraron tal retribución del gestor indirecto como un precio privado, (B) otros le otorgaron la naturaleza de precio público y, en fin, (C) otro grupo de decisiones estimaron que se trataba de una tasa.

(A) En un primer grupo encontramos, pues, sentencias en las que esta Sala ha considerado que la retribución de las empresas concesionarias que prestan el servicio municipal de abastecimiento domiciliario de agua potable constituye un precio privado. Son pronunciamientos que abordan supuestos de hecho anteriores a la sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995 (RTC 1995, 185) y a sus secuelas legislativas. Debe destacarse la sentencia de 13 de enero de 1997, Comunidad de Propietarios de la Urbanización Monte Júcar de Alberique (Valencia) (apelación 13693/91 , FJ 2º), en que no se cuestionó la naturaleza de precio sometido a autorización autonómica de las tarifas por suministro de agua potable a una urbanización emplazada en el mencionado término municipal durante los ejercicios 1986, 1987 y 1988; directamente dio por sentado que se trataba de un precio privado. Con mayor precisión se pronunció la sentencia de 16 de junio de 1997 (RJ 1997, 4823), Sociedad General de Aguas de Barcelona. En un recurso de apelación (10481/91) interpuesto por la Administración General del Estado contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que, dando la razón a la Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., había considerado exentos de la contribución territorial urbana correspondiente al ejercicio 1984 los terrenos e instalaciones afectos al servicio de suministro de agua, revocó tal pronunciamiento al estimar que dichos bienes no son de servicio público, aun cuando estén afectos a uno de ellos. En su discurso, el Tribunal Supremo razonó que la contraprestación dineraria que el usuario satisfacía por el suministro del agua no era un ingreso público, ni tasa ni precio. Se trataba de una renta de derecho privado («La contraprestación del usuario, y las condiciones de prestación del servicio, por muy intervenidos que estén administrativamente, constituyen la "renta" o beneficio más importante de la Empresa concesionaria»). Para el Tribunal Supremo, la «"tarifa de derecho público" hace referencia no a tarifa aprobada administrativamente, como ocurre con los precios del agua cuando la compañía concesionaria es una entidad privada que lo percibe como contraprestación del usuario por el suministro y pasa a engrosar su propia tesorería, sino a ingreso de derecho público, que, como tal, ha de pertenecer por fuerza a una Administración, nunca a una entidad privada».

Nótese que, pese a la clara dicción de los artículos 26.a) de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre (RCL 1963, 2490), General Tributaria (BOE de 31 de diciembre), 199.b) y 212.21 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (RCL 1986, 1238 , 2271 y 3551), aprobado por Real Decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril (BOE de 22 de abril), y 155, apartado 3, del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RCL 1956, 85), aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 (BOE de 15 de julio),

vigentes a la sazón, el Tribunal Supremo no consideró tasa las tarifas correspondientes a un servicio de recepción obligatoria como el del suministro de agua potable.

Más rotunda fue la sentencia de 27 de septiembre de 1997 (RJ 1997, 8484), Aguas Potables de Barbastro (apelación 9964/91, FJ 5º). Esta resolución declaró que, cuando el servicio municipal de agua potable, de prestación obligatoria, se suministra de forma indirecta mediante concesión, las cantidades que la entidad concesionaria percibe de los usuarios constituyen precios privados, intervenidos y autorizados administrativamente, nunca tasas ni precios públicos.

Con tales precedentes, la sentencia de 12 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 10200), Mancomunidad intermunicipal de Moguer-Palos de la Frontera (apelación 635/93, FFJJ 3º a 5º), abordando el suministro de agua potable en dicha entidad local, constató que en parte el servicio era prestado directamente por la Mancomunidad y en parte mediante una concesión otorgada a la Compañía Inmobiliaria y de Parcelaciones y Construcciones, S.A., y concluyó que en ambos casos la potestad tarifaria pertenecía a la entidad local, a quien competía revisar las tarifas, sin perjuicio de la correspondiente autorización de la Comunidad Autónoma, limitada a controlar su ajuste a la política de precios y sin capacidad de incidir en el modelo tarifario elegido por la corporación local ni de decretar incrementos mayores a los acordados por esta última. Este pronunciamiento se sitúa, pues, en la misma línea: las cantidades percibidas por la empresa concesionaria del servicio público municipal de suministro domiciliario de agua potable constituyen precios privados, intervenidos y autorizados administrativamente. La doctrina de esta sentencia será seguida con posterioridad, sin necesidad en realidad de cuestionarse la naturaleza de tasa o de precio privado de la remuneración del concesionario, en la sentencia de 5 de febrero de 2009 (RJ 2009, 2831), Empresa Municipal de Aguas de Córdoba (casación 3454/05, FJ 6º).

La anterior perspectiva está presente también en la sentencia de 29 de octubre de 2003 (RJ 2003, 7950), Entidad Metropolitana de los Servicios Hidráulicos y del Tratamiento de Residuos (casación 566/97, FJ 3º), en la que se precisó que la tarifa complementaria de garantía y suministro fijada por el Consejo Metropolitano de Barcelona, cuyas cuotas se incorporaban por las empresas suministradoras de agua en las facturas que giraban a los usuarios, liquidando después el producto de lo recaudado a la mencionada Entidad, pertenece como precio privado a la potestad tarifaria de la corporación local, sin perjuicio del ulterior control autonómico para comprobar su adaptación a los objetivos de la política económica.

La sentencia de 21 de abril de 1999 (RJ 1999, 3586), Ayuntamiento de Valencia (casación 1490/94, FJ. 2º), declaró, por su parte, con toda rotundidad que la tarifa general exigida por la Sociedad Aguas de Valencia, S.A., concesionaria del servicio en dicho Ayuntamiento, es un precio privado, aunque por virtud de la potestad tarifaria que tiene atribuida (artículos 115, 116 y 127 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales) corresponda al ente local su aprobación. Esta sentencia extiende tal caracterización a una tarifa especial por metro cúbico consumido para financiar las obras de ampliación de la red: se trata de un «precio privado, percibido por la concesionaria de los usuarios, que revierte al Ayuntamiento por virtud del título concesional».

La tesis sostenida en la anterior sentencia fue secundada en la de 3 de julio de 2007, Empresa Municipal de Abastecimiento y Saneamiento de Aguas de Sevilla (casación 1727/02, FFJJ 3º y 4º), primera dictada para un supuesto de hecho posterior a la sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995 y en la que se tienen en cuenta las modificaciones legislativas introducidas a resultas de dicho pronunciamiento, singularmente la Ley 25/1998, de 13 de julio (RCL 1998, 1737 y 2423), de modificación del régimen legal de las tasas estatales y locales y de reordenación de las prestaciones patrimoniales de carácter público (BOE de 14 de julio). El Tribunal Supremo recuerda que su jurisprudencia «viene distinguiendo tradicional mente entre la prestación del servicio (de abastecimiento domiciliario de agua) en régimen de derecho público, supuesto que da lugar a la percepción de una tasa, y prestación en régimen de concesión, que da lugar a un ingreso de derecho privado para la entidad concesionaria». Este pronunciamiento, constituye, sin embargo, una decisión de transición. Reconoce que, de acuerdo con la nueva ordenación provocada por la citada sentencia del Tribunal Constitucional, el mencionado servicio municipal es el presupuesto de una tasa, pero dado que el caso enjuiciado viene referido a una situación anterior al 1 de enero de 1999 (disposición transitoria segunda de la Ley 25/1998), se aplica el régimen antiguo, conforme al que las sumas percibidas por la compañía concesionaria del servicio tenían la condición de precio privado.

Ese carácter transitorio, de paso de un régimen a otro, acompaña a la importante sentencia de 22 de diciembre de 2001 (RJ 2002, 1139), Ayuntamiento de Zaragoza, (casación 5759/96, FFJJ 4º y 5º). El Ayuntamiento de Zaragoza aprobó el «texto regulador del precio público por la prestación de servicios de abastecimiento y saneamiento de agua, para el ejercicio 1994», que remitió a la Diputación General de Aragón para su aprobación dentro de la competencia que en materia de política de precios le correspondía ejercer, aprobación que fue otorgada. Diversas organizaciones empresariales atacaron la referida decisión por entender que había defectos de competencia, debido a que se trataba de tasas y no de «precios públicos». La Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón les dio la razón, pero el Tribunal Supremo se la quitó. A juicio del Alto Tribunal, tras las modificaciones derivadas de la Ley 25/1998 el servicio de distribución de agua prestado por los entes locales constituye el hecho imponible de una tasa, sin embargo, en virtud de su ya mencionada disposición transitoria segunda, hasta el 31 de enero de 1998 debían considerarse «precios públicos», conforme a la normativa anterior. Por este solo motivo, el Tribunal Supremo otorgó la razón al Ayuntamiento de Zaragoza, considerando que la tarifa aprobada podía ser, en efecto, un precio público.

En igual sentido y con parecido hilo argumental se manifiesta la sentencia de 19 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 1810), Ayuntamiento de Benidorm (casación 3645/02, FFJJ 3º y 4º), relativa a la ordenanza fiscal «reguladora del precio de servicio público de titularidad privada e intervenido-autorizado administrativamente por prestación del suministro de agua potable».

En fin, participan del mismo criterio, aun sin decirlo expresamente, decisiones más recientes, como las sentencias de 12 de marzo de 2010 (RJ 2010, 4377), Aguas Potables de Bernia (casación 6822/04, FJ 4º), y 3 de febrero de 2011 (RJ 2011, 524), Ayuntamiento de Mérida (casación 5325/06, FJ 4º), atinentes, respectivamente, a los municipios de Altea y Mérida.

De este acervo jurisprudencial se obtiene que, bajo el marco normativo anterior al provocado por la sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995 (RTC 1995, 185), el Tribunal Supremo consideró sin fisuras que si el servicio era prestado directamente por las corporaciones locales deberían sufragarlo mediante una tasa, ejercitando su potestad tributaria; mientras que si era gestionado de forma indirecta, mediante la interposición de un concesionario, la retribución de este último constituía un precio privado, fijado por el Ayuntamiento concedente en uso de su potestad tarifaria, sin perjuicio de su sometimiento a ulterior autorización de la Administración competente en materia de control de precios (primero la del Estado y después, tras las oportunas transferencias, la de la correspondiente Comunidad Autónoma). Tan claro lo tenía el Tribunal Supremo que, en virtud de la disposición transitoria segunda, apartado 1, de La Ley 25/1998, siguió considerando la remuneración del concesionario un precio fijado en el uso de la mencionada potestad tarifaria, condicionado a ulterior aprobación para vigilar sus eventuales efectos inflacionistas.

Sólo dos pronunciamientos parecen desmarcarse de la tónica general. El primero es la sentencia de 10 de febrero de 1996, Empresa Municipal de Aguas de Córdoba (casación 7040/93, FJ 3º), que abordó la naturaleza de los ingresos obtenidos por la mencionada compañía durante el ejercicio 1984. Para la empresa municipal se trataba de tasas y, por consiguiente, de sumas no sometidas al impuesto general sobre el tráfico de las empresas. La opinión de la Administración tributaria era la contraria. El Tribunal Supremo, desestimando el recurso, se puso de lado de esta última. Pero lo hizo con un argumento puramente circunstancial. Reconoció que, conforme a lo dispuesto en el artículo 155, apartado 3, del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, las tarifas correspondientes a los servicios monopolizados y a los que fueren de recepción obligatoria por los administrados tienen el carácter de tasa, pero debido a que en el caso era prestado en régimen de derecho privado por una sociedad municipal sin que existiese acuerdo de imposición o establecimiento de la tasa correspondiente, ni de aprobación de la pertinente ordenanza reguladora, debían considerarse las sumas percibidas como precio privados, sometidas al mencionado impuesto general.

La otra decisión singular se encuentra en la sentencia de 21 de enero de 1993 (RJ 1993, 393), Ayuntamiento de Betxi (Castellón) (apelación 153/89, FJ 1º), que zanjó un debate entre dicha corporación y la Generalidad Valenciana sobre la naturaleza de las tarifas percibidas por la empresa prestadora del servicio. Para la primera se trataba de una tasa, mientras que la segunda consideraba que era un precio, con la importante consecuencia de que en este último

caso la fijación de nuevos importes requería la autorización autonómica, innecesaria en el otro. Pues bien, el Tribunal Supremo, revocando la sentencia apelada, dio la razón a la Comunidad Autónoma. Aun reconociendo su naturaleza de ingreso de derecho público «sometido al régimen jurídico propio de las tasas y por ello exaccionables por la vía de apremio», las tarifas en cuestión, en cuanto regulan una contraprestación pecuniaria a satisfacer por un bien o un servicio que se adquiere o utiliza, constituyen un auténtico precio sometido a la normativa y a las competencias propias de las disposiciones reguladoras de los precios autorizados. En opinión del Tribunal, las tarifas del caso que analizó gozaban de una doble naturaleza: la de tasa y la de precio, calificativos que consideró compatibles, pues obedecen a diferentes objetivos o finalidades públicas que determinan una situación de concurrencia de competencias: la tarifaria, municipal, y la de política de precios, autonómica.

(B) Junto al anterior grupo de sentencias, aparece otro segundo, en el que se atribuye la naturaleza de precio público a la retribución del prestador del servicio municipal de agua potable. Se trata de cinco sentencias, todas referidas al Ayuntamiento de Salou: de 20 de noviembre de 2002 (RJ 2003, 166) (casación 2064/97, FJ 3º), 27 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 1670) (casación 9188/97, FJ 3º), 10 de marzo de 2003 (casación 955/98, FJ 7º), 7 de octubre de 2004 (casación 965/98, FJ 3) y 24 de mayo de 2006 (RJ 2006, 6982) (casación 680/99, FJ 2º). Estos pronunciamientos se produjeron en el seno de una controversia entre el mencionado Ayuntamiento y varias empresas hoteleras como consecuencia del corte del suministro del agua acordado por la compañía arrendadora del servicio por impago de su importe, durante períodos comprendidos entre 1992 y 1994. Pues bien, en todos ellos se considera, sin discusión alguna y de forma acrítica, que dichas sumas constituyen un precio público.

En realidad, en la calificación por estas sentencias como precio público subyace cierta incorrección terminológica, pues, aun cuando aluden al artículo 41 de la Ley 39/1988 (RCL 1988, 2607 y RCL 1989, 1851), habida cuenta de los términos en que se expresan y la constatación de que las tarifas fueron aprobadas por la Comisión de Precios de la Generalitat de Cataluña, resulta evidente que se están refiriendo a un precio privado a percibir por la entidad arrendataria del servicio, aprobado por la Corporación en uso de su potestad tarifaria y condicionado a la autorización de la Comunidad Autónoma, competente en materia de control de precios.

(C) Aparece, por último, un tercer grupo de sentencias que califican de tasa la prestación del servicio enjuiciado. Así, la de 2 de julio de 1999 (RJ 1999, 7094), Ayuntamiento de La Orotava (casación 2603/95, FFJ 3º y 5º), resolvió un litigio entre dicha corporación local y la Comunidad Autónoma de las Islas Canarias, que ganó la primera. La Administración autonómica había impugnado la ordenanza fiscal aprobatoria de la tasa por suministro de aguas con el argumento de que el Ayuntamiento había desconocido sus competencias sobre control de precios, al no recabar la pertinente autorización. La Sala de lo Contencioso-Administrativo, con sede en Santa Cruz de Tenerife, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias estimó la demanda y anuló la decisión municipal impugnada, pues, tratándose de un «precio autorizado», debió mediar la intervención autonómica.

Sin embargo, esta Sala, revocando la decisión de instancia, declaró la conformidad a derecho del acto de aprobación de la ordenanza fiscal en cuestión. El órgano de casación achaca a la de instancia no haber distinguido adecuadamente entre la prestación directa del servicio por el Ayuntamiento o a través de un concesionario. En este último caso, se trataría de un precio privado, «pues ésta es la relación entre el concesionario y los consumidores», supuesto en que la potestad tarifaria compete al Ayuntamiento, ente concedente, según lo dispuesto en los artículos 148 a 155 del Reglamento de Servicio de las Corporaciones Locales, sometida a la posterior autorización de la Comunidad Autónoma en cuanto titular de la competencia en materia de control de precios.

Por el contrario, cuando, como en el caso de La Orotava, el servicio se presta directamente por el Ayuntamiento, las tarifas tienen la naturaleza jurídico-tributaria de tasas, cuya modificación debe seguir la tramitación propia de las ordenanzas fiscales, competencia propia de las entidades locales, no sometida a ulterior control de la Comunidad Autónoma, sin perjuicio de la facultad de impugnar en la vía contencioso-administrativa el acto de aprobación definitiva de la ordenanza fiscal. El anterior criterio fue reproducido, para el propio Ayuntamiento de La Orotava, en la sentencia de 20 de octubre de 2005 (casación 3857/00, FFJJ 3º y 4º).

La sentencia de 7 de abril de 2007 (RJ 2007, 6473), Consorcio de Aguas de Bilbao-Bizkaia (casación 2882/02 , FJ 3º), reiterando la tradicional distinción entre la prestación del servicio por concesionarios, en cuyo caso se sufraga mediante precios privados, y directamente por la Corporación local, escenario en el que entra en juego la figura tributaria de tasa, considera correcta la calificación como tales de las tarifas recaudadas por el Consorcio citado, indiscutible entidad local al servicio de los Ayuntamientos asociados.

Las de 7 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1796), Ayuntamiento de Segovia (casación 4290/05), 8 de mayo de 2009 (RJ 2009, 4271), Mancomunidad de Municipios de la Costa del Sol-Axarquía (casación 6637/05), y 31 de mayo de 2010, Consorcio de Aguas de Bilbao-Bizkaia (casación 6361/05), dan por sentado la naturaleza de tasa de las tarifas cobradas por dichas entidades locales.

Un salto cualitativo viene constituido por la sentencia de 20 de julio de 2009 (RJ 2010, 675), Ayuntamiento de Ávila (casación 4089/03 , FJ 5º), que, enjuiciando un acuerdo adoptado el 22 de diciembre de 2000 por la corporación municipal, en virtud del que aprobó la modificación de las ordenanzas sobre precios públicos para el ejercicio 2001 de determinados servicios, entre ellos el de suministro de agua, y reproduciendo la doctrina de la sentencia de 22 de diciembre de 2001 , Ayuntamiento de Zaragoza, ya citada, declara sin ambages que «el servicio de suministro y distribución de agua potable debe ser objeto de una tasa (...) Poco importa que (...) sea prestado mediante concesión administrativa. Las contraprestaciones que satisface el usuario (...) deben ser calificadas como tasas, con independencia de la modalidad de gestión empleada (...) La forma de gestión no afecta a la naturaleza de la prestación, siempre que su titularidad siga siendo pública, como sucede en los supuestos de concesión». Concluye el Tribunal Supremo que el establecimiento de precios públicos en 2001 por el suministro de agua potable es contrario a los artículos 20 y 41 de la Ley 39/1988 y a los artículos 6 y 24 de la Ley 8/1989.

La doctrina se reitera en la sentencia de 12 de noviembre de 2009 (RJ 2010, 1738), Ayuntamiento de Alicante (casación 9304/03 , FJ 4º), para la remuneración que satisface el usuario del servicio de alcantarillado prestado en dicho municipio por una empresa concesionaria. En fin, la sentencia de 14 de diciembre de 2011 (JUR 2012, 171450), Ayuntamiento de la Villa de Orotava (casación 1438/09), se sitúa en la misma línea.

CUARTO

.- A título de conclusión sobre este repaso al tratamiento que la jurisprudencia ha dado a la retribución por la prestación del servicio público de agua domiciliar o potable, si se hace abstracción de las cinco sentencias Ayuntamiento de Salou , en las que, de forma acrítica, se sostiene que la suma pagada por los usuarios a la empresa arrendataria por la prestación del servicio es un precio público (así lo habían calificado las partes, sin que hubiera discusión sobre el particular), la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha basculado entre su condición de precio privado y la de tasa.

Ha atribuido la naturaleza de precio privado, fijado por la Corporación municipal ejercitado su potestad tarifaria y sometido a la aprobación ulterior de la Comunidad Autónoma en aplicación de la política de control de precios, cuando el servicio era gestionado de forma indirecta por un concesionario o un arrendatario, incluso una empresa participada mayoritariamente por el municipio (v.gr.: sentencias Sociedad General de Aguas de Barcelona y Ayuntamiento de Barbastro). Si el servicio se prestaba directamente, la retribución satisfecha por los usuarios constituía una tasa (y. gr.: sentencias Ayuntamiento de La Orotava).

Esta Sala mantuvo esta configuración hasta el 1 de enero de 1999, fecha a partir de la cual y en virtud de la disposición transitoria segunda, apartado 1, de la Ley 25/1998 , debería siempre considerarse una tasa, como consecuencia de las reformas introducidas a resultas de la sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995 (RTC 1995, 185), cuya doctrina ratificaron las sentencias 102/2005, de 20 de abril (RTC 2005, 102), y 121/2005, de 10 de mayo (RTC 2005, 121). Por ello, en la sentencia Ayuntamiento de Ávila esta Sala sienta un criterio, después ratificado en la sentencia Ayuntamiento de Alicante, conforme al que la prestación del servicio público municipal de abastecimiento de agua, de recepción obligatoria, siempre debe sufragarse a través de una tasa, cualquiera que sea su forma de gestión.

Pese al aparente "desorden", la jurisprudencia ofrece un cuadro nítido y una evolución coherente. En relación con el mencionado servicio público municipal, aun reconociendo que hubo un periodo (entre la entrada en vigor de la Ley 39/1988 (RCL 1988, 2607 y RCL 1989, 1851) y la de la Ley 25/1998) en que podía financiarse mediante precios públicos [nunca se le ha planteado un supuesto tal], considera que partir de esa segunda Ley, y también bajo la

Finalmente, tras la derogación por la LES/2011 (DF 58^a) del segundo inciso del art. 2.2.a) de la L 58/2003, *General Tributaria*, parecía que se había recobrado definitivamente el criterio de considerar la tarifa como precio privado y no como tasa, aunque la polémica volvió a resurgir a finales de 2015.³⁴⁵

vigencia de la Ley General Tributaria de 2003 (RCL 2003, 2945) (artículo 2.2.) y del Texto Refundido de la Ley reguladora de Haciendas Locales, aprobado en 2004 [artículo 20.1.B)], los usuarios han de sufragarlo a través de una tasa que pasa a engrosar la partida de ingresos del presupuesto local, con independencia de la forma en que se gestione, ya que siempre se trata de servicios municipales de recepción obligatoria [artículo 25.2.I) de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local].

Lo expuesto, como hemos dicho al inicio del anterior fundamento, es consecuencia de la interpretación que del régimen jurídico vigente en cada caso ha hecho esta Sala. Parece claro, que la supresión del segundo párrafo del artículo 2.2.a), llevado a cabo en 2011 por la Ley de Economía Sostenible, abre un panorama diferente, sobre el que no nos toca pronunciarnos para zanjar el actual supuesto.

Por todo lo expuesto, y estando sujeto la prestación del servicio público al régimen fiscal de la tasa, debemos acoger el recurso de casación y anular la sentencia impugnada.

Resolviendo el debate en los términos suscitados [artículo 95.2.d) de la Ley 29/1998 (RCL 1998, 1741)], procede desestimar el recurso contencioso-administrativo, declarando que los acuerdos adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Adeje los días 13 de marzo y 27 de noviembre de 2008, sobre modificación de la Ordenanza Fiscal reguladora de la tasa por la prestación del servicio de suministro de agua domiciliaria, no necesitaban la previa autorización y aprobación por la Comisión Territorial de Precios de la Comunidad Autónoma de Canarias.

QUINTO

.- El éxito del recurso de casación determina, en aplicación del artículo 139.2 de la Ley Reguladora de esta jurisdicción, que no proceda hacer un especial pronunciamiento sobre las costas causadas en su tramitación, sin que, en virtud del apartado 1 del mismo precepto, se aprecien circunstancias de mala fe o de temeridad que obliguen a imponer expresamente a una de las partes las costas de la instancia".

³⁴⁵ Nótese cómo la STS de 16.7.2012 (Ar 7895), cuyos pronunciamientos se acaban de transcribir, ya se hace eco (en su FJ 4º, antepenúltimo párrafo) del cambio que se opera tras la derogación del referido inciso por la L 2/2011, de *Economía Sostenible* (DF 58^a). Y ese mismo comentario lo efectúan las SSTS de 24.9.2012 (Ar 9227, FJ 2º) y de 20.11.2014 (Ar 5967, FJ 2º).

Como muestra de la nueva jurisprudencia, se transcribe el pronunciamiento de la STJ Canarias de 13.3.2012 (Sección 1ª de la Sala de lo contencioso-administrativo, reproducida en Carrillo Donaire: 2012), que respecto de la derogación del inciso final del art. 2.2.a) de la LGT precisa lo siguiente (FJ 3º):

"Ha abierto paso a la continuidad de la distinción entre tasa y tarifa como formas de retribución del concesionario de un servicio público y, por ende, a la rehabilitación de la tarifa, que si bien ha de estar sujeta a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el alcance de las prestaciones patrimoniales de carácter público (prestaciones coactivas que se vinculan al acceso de carácter público a un servicio de carácter vital para el ciudadano o al uso del dominio público) y , por tanto, a una reserva de Ley flexible, no puede, sin embargo, obviarse que al no imponer dicha doctrina de forma clara y determinante la identificación de los conceptos de prestación patrimonial de carácter público y de tributo, debe entenderse que de la misma forma que el legislador de 2003 pretendió identificar prestación patrimonial de carácter público con tributo, e incluyó a las tarifas dentro de la figura de la tasa, insertando al efecto el párrafo segundo del art. 2.2 a) de la Ley 58/2003, ha sido ahora el mismo legislador quien con la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, ha corregido aquella decisión, recuperando la tarifa como medio de retribución de los servicios gestionados de forma indirecta, bien entendido que esta figura de la tarifa posibilita que las Administraciones titulares de los servicios públicos se valgan de ella como forma de remuneración de sus empresas públicas y concesionarios, sin perjuicio de que aquéllas puedan libremente seguir optando por la tasa, al no imponérseles

coactivamente la tarifa, la cual constituye, por otra parte, un instrumento legal que al responder a la determinación del precio que debe percibir un ente privado que gestione un servicio público por cuenta de la Administración titular del mismo, ofrece más ventajas prácticas que la sujeción de la retribución del concesionario a un régimen tributario propio de las tasas, cuyas consecuencias son claramente disfuncionales, toda vez que en el sistema de la tasa surgen dos tipos de relaciones jurídicas, una tributaria, entre el usuario del servicio y la Administración, siendo, pues, los elementos disfuncionales de la tasa que el gestor deja de cobrar directamente del usuario y su remuneración pasa a depender del pago que lleve a cabo la Administración a partir de los ingresos que existan en su presupuesto (certus an incertus quando), con las resultas de que habrá de cobrar del presupuesto público mediante la correspondiente factura -sujeta al pago de IVA (...)- y que la Administración deberá abonar conforme a las reglas que, para el pago del precio, establece la legislación de contratos públicos, con la singularidad, además, de que en el ámbito de una relación tributaria, el impago de la tasa solo podrá exigirse mediante el preceptivo procedimiento de apremio y sin poder proceder a la no prestación del servicio o suspensión del suministro (vb. gr. abastecimiento de agua), al tener el gestor que continuar prestando el servicio sin que exista el pago del mismo, disfuncionalidades todas ellas que, por el contrario, no se dibujan en la figura de la tarifa, donde al haber una relación privada entre usuario y concesionario, la cuantía de la tarifa permite identificar los dos elementos propios del precio de un servicio prestado por un particular, su coste y el legítimo beneficio industrial, y posibilita, a la vez, la adaptación a la evolución del coste del servicio, con mantenimiento del equilibrio económico inicial y la buena marcha de la prestación ante las alteraciones del coste por circunstancias imprevisibles, sin olvidar tampoco que el gestor, en una relación privada, puede dejar de prestar el servicio de acuerdo con lo establecido en el reglamento del servicio y a través del respeto a las garantías procedimentales establecidas”.

El criterio vino a confirmarse en la STS de 28.9.2015 (Ar 4216), que enjuicia el caso de la Mancomunidad municipal de Servicios Funerarios y Cementerios de León (SERFUNLE), que aprobó la modificación de la naturaleza jurídica de los precios públicos a la de precios privados, mediante acuerdo de su Asamblea General de 31.1.2012, en relación con el servicio cuya prestación corría a cargo de la empresa mixta SERFUNLE, S.A. El acuerdo fue impugnado por FUNERARIAS LEONESAS, S.A. y el recurso contencioso-administrativo fue estimado por la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 3.5.2013 (JUR 2013, 157873). En su STS de 28.9.2015 (Ponente: FERNÁNDEZ MONTALVO), el Alto tribunal confirma que «las Mancomunidades de municipios pueden percibir los ingresos que la Legislación reconoce, sin que exista una reserva estatutaria para su determinación (...así como que), frente al criterio de la sentencia impugnada, el hecho de que en los Estatutos de la Mancomunidad ahora recurrente no figuren literalmente los precios privados no supone un obstáculo para que un aempresa mixta participada por aquella pueda percibir por sus servicios una contraprestación con dicha naturaleza» (FJ 5º, subrayado en el original).

Sentada esta afirmación, aborda el tema de la naturaleza jurídica de la contraprestación económica del servicio y, después de rememorar los antecedentes y la evolución normativa y su correlato jurisprudencial, razona así (FJ 6º):

«(...) 3. Como consecuencia de la derogación efectuada por la Disposición Final 58ª de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible del referido inciso, es posible recuperar las ideas de precio y beneficio para los servicios públicos gestionados por concesionarios, e incorporar a los servicios públicos en régimen de concesión o de gestión indirecta los criterios de la autofinanciación y del equilibrio económico del contrato.

De acuerdo con artículo 20.1.B) del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, solo son tasas o precios públicos las contraprestaciones para la realización de actividades o prestaciones de servicios en régimen de derecho público.

El significado de dicha expresión podría establecerse, en principio, por contraposición con la iniciativa pública en la actividad económica de mercado. Pero no resulta admisible tal interpretación ya que la iniciativa pública en la actividad económica -como actividad meramente patrimonial que es- se ha de ejercer en el ámbito de la economía de mercado y con respeto a la libre competencia, de manera que la contraprestación por los bienes o servicios que constituyen su objeto son "per se" precios privados y de mercado, y quedan excluidos de cualquier tutela administrativa. No hace falta, por tanto, ninguna previsión legal para que las contraprestaciones de la actividad privada de la Administración queden excluidas de cualquier consideración de prestaciones patrimoniales de carácter público. Consecuentemente, la expresión en régimen de derecho público tiene que referirse necesariamente a las formas de

gestión en que la Administración actúa mediante su personalidad jurídico-pública ordinaria o bien adopta personalidades diferenciadas pero siempre de naturaleza pública, y siempre con la finalidad de ejercer una actividad pública o prestar un servicio público. Por tanto, han de quedar excluidas la realización de actividades y la prestación de servicios en régimen de derecho privado, incluyendo tanto las forma de gestión mediante personalidad diferenciada con naturaleza jurídico privada como la gestión contratada a particulares.

Es decir, ni la Ley de Tasas y Precios Públicos ni la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 185/1995 (RTC 1995, 185)) son aplicables a las tarifas de los servicios públicos prestados mediante formas de gestión directa con personificación privada (sociedades mercantiles con participación pública exclusiva o mayoritaria) o de gestión indirecta mediante alguna de las modalidades de contrato administrativo de gestión de servicios públicos (concesión, empresa mixta con participación pública minoritaria, arrendamiento, concierto y gestión interesada), y, menos aún, a las actuaciones de interés general que se realicen por empresas privadas, aunque su capital sea participado por un ente público.

4. El TRLHL no hace ninguna precisión sobre la incidencia de la forma de gestión en la naturaleza de la contraprestación del servicio, pero la supletoriedad establecida en el artículo 9.2 y en la disposición adicional séptima de la Ley 8/1989, de Tasas y Precios Públicos, respecto a la legislación sobre haciendas autonómicas y locales tiene como efecto la plena aplicación a la Administración local de la precisión que dicha Ley efectúa sobre la necesaria relación entre forma de gestión de derecho público y tasas o precios públicos. Por otra parte, la exclusión de la contraprestación por servicios públicos prestados mediante formas de gestión jurídico-privadas o por actuaciones de interés general realizada por personificaciones jurídico-privadas es plenamente coherente con la naturaleza de ingresos de derecho público que tienen las exacciones que regula la reiterada Ley 8/1989, ya que mal pueden ser ingresos de derecho público unos ingresos de los que es titular una persona jurídico-privada (sociedades mercantiles, concesionarios, etc.) o un ente que actúa en régimen de derecho privado.

En definitiva, el régimen de tarifas de los servicios públicos o de actuaciones de interés general realizadas por sociedades mercantiles con capital íntegra o parcialmente municipal se corresponde, más bien, con la naturaleza de los precios privados. Sostener lo contrario, es decir que la forma de gestión de derecho privado no altera la naturaleza pública de la exacción equivaldría a eliminar las tarifas como medio de remuneración del gestor privado, y a establecer el régimen de subvención como único y obligatorio medio de retribución. Y resulta que la tarifa y la subvención son fórmulas de retribución de los gestores del servicio que, separada o conjuntamente, son de elección discrecional por parte de la Administración titular del servicio.

Si, conforme a la Ley de Tasas y Precios Públicos [arts. 6 y 24.c)], tanto las tasas como los precios públicos son ingresos de derecho público, solo pueden corresponder a Administraciones y otras entidades de derecho público, y no pueden tener este carácter unos recursos que, por fuerza, tienen que ser de derecho privado cuando ingresan en el patrimonio de entidades dotadas de personalidad jurídico-privada, tanto si su capital es íntegra o mayoritariamente público como si es totalmente privado.

Naturalmente, no puede olvidarse que tales precios están sometidos a unos procedimientos de fijación y de modificación preestablecidos por la Administración y que resuelve ella misma. En el caso de las sociedades mercantiles públicas es el procedimiento establecido en el reglamento del servicio o en el régimen económico financiero establecido entre la Administración titular del servicio y su empresa pública; y en el caso del concesionario y otros contratistas gestores indirectos de servicios en el régimen que resulte del pliego de condiciones. En cualquier caso, la aprobación y revisión de estos precios corresponde a la entidad local titular del servicio. Por ello, no son, en su integridad, precios de mercado ni su régimen jurídico es estrictamente privado, sino que, en puridad de principios, resulta conveniente distinguir entre tasas, precios públicos y tarifas, utilizando el término tarifa para referirse a los supuestos en que -por el régimen de derecho privado del servicio o actuación- la contraprestación no puede tener naturaleza de tasa ni de precio público, pero en los que la denominación de precio privado tampoco es completamente expresiva de su régimen jurídico peculiar.

La opción discrecional entre la configuración de la contraprestación como tasa o como precio y la opción por una modalidad de gestión directa o indirecta está limitada y legalmente predeterminada cuando el objeto de la actividad o servicio implica ejercicio de autoridad, supuesto en los que se impone la gestión directa por la propia Administración o mediante un

D) Las opiniones doctrinales y la funcionalidad de las soluciones

Tras el cambio normativo y pese a la tendencia definida que parece advertirse en la jurisprudencia, en el ámbito de las opiniones doctrinales el panorama dista de ser pacífico. Muy sucintamente, se diferencian dos tesis sobre la naturaleza de las contraprestaciones abonadas por los usuarios a los concesionarios:

- a) La de quienes mantienen que han de continuar considerándose tasas.³⁴⁶
- b) La de quienes defienden que se trata de tarifas, esto es, contraprestaciones de naturaleza no tributaria.³⁴⁷

organismo autónomo, como se deduce el artículo 85.3 de la LRBRL, ("en ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta ni mediante sociedad mercantil de capital social exclusivamente local los servicios que impliquen ejercicio de autoridad") en cuyo caso las contraprestaciones de los servicios públicos prestados directamente han de tener, necesariamente, la naturaleza de tasa o de precios públicos, en los términos que impone los artículos 24 de la Ley de Tasas y Precios Públicos y 20 y 41 del TRLHL. Pero en cualquiera de las otras formas de gestión directa del artículo 85.2 A) LRBRL (entidad pública empresarial o sociedad mercantil con participación íntegramente pública) y en todas las formas de gestión indirecta del artículo 85.2 B) LRBRL, mediante alguna de las modalidades de contrato administrativo de gestión de servicios públicos del artículo 277 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, la Administración titular del servicio puede optar por retribuir al gestor mediante una tarifa o precio a satisfacer directamente por los usuarios, una retribución de la propia Administración, o una combinación de ambas formas de retribución económica.»

Y en el fallo concluye: «Que debemos estimar y estimamos los recursos de casación interpuestos por las representaciones procesales de "SERFUNLE, S.A." y de la MANCOMUNIDAD MUNICIPAL DE SERVICIOS FUNERARIOS Y DE CEMENTERIOS SERFUNLE, contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid), de fecha 3 de mayo de 2013 (JUR 2013, 157873), en el recurso contencioso-administrativo núm. 339/2012. Sentencia que anulamos, confirmando y declarando conforme a Derecho el acuerdo de 31 de enero de 2012, por el que se aprueba la modificación de la naturaleza jurídica de los precios por prestación de servicios funerarios, que habían de regir en el ejercicio 2012, pasando de ser precios públicos a tarifas o precios privados los que había de percibir por dichos servicios Serfunle, S.A.»

Junto a la confirmación sobre la naturaleza jurídica de tarifa que efectúa la Sentencia, es de reseñar la afirmación sobre las posibilidades de retribución del gestor (*mediante una tarifa o precio a satisfacer directamente por los usuarios, una retribución de la propia Administración, o una combinación de ambas formas de retribución económica*), con adscripción, pues, a la tesis tradicional sobre el CGSP.

Con todo, no parece que la cuestión haya quedado definitivamente resuelta, como se verá después en relación con la STS de 23.11.2015 (Ar 2016 100).

³⁴⁶ Esta sería la postura defendida por Jiménez Compareid (2011) y el argumento que la sostiene es que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, "las llamadas tarifas (...) constituyen prestaciones patrimoniales de carácter público de naturaleza tributaria" (STC 102/2005, citada por el autor, p. 78), esto es, tasas.

³⁴⁷ A esta tesis se adscriben Carrillo Donaire (2012) y Tornos Mas (2011). Especialmente prolíja en argumentos es la aportación de este segundo autor, que en su trabajo rebate la posición defendida por Jiménez Compareid, citado en la nota anterior. Sobre la posición de Tornos Mas, cabe añadir dos precisiones:

Sentado todo lo anterior, algunas precisiones más. La consideración de la tarifa en la tesis que se perfila como mayoritaria tiene su encaje perfecto en las concesiones indiscutidas, esto es, aquellas en las que el prestatario explota el servicio percibiendo las tarifas directamente de los usuarios (por ejemplo, los casos del suministro de agua potable o el transporte urbano de viajeros). Si no es así, y el cobro de lo que abonan los usuarios lo percibe la Administración, la cuestión se matiza.³⁴⁸

- Que su argumentación coincide –en el fondo y en la forma- con la que reproduce la STSJ Canarias de 13.3.2012, antes transcrita, bien entendido que el trabajo de Tornos Mas fue publicado en noviembre de 2011 (véase, especialmente, las páginas 28 y 29).

-Que el hecho de que se trate de tarifas y no de tasas no priva de la exigencia de observar los requisitos y el procedimiento establecidos. Concretamente, dice: “la tarifa, al igual que la tasa, tendrá su cobertura en una ordenanza o reglamento, y estará sujeta a los principios generales de la Ley de contratos (precio adecuado que integre el coste del servicio y el legítimo beneficio industrial). Además, algunas tarifas, como las del suministro de agua a poblaciones, están sujetas a control ulterior por las Comisiones de precios con el fin de someterlas a la política general de contención de precios con relevancia sobre el IPC.

En definitiva, y si nos centramos en los servicios de titularidad local, no puede cuestionarse la validez de los acuerdos que establezcan tarifas como forma de remuneración de los concesionarios o empresas privadas municipales. En su caso la mirada se deberá dirigir al análisis del contenido de las Ordenanzas, en las que deberá constar el régimen jurídico y la estructura de la tarifa, el procedimiento de fijación y de modificación de su cuantía, la gestión cobratoria, las obligaciones de los usuarios y su cumplimiento, y determinadas garantías sobre su alcance” (Tornos Mas, 2011: 28).

En buena medida, la referida tesis se basa en el Informe del Subdirector General de Tributos Locales, de la Dirección General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda, de fecha 26.7.2011, emitido en respuesta a una consulta planteada sobre la naturaleza jurídica de la contraprestación que satisfacen los usuarios al prestador de los servicios de suministro de agua y alcantarillado, a raíz de la supresión del 2º inciso del art. 2.2. a) de la LGT, concluyendo dicho informe que, dado que el ente gestor es una empresa privada, que se rige por el derecho privado, no se da el requisito exigido en el artículo 2.2 a) de la LGT de que los servicios que presten o las actividades se realicen en régimen derecho público, por lo que tal prestación se puede reconducir al ámbito de los precios privados; véase el referido Informe en

<http://www.acalsl.com/wp-content/uploads/2011/10/La-Direcci%C3%B3n-General-de-Tributos-DGT-en-un-informe-del-pasado-26-de-Julio.pdf>

Abunda en el mismo criterio la Auditoría de Cuentas de Canarias, en su Dictamen de 28.2.2012; accesible en

<http://www.acuentascanarias.org/sites/default/files/DAC1201.pdf><http://www.acuentascanarias.org/sites/default/files/DAC1201.pdf>

Y en el mismo sentido da respuesta a la consulta efectuada El Derecho.Com, que añade la precisión de que no supone un cambio la entrada en vigor de la LRSAL, atendido que el abastecimiento de agua sigue siendo un servicio municipal obligatorio (2014); accesible en http://www.elderecho.com/actualidad/Naturaleza-juridica-tarifa-precio-publico_25_672125008.html

³⁴⁸ Así, Carrillo Donaire reconoce: “La configuración de estas contraprestaciones como tarifas ha sido especialmente adecuada para aquellos servicios en los que es factible singularizar la prestación y reconducirla a una relación sinalagmática (abastecimiento de aguas en alta o en baja); aunque se consideraba una opción discrecional de la Administración titular del servicio, compatible con la posibilidad de regular dichas contraprestaciones como tasas y conferirles -por tanto- naturaleza tributaria (lo que parecía especialmente indicado para aquellos servicios en los que la singularización de la prestación y la relación sinalagmática es más difícil de establecer, como sucede –por ejemplo- en la recogida de basuras o en el tratamiento y saneamiento de aguas residuales)” (2012). Y en términos análogos se pronuncia Tornos Mas (2011: 24).

Pero claro, es que en estos casos últimos lo que se cuestiona es si estamos ante verdaderas concesiones de servicios públicos, en el centro, pues, de la polémica entre la tesis tradicional del contrato de gestión de servicios públicos y la tesis restrictiva que ya hemos expuesto (epígrafes 1.6. y 3.1). E, incluso, esas cuestiones y la polémica sobre la naturaleza jurídica de la contraprestación económica satisfecha por los usuarios del servicio pueden verse afectados por la incidencia de otros factores, como la propia legislación reguladora de las haciendas locales o la obligación de someter a autorización de la Comunidad Autónoma la fijación del importe de dicha contraprestación, en tanto que sujeta a la legislación sobre política general de precios.³⁴⁹

³⁴⁹ Manifestación de esta confluencia de factores, y tal como se ha adelantado, jurisprudencialmente la polémica sobre la naturaleza jurídica aludida dista de haber quedado zanjada; así, la cuestión ha vuelto a enredarse con la STS de 23.11.2015 (Ar 2016 100, Ponente FRÍAS PONCE), al admitir que puede mantenerse la naturaleza jurídica de tasa en la prestación del servicio de suministro de agua potable por concesionario, si es el Ayuntamiento el que aprueba una ordenanza fiscal en tal sentido y el que gestiona el cobro de los recibos a los usuarios. Confirmado el acuerdo del Ayuntamiento de Santa Cruz de la Palma en tal sentido por la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 21.11.2013 (JUR 2014 105039), el Alto Tribunal ratifica la sentencia de instancia que desestimó el recurso de la Comunidad Autónoma de Canarias de que la gestión indirecta de un servicio público implicaba la imposición de una tarifa o precio privado sujeta a la legislación sobre política general de precios, que precisaba la autorización por la Comunidad Autónoma.

La referida STS de 23.11.2015 se expresa en los siguientes términos:

«*TERCERO. Debe precisarse, ante todo, que la sentencia previa en que se apoya el Tribunal de instancia para desestimar el recurso contencioso administrativo se refería a una modificación de la Ordenanza, operada antes de la entrada en vigor de la ley 2/2011, de Economía Sostenible, que modificó el art. 2.2 apartado a) de la Ley General Tributaria, suprimiendo el apartado en relación con lo que debía de entenderse por actividades o servicios prestados en régimen de derecho público.*

En esta situación, el Tribunal Supremo en sentencia de 22 de mayo de 2014 (RJ 2014, 3234), cas. 1487/2012, siguiendo su doctrina sintetizada en la sentencia de 3 de diciembre de 2012 (RJ 2013, 581), cas. 4534/2011(sic), enjuiciando supuestos de hecho posteriores a la ley 25/1998, de 13 de julio, de modificación del Régimen Legal de las tasas estatales y locales y de ordenación de las prestaciones patrimoniales de carácter público, y que superaba la distinción entre contraprestaciones que generaban ingresos de Derecho público y las que no tenían esta naturaleza, confirma la calificación como tasa de la retribución abonada por los usuarios al Ayuntamiento de Santa Cruz de la Palma, aunque el servicio público fuera prestado mediante concesión, por ser indiferente el modo de gestión del mismo.

Sin embargo, ahora nos encontramos con una modificación de una Ordenanza que se aprueba una vez en vigor la ley 2/2011, por lo que habrá que determinar el alcance de la supresión del apartado segundo del art. 2.2 a) de la Ley 58/2003, que llevó a cabo su disposición final quincuagésima octava, en lo que respecta a la tasa local.

CUARTO. Para valorar la transcendencia del cambio, conviene recordar, ante todo, el texto del citado precepto.

a) Versión anterior a la Ley 2/2011,

«a) Tasas son los tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de derecho público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario, cuando los servicios o actividades no sean de solicitud o

recepción voluntaria para los obligados tributarios o no se presten o realicen por el sector privado.

Se entenderá que los servicios se prestan o las actividades se realizan en régimen de derecho público cuando se lleven a cabo mediante cualquiera de las formas previstas en la legislación administrativa para la gestión del servicio público y su titularidad corresponda a un ente público».

b) Versión posterior a la vigencia de la Ley 2/2011.

«a) Tasas son los tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de derecho público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario, cuando los servicios o actividades no sean de solicitud o recepción voluntaria para los obligados tributarios o no se presten o realicen por el sector privado».

Asimismo hay que tener en cuenta que la introducción del segundo párrafo, ahora suprimido, se debió a la aceptación de dos enmiendas (la núm. 16 de IU y la núm. 266 de CIU) las cuales se justificaron «..... por considerar siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional en sus sentencias 185/1995 (RTC 1995, 185) y 233/1999 (RTC 1999, 233) que es irrelevante la forma de gestión y que el carácter de tasa resulta obligado cuando se trata de un servicio de recepción obligatoria, por ser necesario o no prestarse por el sector privado».

En cambio, la supresión del segundo párrafo del art. 2.2 a) de la Ley General Tributaria se debió a la aceptación en el Senado de una enmienda transaccional sobre la base de la presentada por el Grupo Parlamentario Catalán con el núm. 443, con el propósito de realizar «una clarificación por la que quede establecido que la contraprestación de servicios públicos tendrá la naturaleza de precio privado (tarifa) cuando sea satisfecho por el usuario y de tasa cuando se trata de una gestión directa realizada por la Administración», y de la núm. 338, que proponía una disposición adicional nueva para mejorar el sistema de concesión de visados relacionados con la actividad de investigación o internacionalización, y que optaba, sin recoger el contenido de la enmienda originaria catalana, por la eliminación del segundo párrafo de la letra a) del apartado 2 del artículo 2 de la Ley General Tributaria .

La enmienda núm. 443 proponía las siguientes reformas:

«Uno. Se modifica el segundo párrafo de la letra a) del apartado 2 del artículo 2 de la ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que tendrá la siguiente redacción: "Se entenderá que los servicios se prestan o las actividades se realizan en régimen de derecho público cuando se lleven a cabo mediante cualquiera de las formas previstas en la legislación administrativa para la gestión del servicio público, su titularidad corresponda a un ente público, y siempre y cuando las contraprestaciones satisfechas por los usuarios a la Administración titular del servicio lo sean en el marco de una relación tributaria figurando como tales en los Presupuestos de la respectiva Administración". Dos, se añade un nuevo apartado 3 al artículo 2 de la ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria , con el siguiente tenor literal: "3. No tendrá la consideración de tasas la contraprestación por las actividades que realicen y los servicios que prestan las entidades u organismos públicos que actúan según normas de derecho privado, y que prestan los particulares que indirectamente gestionan servicios públicos o concesiones de obras públicas siempre y cuando sea satisfecha directamente por los usuarios al gestor del servicio en el marco de una relación contractual de derecho privado entre el usuario y el gestor, y no aparezcan como ingresos públicos en los Presupuestos de la respectiva Administración". Tres. Se añade un nuevo apartado 5 del artículo 20 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, con la siguiente redacción: "5 No tendrán la consideración de tasas la contraprestación por las actividades que realicen y los servicios que prestan las entidades u organismos públicos que actúan según normas de derecho privado, y que prestan los particulares que indirectamente gestionan servicios públicos o concesiones de obras públicas siempre y cuando sea satisfecha directamente por los usuarios al gestor del servicio en el marco de una relación contractual de derecho privado entre el usuario y el gestor, y no aparezcan como ingresos públicos en los Presupuestos de la respectiva Administración"». Previamente, en el Congreso el grupo parlamentario catalán había presentado la misma enmienda.

QUINTO. Sentado lo anterior, y aunque se admitiese que la modificación legal pretendía clarificar que no tendrían la consideración de tasas las contraprestaciones por las actividades que realicen y los servicios que prestan las entidades u organismos públicos que actúan en

régimen de derecho privado, no puede dejarse de reconocer que nos hallamos en las mismas condiciones de la etapa anterior a la vigencia de la Ley General Tributaria, en su redacción aprobada por la ley 58/2003, en lo que respecta a las prestaciones patrimoniales de carácter público, por lo que debemos estar en cuanto a las tasas locales a su regulación, por no haber sido modificada, y que procede de la Ley 25/1998, de 13 de julio, de modificación del régimen legal de tasas estatales y locales y de reordenación de las prestaciones patrimoniales de carácter público, que dió nueva redacción a los artículos 20 y 41, entre otros, de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, de Haciendas Locales, que había introducido en su art. 41 un nuevo concepto de precios públicos de naturaleza no tributaria, en sustitución de las tasas tradicionales.

La contrarreforma perseguía respetar la doctrina de la sentencia 185/1995, de 5 de diciembre (RTC 1995, 185), del Tribunal Constitucional, que resolvió varios recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra el art. 24 de la Ley 8/1989, de 30 de abril, de Tasas y Precios Públicos, declarando la inconstitucionalidad de la letra a) (precios públicos por la utilización privativa y el aprovechamiento especial del dominio público) y de la letra b) (precios públicos por prestaciones de servicios públicos) del apartado 1 del art. 24. Dicha ley había seguido la innovación introducida por la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales.

En efecto, el Tribunal Constitucional en dicha sentencia 185/1995 identifica prestación patrimonial de carácter público con prestación patrimonial coactiva, declarando que constituyen prestaciones patrimoniales de carácter público en el sentido del art. 31.3 de la CE y, por tanto, sometidas a la reserva de ley, los pagos exigibles en dos supuestos concretos :

En primer lugar, por la prestación de servicios o la realización de actividades en las que concurre cualquiera de las circunstancias siguientes: que sean de solicitud o recepción obligatoria; que sean realizadas por el poder público en monopolio de hecho o de derecho; o que sean "objetivamente indispensables para poder satisfacer las necesidades básicas de la vida personal o social de los particulares de acuerdo con las circunstancias sociales de cada momento y lugar" y, en segundo lugar, por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público.

En cambio, no exige que el servicio deba prestarse en régimen de derecho público, criterio que fue ratificado en la posterior sentencia 233/1999, de 16 de diciembre (RTC 1999, 233), sobre la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, cuando a la hora de definir las prestaciones patrimoniales de carácter público vuelve a prescindir del régimen jurídico con que se presta el servicio, precisando además que «los precios públicos que hemos identificado como prestaciones de carácter público son materialmente tributos».

SEXTO. Pues bien, el artículo 20.1 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, ateniéndose a la doctrina constitucional antes expuesta, enuncia el hecho imponible de la tasa en los siguientes términos: "Las Entidades Locales, en los términos previstos en esta ley, podrán establecer tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local, así como por la prestación de servicios públicos o la realización de actividades administrativas de competencia local que se refieran, afecten , o beneficien de modo particular, a los sujetos pasivos".

Dos son, pues, las modalidades por las que las Entidades Locales pueden establecer tasas: utilización privativa o utilización del dominio público y prestación de servicios o realización de actividades administrativas.

En cuanto a la segunda modalidad, que es la que ahora nos interesa, dicho artículo 20.1 dispone que cabe la exigencia de tasas locales por la "prestación de un servicio público o la realización de una actividad administrativa en régimen de derecho público de competencia local que se refiera, afecte o beneficie de modo particular al sujeto pasivo cuando se produzca cualquiera de las circunstancias siguientes:

a) Que no sean de solicitud o recepción voluntaria para los administrados. A estos efectos no se considerará voluntaria la solicitud o la recepción por parte de los administrados:

-Cuando venga impuesta por disposiciones legales o reglamentarias.

-Cuando los bienes, servicios o actividades requeridas sean imprescindibles para la vida privada o social del solicitante.

b) Que no se presten o realicen por el sector privado, esté o no establecida su reserva a favor del sector público conforme a la normativa vigente".

Por otra parte, el art. 20.4 del Texto Refundido lleva a cabo una enumeración de servicios o actividades por las que las entidades locales pueden establecer tasas, figurando en la letra t "la distribución de agua, gas y electricidad y otros abastecimientos públicos, incluidos los derechos de enganche de líneas y colocación y utilización de contadores e instalaciones análogas, cuando tales servicios o suministros sean prestados por entidades locales".

SÉPTIMO. Ante esta regulación, **esta Sala, siguiendo la doctrina constitucional de que la forma o régimen con que se preste el servicio público por parte de su titular no afecta a la naturaleza de la contraprestación, se vio obligada a modificar su criterio tradicional de que no podían considerarse como tasas las prestaciones por servicios prestados en régimen concesional, haciéndolo incluso antes de la entrada en vigor del segundo párrafo del art. 2.2 a) de la Ley General Tributaria de 2003, declarando que la forma gestora es irrelevante para delimitar el ámbito de aplicación de las tasas; y que lo esencial era determinar si estamos ante prestaciones coactivas por servicios de carácter obligatorio, indispensables o monopolísticos, doctrina que hay que seguir manteniendo, pese a la derogación de dicho párrafo por la disposición adicional 58 de la Ley de Economía Sostenible, máxime cuando los conceptos de prestaciones patrimoniales de carácter público y de tributos son recordados también por el Tribunal Constitucional en la sentencia 102/2005, de 20 de abril (RTC 2005, 102), que estima la cuestión de inconstitucionalidad y declara inconstitucionales y nulos los apartados 1 y 2 del art. 70 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre (RCL 1992, 2496 y 2660), de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, en la medida en que califica como "precios privados" contraprestaciones por servicios portuarios que constituyen prestaciones patrimoniales de carácter público, siendo tributos, con independencia de que los denominados servicios portuarios sean prestados por la Autoridad portuaria de forma directa o indirecta.**

En suma, si en la sentencia de 20 de julio de 2009 (RJ 2010, 675) (cas. 4089/2003), examinando el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Avila de 22 de diciembre de 2000 se aprobó definitivamente la modificación de Ordenanzas y Regulación de Precios Intervenidos por la Administración para el ejercicio 2001, esto es, antes de que se aprobase la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, dijimos con rotundidad que «el servicio de suministro y distribución de agua potable, debe ser objeto de una tasa (art. 20.4.t) LHL. Poco importa que el servicio público de suministro de agua potable sea prestado mediante concesión administrativa. Las contraprestaciones que satisface el usuario del servicio de suministro de agua potable prestado mediante concesión deben ser calificadas como tasas, con independencia de la modalidad de gestión empleada. Incluso en los casos en que el servicio es gestionado por un ente público que actúa en régimen de Derecho privado - las entidades públicas empresariales-, a través de sociedades municipales o por un concesionario, lo exigido a los ciudadanos tiene la calificación de tasa, no de precio privado o tarifa. **La forma de gestión del servicio no afecta a la naturaleza de la prestación, siempre que su titularidad siga siendo pública, como sucede en los supuestos de concesión» (FD Cinco.3); y la reforma operada por la Ley 2/2011 de Economía Sostenible se limita a dejar el concepto de tasa contemplado en la Ley General Tributaria de 2003, tal y como estaba recogido anteriormente en la derogada Ley General Tributaria de 1963, no vemos razones suficientes para modificar aquel resultado hermenéutico.** Ni la doctrina constitucional ha cambiado, ni la específica regulación de las tasas locales lo ha hecho en este particular, ni tampoco su consideración como servicio público de prestación obligatoria por los municipios ex artículo 26.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

Esta posición implica matizar lo que declaramos en la reciente sentencia de 28 de septiembre de 2015 (RJ 2015, 4216) (casación 2042/2013), cuyo alcance ha de entenderse en relación con el supuesto de servicio funerario allí examinado, prestado por empresa de capital mixto, participada por mancomunidad municipal, en tanto que fue liberalizado por el Real Decreto Ley 7/1996 y, por tanto, de la prestación de servicios en régimen de derecho privado.

OCTAVO. Todo lo anterior nos lleva a la desestimación de los motivos de casación aducidos, el primero y el tercero, ante la **necesidad de seguir calificando como tasa la prestación controvertida**, lo que nos exime del examen de las razones por las que discrepa la Comunidad Autónoma recurrente de la fundamentación de la sentencia, y que lleva a la Sala a considerar por las circunstancias concurrentes que la contraprestación exigida tiene naturaleza de tasa, y el segundo motivo por la improcedencia de seguir la normativa y el procedimiento pretendido al estar sometido el precio del servicio por suministro de agua en todo caso al régimen de precios

autorizados de las Comunidades Autónomas, si se parte de la naturaleza de tasa de las tarifas, como viene declarando esta Sala, entre otras, en la sentencia de 22 de mayo de 2014 (RJ 2014, 3234), cas. 1487/2012.

No procede hacer expresa condena de costas a la parte recurrente ante la confusión que rodeó la modificación legislativa y las dudas de derecho que provocan la interpretación de la normativa aplicable.»

Como la propia sentencia reconoce (FJ 7º, *in fine*), su pronunciamiento matiza el efectuado en la STS de 28.9.2015, transcrita en cita anterior (caso SERFUNLE). Y es por ello que no debe extrañar que a la sentencia reproducida se plantee un voto particular por FERNANDEZ MONTALVO (ponente de la de septiembre de 2015), y al que se suma HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, y cuyo tenor es el siguiente:

«Con el mayor respeto, discrepamos del criterio mayoritario que fundamenta el fallo desestimatorio de la sentencia, y entendemos que, por el contrario, **se debió estimar el recurso o, en todo caso, para disipar las dudas de inconstitucionalidad que suscita la modificación introducida por la Ley 2/2011 que suprime el apartado segundo del artículo 2.2.a) LGT, plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad sobre la nueva redacción del precepto legal.**

1. El criterio de la mayoría reconoce que la introducción del segundo párrafo, ahora suprimido, se debió a la aceptación de dos enmiendas que se justificaron "por considerar siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional en sus sentencias 185/1995 (RTC 1995, 185) y 233/1999 (RTC 1999, 233) que es irrelevante la forma de gestión y que el carácter de tasa resulta obligado cuando se trata de un servicio de recepción obligatoria, por ser necesario o no prestarse por el sector privado". Y, sin embargo, la conclusión a la que llega supone, en la práctica, no reconocer virtualidad alguna a la supresión, como si no se hubiera producido la reforma legislativa efectuada por la Ley 2/2011. No es posible sostener que nos hallamos en las mismas condiciones de la etapa anterior, como esta misma Sala ha venido reconociendo en cuantas ocasiones ha tenido de manifestarse por la futura incidencia de la nueva regulación, que podrá ajustarse a la Constitución y, en tal caso, fundamentar la compatibilidad de la tarifa con la gestión indirecta de servicio público o no ajustarse a los postulados constitucionales, según la doctrina del Tribunal Constitucional, para cuya declaración, a nuestro entender, era necesario plantear cuestión de inconstitucionalidad, conforme al artículo 35 de la Ley Orgánica de dicho Tribunal, ya que se trata de la nueva redacción de una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependía el fallo.

2. Como señalamos en nuestra reciente sentencia de 28 de septiembre de 2015 (RJ 2015, 4216) (rec. de cas. 2042/2013), la distinción entre potestad tributaria y potestad tarifaria como fórmula de contraprestación de los servicios públicos tiene un indudable arraigo histórico en nuestro ordenamiento, y recientemente, ha experimentado las consecuencias de sucesivas modificaciones legislativas y de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional con su correspondiente reflejo en la jurisprudencia de este Alto Tribunal.

El Estatuto Municipal aprobado por Real Decreto-Ley de 8 de marzo de 1924, diferenciaba las tasas y otros derechos de la Hacienda Local, de un lado, y, de otro, las tarifas de los servicios municipalizados configuradas como derechos propios de las entidades gestoras a cobrar directamente por éstas en régimen de Derecho privado. Esta distinción y la consideración de las tarifas como contraprestaciones de Derecho privado continua en la legislación tributaria posterior (Reglamento de Haciendas Locales, de 4 de agosto de 1951, Ley de Tasas y Exacciones Parafiscales, de 26 de diciembre de 1958, Ley de Haciendas Locales de 24 de diciembre de 1962 y Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963), en la legislación de régimen local (arts. 429, 432, 435 y 440 del Decreto de 24 de junio de 1955 que aprueba el Texto Articulado y Refundido de las Leyes de Bases de Régimen Local de 17 de julio de 1945 y 3 de diciembre de 1953, y el vigente Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955) y en la legislación de contratos administrativos (Texto Articulado de la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965 y Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 14 de noviembre de 2011). De esta manera se incorporaban las ideas de precio y beneficio a los servicios públicos gestionados por terceros, atrayendo a su gestión la inversión privada, cuando tenían un contenido económico, y podía hablarse de "rendimientos del servicio" en aquellos que eran susceptibles de singularizarse la prestación y de ser reconducidos a una relación sinalagmática. Si bien es cierto que no se trataba de una regla estricta porque se reconocía a la Administración titular del servicio una cierta facultad discrecional que permitía regular la contraprestación como tasa, sobre todo si, a pesar de

existir una dimensión económica, resultaba difícil determinar el coste de la contraprestación sinalagmática.

3. Esta Sala, en una larga línea jurisprudencial, distinguió la naturaleza de la contraprestación según que la tarifa correspondiese a prestación del servicio por un concesionario en régimen de gestión indirecta o el servicio se prestase directamente por la Administración titular. En el primer caso se estaba ante un precio privado; se trataba de contraprestaciones percibidas directamente por los concesionarios de servicios públicos como remuneración del servicio, aunque la potestad tarifaria correspondiera a la Administración concedente (arts. 148 a 155 RSCL). En el segundo caso, al prestar la Administración el servicio en régimen de gestión directa se entendía que la naturaleza jurídica de la percepción era la de una tasa (ad exemplum, SSTS de 27 de septiembre de 1997, rec. ap. 9964/1991, 29 de octubre de 2003 (RJ 2003, 7950), rec. cas. 566/1997, 5 de febrero de 2009 (RJ 2009, 2831), rec. cas. 3454/2005, 7 de marzo de 2007 (RJ 2007, 2030), rec. cas. 1727/2002 y 7 de abril de 2007 (RJ 2007, 6473), rec. de cas. 2882/2002).

Por consiguiente, la jurisprudencia expuesta "ha atribuido la naturaleza de precio privado, fijado por la Corporación municipal ejercitando su potestad tarifaria y sometido a la aprobación ulterior de la Comunidad Autónoma, en aplicación de la política de control de precios, cuando el servicio era gestionado de forma indirecta por un concesionario o un arrendatario, incluso una empresa participada mayoritariamente por el municipio [...] y si el servicio se prestaba directamente, la retribución satisfecha por los usuarios constituía una tasa [...]". Se "mantuvo esta configuración hasta el 1 de enero de 1999 fecha a partir de la cual, y en virtud de la disposición transitoria segunda, apartado 1 de la Ley 25/1998, debería siempre considerarse una tasa, como consecuencia de las reformas introducidas a resultas de la sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995 (RTC 1995, 185), cuya doctrina ratificaron las sentencias del mismo Tribunal 102/2005, de 20 de abril (RTC 2005, 102), y 121/2005, de 10 de mayo (RTC 2005, 121)" (SSTS 3 de diciembre de 2012 (RJ 2013, 581), rec. de cas. 4354/2011, y de 22 de mayo de 2014 (RJ 2014, 3016), rec. de cas. 640/2011, entre otras).

4. La evolución de nuestra doctrina es consecuencia de la interpretación que del régimen jurídico vigente en cada momento ha hecho la Sala y que supuso la redefinición del concepto tasa en la Ley General Tributaria en sintonía con la doctrina del Tribunal Constitucional. Así la letra a) del apartado 2º del artículo 2 define, con carácter general, la tasa como "los tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa o en el aprovechamiento especial del dominio público, la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de Derecho Público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario, cuando los servicios o actividades no sean de solicitud o recepción voluntaria para los obligados tributarios o no se presten o realicen por el sector privado"; pero se añadió un párrafo final, según el cual "se entenderá que los servicios se prestan en régimen de Derecho Público cuando se lleven a cabo mediante cualquiera de las formas previstas en la legislación administrativa para la gestión del servicio público y su titularidad corresponda a un ente público". Fue esta previsión la que convirtió en tasas las contraprestaciones que percibían las empresas privadas concesionarias que gestionaban de forma indirecta los servicios públicos. Por ello la propia Sala, en las mismas sentencias, ya advertía que "parece claro que la supresión del segundo párrafo del artículo 2.2º, a) llevada a cabo por la Ley de Economía Sostenible abre un panorama diferente [...]" (SSTS 3 de diciembre de 2012, rec. de cas. 4354/2011, y de 22 de mayo de 2014, rec. de cas. 640/2011, entre otras).

5. Como consecuencia de la derogación efectuada por la Disposición Final 58ª de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible del referido inciso, parece posible recuperar las ideas de precio y beneficio para los servicios públicos gestionados por concesionarios, e incorporar a los servicios públicos en régimen de concesión o de gestión indirecta los criterios de la autofinanciación y del equilibrio económico del contrato.

De acuerdo con artículo 20.1.B) del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, solo son tasas o precios públicos las contraprestaciones para la realización de actividades o prestaciones de servicios en régimen de derecho público.

El significado de dicha expresión podría establecerse, en principio, por contraposición con la iniciativa pública en la actividad económica de mercado. Pero no resulta admisible tal interpretación ya que la iniciativa pública en la actividad económica -como actividad meramente patrimonial que es- se ha de ejercer en el ámbito de la economía de mercado y con respeto a la libre competencia, de manera que la contraprestación por los bienes o servicios que

constituyen su objeto son "per se" precios privados y de mercado, y quedan excluidos de cualquier tutela administrativa. No hace falta, por tanto, ninguna previsión legal para que las contraprestaciones de la actividad privada de la Administración queden excluidas de cualquier consideración de prestaciones patrimoniales de carácter público. Consecuentemente, la expresión "en régimen de derecho público" parece que puede referirse a las formas de gestión en que la Administración actúa mediante su personalidad jurídico-pública ordinaria o bien adopta personalidades diferenciadas pero siempre de naturaleza pública, y con la finalidad de ejercer una actividad pública o prestar un servicio público.

Por tanto, según esta interpretación, **habrían de quedar excluidas la realización de actividades y la prestación de servicios en régimen de derecho privado, incluyendo tanto la forma de gestión mediante personalidad diferenciada con naturaleza jurídico privada como la gestión contratada a particulares.**

Es decir, puede entenderse que ni la Ley de Tasas y Precios Públicos ni la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 185/1995 (RTC 1995, 185)) son aplicables a las tarifas de los servicios públicos prestados mediante formas de gestión directa con personificación privada (sociedades mercantiles con participación pública exclusiva o mayoritaria) o de gestión indirecta mediante alguna de las modalidades de contrato administrativo de gestión de servicios públicos (concesión, empresa mixta con participación pública minoritaria, arrendamiento, concierto y gestión interesada), y, menos aún, a las actuaciones de interés general que se realicen por empresas privadas, aunque su capital sea participado por un ente público. **Al menos, las dudas sobre dicha posibilidad debieron ser más que suficiente justificación para plantear la mencionada cuestión de inconstitucionalidad de la reforma legal efectuada.**

6. El TRLHL no hace ninguna precisión sobre la incidencia de la forma de gestión en la naturaleza de la contraprestación del servicio, pero la supletoriedad establecida en el artículo 9.2 y en la disposición adicional séptima de la Ley 8/1989, de Tasas y Precios Públicos, respecto a la legislación sobre haciendas autonómicas y locales tiene como efecto la plena aplicación a la Administración local de la precisión que dicha Ley efectúa sobre la necesaria relación entre forma de gestión de derecho público y tasas o precios públicos. Por otra parte, la exclusión de la contraprestación por servicios públicos prestados mediante formas de gestión jurídico-privadas o por actuaciones de interés general realizadas por personificaciones jurídico-privadas es plenamente coherente con la naturaleza de ingresos de derecho público que tienen las exacciones que regula la reiterada Ley 8/1989, ya que mal pueden ser ingresos de derecho público unos ingresos de los que es titular una persona jurídico-privada (sociedades mercantiles, concesionarios, etc.) o un ente que actúa en régimen de derecho privado.

En definitiva, como señalamos en la mencionada sentencia de 28 de septiembre de 2015 (RJ 2015, 4216), **sostener que la forma de gestión de derecho privado no altera la naturaleza pública de la exacción equivaldría a eliminar las tarifas como medio de remuneración del gestor privado, y a establecer el régimen de subvención como único y obligatorio medio de retribución. Y resulta que la tarifa y la subvención son fórmulas de retribución de los gestores del servicio que, separada o conjuntamente, son de elección discrecional por parte de la Administración titular del servicio.**

Es posible entender que sí, conforme a la Ley de Tasas y Precios Públicos [arts. 6 y 24.c)], tanto las tasas como los precios públicos son ingresos de derecho público, solo pueden corresponder a Administraciones y otras entidades de derecho público, y no pueden tener este carácter unos recursos que, por fuerza, tienen que ser de derecho privado cuando ingresan en el patrimonio de entidades dotadas de personalidad jurídico-privada, tanto si su capital es íntegro o mayoritariamente público como si es totalmente privado.

7. Naturalmente, no puede olvidarse que tales precios están sometidos a unos procedimientos de fijación y de modificación preestablecidos por la Administración y que resuelve ella misma. En el caso de las sociedades mercantiles públicas es el procedimiento establecido en el reglamento del servicio o en el régimen económico financiero establecido entre la Administración titular del servicio y su empresa pública; y en el caso del concesionario y otros contratistas gestores indirectos de servicios en el régimen que resulte del pliego de condiciones. En cualquier caso, la aprobación y revisión de estos precios corresponde a la entidad local titular del servicio. Por ello, no son, en su integridad, precios de mercado ni su régimen jurídico es estrictamente privado, sino que, en puridad de principios, resulta conveniente distinguir entre tasas, precios públicos y tarifas, utilizando el término tarifa para referirse a los supuestos en que -por el régimen de derecho privado del servicio o actuación- la contraprestación no puede tener naturaleza de tasa ni de precio público, pero en los que la

denominación de precio privado tampoco es completamente expresiva de su régimen jurídico peculiar.

8. La opción discrecional entre la configuración de la contraprestación como tasa o como precio y la opción por una modalidad de gestión directa o indirecta está limitada y legalmente predeterminada cuando el objeto de la actividad o servicio implica ejercicio de autoridad, supuesto en los que se impone la gestión directa por la propia Administración o mediante un organismo autónomo, como se deduce el artículo 85.3 de la LRBRL, ("en ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta ni mediante sociedad mercantil de capital social exclusivamente local los servicios que impliquen ejercicio de autoridad") en cuyo caso las contraprestaciones de los servicios públicos prestados directamente han de tener, necesariamente, la naturaleza de tasa o de precios públicos, en los términos que impone los artículos 24 de la Ley de Tasas y Precios Públicos y 20 y 41 del TRLHL. Pero en cualquiera de las otras formas de gestión directa del artículo 85.2 A) LRBRL (entidad pública empresarial o sociedad mercantil con participación íntegramente pública) y en todas las formas de gestión indirecta del artículo 85.2 B) LRBRL, mediante alguna de las modalidades de contrato administrativo de gestión de servicios públicos del artículo 277 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, la Administración titular del servicio puede optar por retribuir al gestor mediante una tarifa o precio a satisfacer directamente por los usuarios, una retribución de la propia Administración, o una combinación de ambas formas de retribución económica.»

En mi opinión, entre los diversos factores que confluyen en el caso enjuiciado, juegan un papel fundamental el relativo a la obligación de someter a autorización de la Comunidad Autónoma el precio de la contraprestación económica, así como la gestión del cobro de la misma asumida por el Ayuntamiento (aspecto destacado en la STSJ de Canarias de 21.11.2013, FJ 5º), factores que determinan el fallo en favor de la decisión municipal, aunque ciertamente quede malparada la valoración sobre la naturaleza jurídica de tal contraprestación, que entiendo que debería ser calificada como tarifa, a tenor de la modificación normativa operada por la L 2/2011 o, como alternativamente expone el voto particular de FERNÁNDEZ MONTALVO, haber sido planteada la cuestión de inconstitucionalidad respecto de dicha modificación.

Sobre esta STS de 23.11.2015, véase el comentario crítico y pormenorizado que efectúa TORNOS MAS (2016), que formula las siguientes conclusiones:

«De acuerdo con lo expuesto en las páginas anteriores creemos que la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2015 contiene una doctrina que no puede compartirse, y que debería corregirse. En el presente momento tan sólo existen dos sentencias del Tribunal Supremo (la de 28 de septiembre y la de 23 de noviembre de 2015) que se han pronunciado sobre la naturaleza de la contraprestación que deben pagar los usuarios de servicios públicos con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Economía Sostenible del año 2011 por la que se modificó el apartado a) del artículo 2.2 de la Ley General Tributaria, y son sentencias contradictorias. La sentencia de 23 de noviembre de 2015 cuenta además con dos votos particulares contrarios al parecer de los otros tres magistrados.

Nuestra oposición al contenido de la sentencia se fundamenta en el hecho de que la misma inaplica una reforma legal que de modo claro y preciso, en particular si se atiende a los antecedentes del proceso de elaboración de dicha reforma, pretendió negar el carácter expansivo y excluyente de la figura de la tasa tributaria para todos los casos de remuneración por la prestación de un servicio público, independientemente de cual fuera el régimen jurídico de prestación de este servicio.

Por ello, el Tribunal Supremo, que reconoce esta voluntad del legislador, no puede inaplicar la Ley aduciendo que la misma vulnera la reserva constitucional a favor de las tasas cuando se trata de prestaciones patrimoniales de carácter público. Y no puede hacerlo por dos motivos. Primero, porque si existiera esta duda constitucional, debió plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, como se dice en el voto particular. Segundo, porque no existe tal duda de inconstitucionalidad: el artículo 31.3 de la Constitución, al crear la figura de las prestaciones patrimoniales de carácter público, exigió que las mismas se sometieran al principio de reserva de ley. Pero el propio Tribunal Constitucional reconoce que las prestaciones patrimoniales de carácter público pueden ser de diversa naturaleza, y no identifica estas prestaciones con tributos y multas. Por tanto, la tarifa puede reconocerse como prestación patrimonial de carácter público. Siendo ello así, lo que procede es exigir que su determinación cumpla con el principio de reserva legal.

Como queda acreditado a lo largo de las páginas anteriores, la polémica sobre si esas contraprestaciones que han de satisfacer los usuarios del servicio tienen la naturaleza de tasas, de una modalidad de tributos, por tanto, o si, por el contrario, se trata de tarifas, esto es, precios privados intervenidos o autorizados por la Administración, que no tienen aquella naturaleza, lejos de resolverse se retroalimenta y amenaza con no zanjarse nunca, contaminando los diversos ámbitos en que incide, ya sea directamente o de manera incidental.³⁵⁰

E) Las previsiones del ALCSP y del TRLCSP

Tratándose de legislación de contratos, el Anteproyecto no regula directamente la cuestión, aunque sí son reseñables algunas menciones indirectas, que se adscriben a la tesis de la naturaleza tarifaria.

Así, en primer término, la previsión comentada anteriormente (epígrafe 4.8.1.), en el sentido de que el Anteproyecto incorpora una concreción sobre que *las contraprestaciones económicas pactadas tendrán la naturaleza de tarifas* (art. 287.2), lo cual es sólo parcialmente cierto. Las tarifas, en efecto, son una modalidad de las contraprestaciones económicas de la concesión de servicios, resultantes del derecho a la explotación de los mismos, pero ya sabemos que en dicha figura la contrapartida puede venir constituida también por «*dicho derecho acompañado del de percibir un*

Como hemos demostrado en este trabajo, la determinación de las tarifas cumple con el principio de reserva legal si su fijación se lleva a cabo en una Ordenanza Municipal. De este modo, el titular del servicio, cuando el mismo se presta por empresa municipal privada o por concesionario, debe poder optar entre el régimen tributario de la tasa o el privado de la tarifa. El recurso a la tarifa no supone una merma de garantías formales.

La supresión de la tarifa como forma de remuneración de quien presta un servicio público conlleva unas consecuencias muy negativas para la buena gestión de determinados servicios. Por tanto, debe concluirse que de la forma más rápida posible debería corregirse la doctrina jurisprudencial que se contiene en la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2015, para volver a reconocer el régimen de tasa o tarifa en la prestación de servicios públicos, atendiendo a la forma de su prestación.»

³⁵⁰ Además de los ya señalados, y sin entrar a valorarlos, se citan los siguientes ámbitos en que la polémica se reproduce y las consideraciones al respecto: que si se trata de tasas, solo pueden ser cobradas por los servicios de recaudación legalmente habilitados; que la gestión mediante concesión es incompatible con la tasa, pues el importe de éstas no puede superar el coste del servicio y no cabría, en consecuencia, el margen para el beneficio del contratista, aunque frente a este argumento se opone el de que dicho margen debe integrarse en el coste del servicio; y que, en fin, si se configuran como tarifas estarán sometidas al régimen de intervención de precios, lo que determina que deban ser autorizados por las comisiones de precios en los supuestos previstos (así, por ejemplo, en el caso del abastecimiento de agua potable), lo que no es procedente si se trata de tasas.

precio» (ALCSP, 15.1 in fine) o «*este mismo derecho en conjunción con un pago*» (Directiva 2014/23/UE, 5.1.b, 1r pfo. in fine). En directa relación con la concreción transcrita, el Anteproyecto, entre las obligaciones generales del concesionario, después de consignar la de «*prestar el servicio con la continuidad convenida*», añade la de «*garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas*» y «*mediante el abono, en su caso, de la contraprestación económica comprendida en las tarifas aprobadas*» (286.a, y TRLCSP, 280.a, comentados en el epígrafe 4.7.5).

La última mención reseñable del Anteproyecto se encuentra, en relación con los *contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos*, y como se analizará con detalle (epígrafe 5.7.3.2), en la posibilidad de incorporar en el pliego la obligación del contratista de «*prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono, en su caso, de la contraprestación económica fijada*» (ALCSP, 310.2). Precepto este en el que, tras efectuar una traslación de las obligaciones generales del concesionario antes mencionadas y consignadas en su art. 286, se ha omitido la referencia a las tarifas aprobadas, sí recogida para la concesión.

F) El criterio del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

Tras la reavivación de la polémica como consecuencia de los pronunciamientos jurisprudenciales contradictorios, ha venido a manifestar su criterio el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (MINHAP), y lo ha hecho a través del Informe de la Dirección General de Tributos en relación con las tasas por la prestación de los servicios de abastecimiento de agua y de alcantarillado, fechado el 20 de mayo de 2016. En este Informe, el MINHAP se manifiesta inequívocamente en favor del criterio de las tarifas, al afirmar que si los servicios son gestionados por una sociedad privada municipal, o por una empresa privada a través de un contrato administrativo de gestión del servicio, las contraprestaciones no pueden ser calificadas como ingresos de Derecho público, sino como ingresos de Derecho privado.³⁵¹

³⁵¹ El referido Informe de 20.5.2016 de la Dirección General de Tributos del MINHAP dice así: «Los apartados 1 y 2 del artículo 20 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLRHL) aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, establecen que:

“1. Las entidades locales, en los términos previstos en esta ley, podrán establecer tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local, así como por la prestación de servicios públicos o la realización de actividades administrativas de competencia local que se refieran, afecten o beneficien de modo particular a los sujetos pasivos.

En todo caso, tendrán la consideración de tasas las prestaciones patrimoniales que establezcan las entidades locales por:

A) La utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local.

B) La prestación de un servicio público o la realización de una actividad administrativa en régimen de derecho público de competencia local que se refiera, afecte o beneficie de modo particular al sujeto pasivo, cuando se produzca cualquiera de las circunstancias siguientes:

a) Que no sean de solicitud o recepción voluntaria para los administrados. A estos efectos no se considerará voluntaria la solicitud o la recepción por parte de los administrados:

Cuando venga impuesta por disposiciones legales o reglamentarias.

Cuando los bienes, servicios o actividades requeridos sean imprescindibles para la vida privada o social del solicitante.

b) Que no se presten o realicen por el sector privado, esté o no establecida su reserva a favor del sector público conforme a la normativa vigente.

2. Se entenderá que la actividad administrativa o servicio afecta o se refiere al sujeto pasivo cuando haya sido motivado directa o indirectamente por este en razón de que sus actuaciones u omisiones obliguen a las entidades locales a realizar de oficio actividades o a prestar servicios por razones de seguridad, salubridad, de abastecimiento de la población o de orden urbanístico, o cualesquiera otras.”.

Señalando a continuación el apartado 4 de este mismo artículo 20 del TRLRHL que:

“Conforme a lo previsto en el apartado 1 anterior, las entidades locales podrán establecer tasas por cualquier supuesto de prestación de servicios o de realización de actividades administrativas de competencia local, y en particular por los siguientes:

(...)

r) Servicios de alcantarillado, así como de tratamiento y depuración de aguas residuales, incluida la vigilancia especial de alcantarillas particulares.

(...)

t) Distribución de agua, gas, electricidad y otros abastecimientos públicos incluidos los derechos de enganche de líneas y colocación y utilización de contadores e instalaciones análogas, cuando tales servicios o suministros sean prestados por entidades locales.

(...)”.

Asimismo, con efectos desde el 6 de marzo de 2011, la disposición final quincuagésima octava de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, suprimió el segundo párrafo del artículo 2.2.a) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), conforme al cual y al definir el concepto de tasa se entendía que los servicios o actividades se prestaban o realizaban en régimen de Derecho público cuando se llevasen a cabo mediante cualquiera de las formas previstas en la legislación administrativa para la gestión del servicio público y su titularidad correspondiera a un ente público.

De resultas de tal modificación legislativa y para aquellos supuestos en que la gestión de los servicios se lleve a cabo a través de una empresa privada o mixta en régimen de Derecho privado, nada obsta a que, de forma consecuente con la naturaleza de dicho régimen jurídico, la Administración titular establezca un marco de precios privados por la prestación de tal servicio, doctrina ya establecida por la Administración antes de la promulgación de la actual LGT, en su contestación a consulta tributaria de 23 de noviembre de 1998 sobre servicio de suministro de aguas.

El criterio de este Centro Directivo manifestado en diversos informes es que la supresión del segundo párrafo del artículo 2.2.a) de la LGT ha supuesto la vuelta a un esquema similar al anterior establecido por el Tribunal Supremo, que, en sentencias de 2 de julio de 1999 y 20 de octubre de 2005, estableció un criterio diferenciador para distinguir entre tasa y tarifa en relación a la prestación de los servicios públicos locales en base a la condición del ente gestor de los mismos.

En el sentido anterior, si un ente local gestionaba directamente, sin ningún tipo de delegación, el servicio público, debía exigir una tasa. Por el contrario, si la entidad que gestionaba el servicio público era una sociedad privada municipal, o una empresa privada a través de un contrato administrativo de gestión del servicio, las contraprestaciones no podían ser calificadas como ingresos de Derecho público, sino como ingresos de Derecho privado.

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2015 desestima el recurso de casación y considera que la modificación del artículo 2.2.a) de la LGT llevada a cabo por la Ley 2/2011 no tiene trascendencia para la determinación de la naturaleza de la contraprestación por un servicio público y que no está

afectada por la forma o régimen con se preste el citado servicio público; y que lo esencial es determinar si estamos ante prestaciones coactivas por servicios de carácter obligatorio, indispensables o monopolísticos; no importando que el servicio público sea prestado mediante concesión administrativa, por lo que las contraprestaciones que satisface el usuario del servicio deben ser calificadas como tasas, con independencia de la modalidad de gestión del servicio público empleada, incluso en los casos en que el servicio es gestionado por un ente público que actúa en régimen de Derecho privado –las entidades públicas empresariales-, a través de sociedades municipales o por un concesionario. La forma de gestión del servicio no afecta a la naturaleza de la prestación, siempre que su titularidad siga siendo pública, como sucede en los supuestos de concesión.

Esta sentencia del Tribunal Supremo tiene un voto particular de dos magistrados, que discrepan del criterio del fallo y entienden que se debía estimar el recurso o, en todo caso, para disipar las dudas de inconstitucionalidad que suscita la modificación introducida por la Ley 2/2011, plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad sobre la nueva redacción del artículo 2.2.a) de la LGT. Consideran que la conclusión a la que llega la sentencia supone, en la práctica, no reconocer virtualidad alguna a la supresión de 2º párrafo del artículo 2.2.a) de la LGT, como si no se hubiera producido la reforma legislativa efectuada por la Ley 2/2011; y que no es posible sostener que nos hallamos en las mismas condiciones de la etapa anterior, como esta misma Sala ha venido reconociendo en cuantas ocasiones ha tenido de manifestarse por la futura incidencia de la nueva regulación, que podrá o no ajustarse a la Constitución, para cuya declaración es necesario plantear cuestión de inconstitucionalidad.

En el citado voto particular, se añade que:

“De acuerdo con artículo 20.1.b) del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, solo son tasas o precios públicos las contraprestaciones para la realización de actividades o prestaciones de servicios en régimen de derecho público.

(...).

Consecuentemente, la expresión “en régimen de derecho público” parece que puede referirse a las formas de gestión en que la Administración actúa mediante su personalidad jurídico-pública ordinaria o bien adopta personalidades diferenciadas pero siempre de naturaleza pública, y con la finalidad de ejercer una actividad pública o prestar un servicio público.

Por tanto, según esta interpretación, habrían de quedar excluidas la realización de actividades y la prestación de servicios en régimen de derecho privado, incluyendo tanto las formas de gestión mediante personalidad diferenciada con naturaleza jurídico privada como gestión contratada a particulares.

(...).

Por otra parte, la exclusión de la contraprestación por servicios públicos prestados mediante formas de gestión jurídico-privadas o por actuaciones de interés general realizadas por personificaciones jurídico-privadas es plenamente coherente con la naturaleza de ingresos de derecho público que tienen las exacciones que regula la reiterada Ley 8/1989, ya que mal pueden ser ingresos de derecho público uno ingresos de los que es titular una persona jurídico-privada (sociedades mercantiles, concesionarios, etc.) o un ente que actúa en régimen de derecho privado.”

La misma Sala del Tribunal Supremo, en sentencia de 28 de septiembre de 2015 (recurso de casación 2042/2013), tiene un criterio distinto a la anterior sentencia, ya que estima el recurso y declara conforme a derecho el acuerdo por el que se aprueba la modificación de la naturaleza jurídica de los precios por prestación de servicios funerarios, que habían de regir en el ejercicio 2012, pasando de ser precios públicos a tarifas o precios privados los que había de percibir por dichos servicios la empresa de capital mixto participada por una mancomunidad de municipios. En esta sentencia, el Tribunal Supremo considera que, como consecuencia de la derogación efectuada por la Ley 2/2011, es posible recuperar las ideas de precio y beneficio para los servicios públicos gestionados por concesionarios. Ni la Ley de Tasas y Precios Públicos ni la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 185/1995) son aplicables a las tarifas de los servicios públicos prestados mediante formas de gestión directa con personificación privada (sociedades mercantiles con participación pública exclusiva o mayoritaria) o de gestión indirecta mediante alguna de las modalidades de contrato administrativo de gestión de servicios públicos (concesión, empresa mixta con participación minoritaria, arrendamiento, concierto y gestión interesada), y, menos aún, a las actuaciones de interés general que se realicen por empresas privadas, aunque su capital sea participado por un ente público.

4.8.2.3. Principios generales sobre la cuantificación del importe de la tarifa

A) Autofinanciación del servicio

Se parte del principio según el cual las tarifas han de ser suficientes para financiar el coste del servicio por el concesionario, ya que, de no serlo, *«la parte no financiada directamente por los ingresos tarifados se cubrirá mediante aportación del presupuesto municipal o provincial, que si el servicio fuere gestionado en forma indirecta revestirá el carácter de subvención, a la que se aplicara la limitación dispuesta por el párrafo 4 del artículo 129»* (RS/1955, 149.2).

Recordemos a este respecto, que el art. 129.4 del RS dispone que *«si como forma de retribución, total o parcial, se acordare el otorgamiento de subvención, esta no podrá revestir la forma de garantía de rendimiento mínimo ni cualquier otra modalidad susceptible de estimular el aumento de gastos de explotación, y, en general, una*

Asimismo, en las sentencias de 22 de mayo de 2014 y 3 de diciembre de 2012, aunque el caso sujeto a juicio era anterior a la modificación del artículo 2.2.a) de la LGT, el Tribunal Supremo considera que la supresión del 2º párrafo del citado artículo 2.2.a), llevada a cabo por la Ley 2/2011, abre un panorama diferente al hasta entonces vigente.

Todo lo anterior nos lleva a mantener el criterio de este Centro Directivo y considerar, por tanto, que **si los servicios públicos de abastecimiento de agua y alcantarillado son gestionados directamente por un ente local, sin ningún tipo de delegación, la contraprestación satisfecha por los usuarios debe tener la naturaleza jurídica de tasa. Por el contrario, si dichos servicios son gestionados por una sociedad privada municipal, o por una empresa privada a través de un contrato administrativo de gestión del servicio, las contraprestaciones no podían ser calificadas como ingresos de Derecho público, sino como ingresos de Derecho privado.**

Y, por tanto, subsiste la posibilidad de que en el caso de que la prestación del servicio público se realice por una empresa, ya sea pública, privada o mixta, **la Administración Pública titular del citado servicio pueda optar por retribuir al gestor mediante una tarifa o precio a satisfacer directamente por los usuarios, una retribución de la propia Administración, o una combinación de ambas formas.**

Así, lo señala el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 28 de septiembre de 2015 en su fundamento de derecho 6, en el que dispone:

“En definitiva, el régimen de tarifas de los servicios públicos o de actuaciones de interés general realizadas por sociedades mercantiles con capital íntegra o parcialmente municipal se corresponde, más bien, con la naturaleza de los precios privados. Sostener lo contrario, es decir que la forma de gestión de derecho privado no altera la naturaleza pública de la exacción equivaldría a eliminar las tarifas como medio de remuneración del gestor privado, y a establecer el régimen de subvención como único y obligatorio medio de retribución. Y resulta que la tarifa y la subvención son fórmulas de retribución de los gestores del servicio que, separada o conjuntamente, son de elección discrecional por parte de la Administración titular del servicio”» (los entrecomillados y las cursivas son del propio Informe; la negrita es mía).

Puede accederse a dicho Informe en

<http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/DGCFEL/Tasa%20agua.pdf>;

consulta efectuada el 25.5.2016.

gestión económica deficiente por el concesionario y el traslado de los resultados de la misma a la entidad concedente».

Antes de pasar al análisis pormenorizado, hay que consignar que el art. 129.3 del RS establece el principio general según el cual, *«en todo caso, la retribución prevista para el concesionario deberá ser calculada de modo que permita, mediante una buena y ordenada administración, amortizar durante el plazo de la concesión el costo de establecimiento del servicio y cubrir los gastos de explotación y un margen normal de beneficio industrial».*

B) Los costes de la prestación del servicio.

Para el cálculo de los costes del servicio es fundamental la elaboración de la *memoria o el estudio económico-financiero*, de manera que:

- su omisión es causa de nulidad;³⁵²
- como también lo es su insuficiencia.³⁵³

³⁵² Tal como afirma la STS de 7.2.2000 (Ar 2784, FJ 3º), *«la omisión de la Memoria Económico-Financiera es causa de nulidad de la Ordenanza, en cuanto a la parte relativa al establecimiento del precio público por estacionamiento limitado y controlado en diversas vías públicas».*

³⁵³ Así, la STS de 14.4.2001 (Ar 5339) se pronuncia en los siguientes términos: *«Comenzando por los 2 primeros motivos, la sentencia (JT 1995, 984) impugnada afirmó en su Fundamento 2º que “el estudio económico sobre el que se ha llegado a la determinación de las tarifas aplicables no explica en absoluto cómo se ha llegado al coste real o previsible del servicio que se trata de regular”, razonando que el estudio acompañado a la modificación de la Ordenanza, realizado por una empresa privada, era “somero” y no proporcionaban a los servicios técnicos municipales “constancia real y efectiva de la valoración detallada y previsible (...) de las distintas partidas que integren el mantenimiento del servicio de alcantarillado, al que a partir de ahora se le añadirán los costes reales del mantenimiento del servicio de depuración que constituye la última fase de la red”.*

La conclusión que extrajo la Sala fue la de que el acuerdo recurrido prescindió de un aspecto esencial del procedimiento, cual es el trámite del informe económico, exigido por los artículos 24.1 y 25 de la Ley de Haciendas Locales 39/1988, de 28 de diciembre, aplicando en consecuencia el art. 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en orden a declarar la nulidad absoluta de la nueva Ordenanza.

Puesto que en casación no pueden discutirse los hechos fijados por la sentencia impugnada y la apreciación probatoria a que llegó la Sala de instancia, sólo resta declarar que la consecuencia anulatoria está perfectamente ajustada a cuanto dispone el art. citado de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común 30/1992.

La Administración recurrente formula el reproche de que la sentencia recurrida ha hecho una interpretación “amplia” del citado precepto, para establecer la nulidad absoluta por falta o insuficiencia del estudio económico sobre el coste del servicio municipal.

Lejos de ello, no hay ninguna interpretación extensiva de la norma referida, sino una aplicación estricta de la misma, ajustada a una jurisprudencia decantada de esta Sala con

Deben considerarse los costes *directos e indirectos, inclusive los de carácter financiero* (ex TRLHL/2004, 24.2, 2º párrafo), por lo que comprenden:

- el coste de la gestión ordinaria del servicio (salarios de los trabajadores, consumo de energía eléctrica, etc.);
- el coste generado por el normal mantenimiento y conservación de los bienes afectos a la prestación del servicio;
- la reposición de los bienes deteriorados;
- así como las inversiones ya realizadas para implantar o establecer el servicio;
- aunque no el coste financiero de los créditos que hubieran sido precisos para su futura ampliación.³⁵⁴

suma reiteración, según la cual la ausencia o insuficiencia del estudio económico es causa de nulidad absoluta.

“Ad exemplum” podemos citar la sentencia de 6 de marzo de 1999 (RJ 1999, 2514), que subrayó la nulidad radical al declarar que la subsanación posterior, con eficacia retroactiva, de este defecto era improcedente; la de 25 de marzo de 1999 (RJ 1999, 2539), que anuló una Ordenanza porque el informe de la Secretaría General Técnica no justificaba el coste del servicio y la de 7 de febrero de 2000 (RJ 2000, 2784), que declaró la nulidad de una Ordenanza por omisión de la Memoria Económico-Financiera.

Por lo tanto, los motivos de casación 1 y 2 del epígrafe Primero deben ser desestimados, pues no solamente no ha habido vulneración de los preceptos 62.1.e) de la Ley 30/1992, y 24 y 25 de la Ley 39/1988, sino, por el contrario, aplicación correcta de los mismos».

³⁵⁴ Como señala la STS de 26.2.1998 (Ar 1412, FJ 1º), «en cuanto aquí interesa, la sentencia ahora impugnada, siguiendo las pautas de la del Supremo acabada de citar, entendió que no revestían naturaleza tributaria los complementos examinados, sino la de tarifa o precio de un servicio público, y que, por ende, no podía acogerse el motivo de incompetencia para su establecimiento aducido. Del propio modo, consideró que, con arreglo a la meritada sentencia del TS y a los arts. 126.2, b) y 129.3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RCL 1956\85 y NDL 22516), dentro de la retribución del concesionario reflejada en las tarifas a percibir por la prestación del servicio, se integraba el concepto de amortización del coste de su establecimiento, así como de los costes de instalaciones que, aun sin estar en funcionamiento, fueran necesarias en el futuro para la adecuada continuidad de aquél -del servicio, se entiende-, pero no la obtención de capitales encaminados a la realización de obras futuras, como había sucedido con los complementos litigiosos, que, según criterio de la sentencia y como se desprendía tanto del expediente como del tenor literal de las resoluciones impugnadas, se destinaban “no sólo a la amortización de las instalaciones existentes en la planta de tratamiento de aguas de Abrera, sino también a la futura ampliación de las mismas, excediendo, en este último aspecto, el concepto y contenido de la tarifa” contemplado en el mencionado reglamento de servicios de las corporaciones locales, razón ésta que, al igual que la sentencia del Tribunal Supremo referenciada, llevaba a la Sala a la estimación del recurso en este concreto extremo»

Y en el mismo sentido se pronuncia la STS de 18.10.1994 (Ar 7583, FJ 5º), también referida al suministro de agua potable:

«La amortización no es otra cosa que la expresión contable de la depreciación experimentada por el inmovilizado de una empresa o entidad y, cualquiera que sea el método que se adopte para su expresión, responde a la idea de distribuir el coste íntegro del bien en cuestión entre el número de años en que se espera preste utilidad, de modo que no puede acogerse a este concepto la previsión de unas cantidades que, sin conexión alguna con elementos del activo, no tienen otra función que la de originar un superávit a fin de constituir un

C) La amortización de las inversiones precisas para el servicio.

También debe incluirse la *amortización del inmovilizado* (ex TRLHL, 24.2.2º párrafo), entendiéndose por tal la recuperación de la inversión realizada por el concesionario.³⁵⁵ Y en el bien entendido que debe distribuirse de manera razonable a lo largo del tiempo.³⁵⁶

Como señala BLANQUER CRIADO en su exhaustivo estudio,

- «para calcular el importe de la amortización deben computarse no sólo las inversiones ya realizadas para establecer o implantar originariamente el servicio, sino también las precisas para el posterior desarrollo razonable del servicio, y las nuevas inversiones que para ello sean necesarias (...);³⁵⁷

fondo con el que acometer nuevas inversiones. Desde el punto de vista contable este proceder no responde al concepto técnico de amortización y desde el punto de vista tributario desnaturaliza el concepto de tasa convirtiendo el tributo en un impuesto con destino afectado a una determinada finalidad, por lo que hemos de rechazar el presente motivo de casación».

³⁵⁵ BLANQUER CRIADO (2012: 1196).

³⁵⁶ Y de ahí el reproche formulado por la STS de 30.10.1995 (Ar 7714, FJ 4º), de no hacerlo: «en segundo lugar, en lo que respecta a la acumulación de lo no amortizado en años anteriores al en que se pide la revisión, no ofrece dudas a esta Sala que aunque la amortización debe efectuarse durante el plazo de concesión, también debe efectuarse mediante una buena y ordenada administración, por lo que lo correcto es, evidentemente, realizarla a lo largo del período de la concesión, amortizando cada año la cuota correspondiente a él y solicitando, en su caso, la revisión de las tarifas para que la misma pueda amortizarse, y no acumular en un año las amortizaciones correspondientes a años anteriores, las que debieron haber sido consideradas en revisiones precedentes o solicitadas en su tiempo; y por último, en cuanto a la amortización con valores actualizados, tampoco ofrece dudas a esta Sala la procedencia de operar conforme a valores históricos y no conforme a aquéllos, por cuanto, como ya hemos dicho, lo que es objeto de amortización es el costo del establecimiento del servicio, y este costo no es el valor que tenga la cosa a amortizar en el momento en que la amortización se materializa, sino el precio que efectivamente haya satisfecho el concesionario al tiempo de realizar la inversión para el establecimiento del servicio».

³⁵⁷ BLANQUER CRIADO (2012: 1198). Y cita en tal sentido la STS de 10.5.1988 (Ar 3739), que se pronuncia así:

-«(...) ocurre que las obras necesarias para garantizar la continuidad del servicio en el futuro pueden alcanzar cifras de gran importancia, hasta el punto de que o bien sea necesario prescindir de ellas -con lo que se pone en peligro la continuidad a medio o largo plazo- o bien la inversión llegue a suponer un riesgo para la subsistencia de la empresa con lo que el peligro recae sobre la continuidad actual ya de la prestación. Así las cosas, el principio de la suficiencia de las tarifas, cuyo sentido económico es la autofinanciación -art. 18 de la Ley 48/1966 (RCL 1966\1393 y NDL 15298) y hoy art. 107,2 del Texto refundido de la legislación de Régimen Local, Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (RCL 1986\1238)- conduce también a incluir entre los costes de amortización el de las instalaciones que aun sin estar en funcionamiento vayan a ser necesarias en el futuro al menos cuando la inversión alcanza un cierto nivel (...)» (FJ 5º).

- «pero en cambio, en la amortización no deben incluirse las inversiones futuras que todavía no se hayan ejecutado (aunque ya se disponga de los recursos financieros precisos para sufragarlas)». ³⁵⁸

D) El legítimo beneficio del concesionario.

Finalmente, las tarifas deben también retribuir el *beneficio empresarial* que corresponde al concesionario, cuyo margen fluctúa. ³⁵⁹

- «(...) De todo ello deriva, pues, que las instalaciones de Abrera resultaban necesarias para el normal desenvolvimiento del servicio en el futuro, que en tales instalaciones se había invertido una suma que superaba los cinco millones de pesetas y que su afectación al servicio resulta no sólo legalmente posible sino garantizada por el compromiso mencionado. Así las cosas, en principio y sin perjuicio de las precisiones que siguen, aplicando los criterios generales antes recogidos, ha de concluirse reconociendo la viabilidad de incluir dentro de la tarifa una cifra tendente a la amortización de las obras mencionadas» (FJ 6º).

³⁵⁸ BLANQUER CRIADO (2012: 1198). E incluye la referencia a la STS de 10.5.1988 (Ar 3739), que se expresa en los siguientes términos (FJ 9º):

«En otro sentido el indicado complemento está dirigido a generar recursos económicos para la realización de obras futuras. Y en este terreno no cabe ya aplicar el concepto de amortización que, de suyo, hace referencia a la recuperación de fondos previamente invertidos. Este es el sentido claro del art. 126.2,b) del Reglamento de Servicios que refiere la amortización al coste de establecimiento que el concesionario “hubiere satisfecho”.

Ciertamente no cabe desconocer la moderna tendencia de nuestro ordenamiento a utilizar las tarifas como medio de obtener capitales para una inversión futura y ello no sólo en el sector eléctrico sino también en materia de aguas. Así el Real Decreto 1873/1984, de 26 de septiembre (RCL 1984\2481 y ApNDL 1975-85, 8527), sobre transferencias a la Comunidad Autónoma de Madrid en materia de aprovechamientos hidráulicos -anexo I,B,d)- se refiere a la “constitución con cargo a las tarifas de una previsión de las futuras inversiones”. Más directamente o mejor mas cercanamente es de citar la Ley 5/1981 de 4 de junio (LCAT 1981\396) de la Generalidad de Cataluña que, en lo que ahora importa, integra dentro de las tarifas de suministro de agua las partidas necesarias para atender a la construcción de colectores, estaciones depuradoras de aguas residuales, tratamiento de lodos residuales, etc. Se establece con ello un incremento de las tarifas de la financiación de obras y servicios en materia de evacuación, tratamiento y recuperación de aguas residuales -art. 1.º 2-. Pero, importa destacarlo, esta Ley regula exclusivamente la materia mencionada y no la fase de captación.

Y así las cosas, estas disposiciones específicas no dan base bastante para una aplicación analógica de sus preceptos: se refieren a supuestos concretos y con garantías previstas al respecto, pero en cuanto se separan de la concepción general que en punto a la amortización se refleja en el art. 126.2, b) del Reglamento de Servicios no permiten su extensión a otros ámbitos para los que no existe disposición expresa, sin la cual la amortización -que forma parte de la «retribución» del concesionario, art. 129- ha de referirse a supuestos en los que exista una previa inversión de fondos. Piénsese que la litigiosa es una zona fronteriza con el ámbito tributario en cuanto que excluye la aplicación de las reglas propias de éste -así lo evidencia el art. 5.º.4. inciso primero de la ya citada Ley Catalana 5/1981- y ello no permite la virtualidad que la analogía tiene en otros terrenos.

Todo ello conduce a la conclusión de que el complemento litigioso, en la medida en que su rendimiento no está destinado a amortizar las obras e instalaciones realmente existentes en Abrera, es decir cuando está dirigido a obtener capitales para inversión futura, no resulta subsumible dentro del concepto de la tarifa».

³⁵⁹ Como parámetros de referencia, BLANQUER CRIADO (2012: 1214-1216) nos ofrece los siguientes:

4.8.2.4. Previsiones del ALCSP y del TRLCSP

a) Sobre la concesión de servicios.

En la regulación de la concesión de servicios en el Anteproyecto, además de la mención a las tarifas como contraprestación económica por la explotación contenida en el art. 287 transcrito al inicio de este epígrafe, se localizan las otras referencias siguientes:

- en relación con el PCAP y PPTP, que deberán fijar, en su caso, «*las tarifas que hubieran de abonar los usuarios (y) los procedimientos para su revisión*» (art. 283.1, 2º inciso, TRLCSP, 133.1.2º inciso), así como la precisión de que *en cuanto a la revisión de tarifas, los pliegos de cláusulas administrativas deberán ajustarse a lo previsto en el Capítulo II del Título III del Libro I* (art. 283.1, *in fine*, TRLCSP, 133.1, *in fine*);³⁶⁰
- el carácter de «*contraprestación económica de las tarifas aprobadas*» por las obligaciones que el concesionario debe cumplir (art. 286.a *in fine*);
- y sus funcionalidades en relación con la modificación del contrato y el restablecimiento de su equilibrio económico (art. 288.1 y .5, TRLCSP, 282.1 y .5, objeto de análisis posterior).

También es relevante la previsión de que «*la garantía definitiva en los contratos (...) de concesión de servicios cuando las tarifas las abone la administración contratante podrá constituirse mediante retención en el precio*», bien que deberá consignarse en el

-
- a) TRLCSP (art. 239.4 y 300.3): 6% del precio dejado de percibir (contratos de obras y suministros, respectivamente).
 - b) Pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre servicios:
 - STS de 22.9.1989, limpieza viaria de Cornellá de Llobregat (Barcelona): 3% de los ingresos del servicio;
 - STS de 16.5.1989, recogida de basuras de Marbella: 5%;
 - STS de 20.5.1999, transporte de residuos de las playas de Valencia: 9,85%;
 - STS de 12.3.2003, abastecimiento de agua potable y saneamiento de aguas residuales de Cartagena: 14%;
 - STS de 4.5.1992, transporte urbano colectivo de viajeros de Cartagena: 15%.

El RGLCAP/2001 también fija el 6% en concepto de beneficio industrial en relación con el contrato de obras.

³⁶⁰ Esta segunda referencia fue introducida en el ALCSP/O/2015 en correlación con la incorporada por la L 2/2015, de desindexación, en el art. 133.1 del TRLCSP, precepto que constituye el antecedente del 283.1 del ALCSP.

PCAP, que «*fijará la forma y condiciones de la retención*» (ALCSP, 108.2, TRLCSP, 97.2).

b) Sobre la concesión de obras extensibles a la de servicios.

En aplicación de la regla de supletoriedad (ex ALCSP, 295), de la regulación sobre la concesión de obras cabe entender extensibles a la de servicios las determinaciones propias que, *mutatis mutandis*, se indican a continuación en relación con:

- El *anteproyecto de construcción y explotación* de las obras (léase servicios), que deberá contener «*un estudio relativo al régimen de utilización y explotación de las obras (servicios), con indicación de su forma de financiación y del régimen tarifario que regirá en la concesión, incluyendo, en su caso, la incidencia o contribución en éstas de los rendimientos que pudieran corresponder a la zona de explotación comercial*» (art. 246.2. d, TRLCSP, 125.2.d).
- El *compromiso* requerido en el PCAP a los *licitadores* sobre el *Plan económico-financiero* de la concesión, que «*incluirá, entre los aspectos que le son propios, el sistema de tarifas, la inversión y los costes de explotación, la tasa interna de rentabilidad o retorno estimada, y las obligaciones de pago y gastos financieros, directos o indirectos, estimados. Deberá ser objeto de consideración específica la incidencia en las tarifas, así como en las previsiones de amortización, en el plazo concesional y en otras variables de la concesión previstas en el pliego, en su caso, de los rendimientos de la demanda de utilización de las obras (servicios) y, cuando exista, de los beneficios derivados de la explotación de la zona comercial, cuando no alcancen o cuando superen los niveles mínimo y máximo, respectivamente, que se consideren en la oferta. En cualquier caso, si los rendimientos de la zona comercial no superan el umbral mínimo fijado en el pliego de cláusulas administrativas, dichos rendimientos no podrán considerarse a los efectos de la revisión de los elementos señalados anteriormente*» (art. 248.1.c.4, TRLCSP, 131.1.c.4).
- La *previsión* que deberá consignarse en el PCAP sobre el *sistema de retribución del concesionario*, en el que «*se incluirán las opciones posibles sobre las que deberá versar la oferta, así como, en su caso, las fórmulas de actualización de costes durante la explotación de la obra (servicios), con referencia obligada a su repercusión en las correspondientes tarifas en función del objeto de la*

concesión» (art. 248.1.d, TRLCSP, 131.1.d). A dicha previsión debe incorporarse la precisión de que, en todo caso, la revisión del sistema de retribución del concesionario contenida en los pliegos, deberán ajustarse a lo previsto en el Capítulo II del Título III del libro Primero de esta Ley.³⁶¹

- La *potestad* de la Administración de fijar el carácter máximo de las tarifas (art. 259.1.e y 265.2, TRLCSP, 249.1.e y 255.2), bien que *«los concesionarios podrán aplicar tarifas inferiores cuando así lo estimen convenientemente»* (art. 265.2 *in fine*, TRLCSP, 255.2).
- La obligación de *separar contablemente los ingresos procedentes de las tarifas abonadas*, tanto respecto de las *aportaciones públicas* como de los *ingresos provenientes de la explotación de la zona comercial* (art. 265.6, TRLCSP, 255.6).
- La *incorporación a títulos negociables de los derechos de crédito del concesionario*, y en concreto la previsión de que *«podrán emitirse valores que representen una participación en uno o varios de los derechos de crédito a favor del concesionario consistentes en el derecho al cobro de las tarifas»* (art. 270.1, 1r inciso, TRLCSP, 260.1.1r inciso).

Finalmente, examinadas las determinaciones jurídico-formales establecidas sobre las tarifas, esa visión teórica puede complementarse con la empírica expuesta en la relación de *experiencias de contraste* de ayuntamientos y otras entidades locales (epígrafes 9.2 y 9.3, respectivamente), entre cuyos aspectos seleccionados se encuentra el relativo a la retribución al concesionario mediante el abono de las tarifas.

4.8.3. Subvención, precio o pago.

a) Introducción

Sin perjuicio de afirmar la preponderancia de las tarifas en la concesión, y como ya hemos visto, hay otro elemento que incide en su ecuación económica, que se concreta

³⁶¹ Como en el caso anterior, esta referencia es necesaria por cuanto fue introducida por la L 2/2015, de desindexación, en el art. 131.1.d del TRLCSP, precepto que constituye el precedente del 248.1.d del ALCSP, en el cual no se ha incluido esta precisión.

en una aportación económica que puede efectuar la Administración, y que se identifica con los términos *subvención*, *precio* o *pago*.

b) Las manifestaciones de la retribución económica abonada por la Administración

En la configuración ortodoxa de la concesión, la subvención se articula como un complemento a las tarifas, y de ahí la propia previsión del Reglamento de Servicios de 1955: *«la parte no financiada directamente por los ingresos tarifados se cubrirá mediante aportación del presupuesto municipal o provincial, que si el servicio fuere gestionado en forma indirecta revestirá el carácter de subvención, a la que se aplicara la limitación dispuesta por el párrafo 4 del artículo 129»* (art. 149.2).

Posibilidad que se complementa, no obstante, con la determinación de que *«si como forma de retribución, total o parcial, se acordare el otorgamiento de subvención, esta no podrá revestir la forma de garantía de rendimiento mínimo ni cualquier otra modalidad susceptible de estimular el aumento de gastos de explotación, y, en general, una gestión económica deficiente por el concesionario y el traslado de las resultas de la misma a la entidad concedente»* (RS. art.129.4).

Como se desprende de esta transcripción, la subvención puede configurarse como complemento parcial de unas tarifas insuficientes. Y en este sentido, no pugnaría con el propio concepto comunitario de la concesión de servicios, sobre la base de identificar los términos *subvención* y *precio* o *subvención* y *pago*:

- *«La concesión de servicios es un contrato que presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien dicho derecho acompañado de un precio»* (art. 1.4, Directiva 2004/18/CE).

- *«Concesión de servicios»: 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»* (art. 5.1.b, 1r pfo. *in fine*, Directiva 2014/23/UE).

La cuestión se torna más controvertida cuando no se prevén tarifas, posibilidad que, además de recogida en el art. 129.4 del RS/1955 antes transcrito, este texto consigna al disponer:

«También podrá consistir la retribución, juntamente con alguno de los conceptos anteriores, o exclusivamente si el servicio hubiere de prestarse gratuitamente, en subvención a cargo de los fondos de la Corporación» (art. 129.2).

En la legislación básica de contratos no encontraremos una mención hasta la LCSP/2007 (257.1), luego reproducida textualmente para el contrato de gestión de servicios públicos por el TRLCSP al establecer, en su art. 281.1 («prestaciones económicas»), lo siguiente (apartado 1):

*«El contratista tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, entre las que se incluirá, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, **una retribución** fijada en función de su utilización **que se percibirá directamente** de los usuarios o **de la propia Administración**».*

En su sentido literal, pues, el precepto transcrito admite tanto que sean los usuarios los que retribuyan directamente al contratista, lo que remite al abono de las *tarifas*, como que sea la *Administración* la que satisfaga las contraprestaciones económicas, lo que se identifica con los términos de *precio* (Directiva 2004/18/CE), *pago* (Directiva 2014/23/UE) o *subvención* (RS/1955). Aunque también debe precisarse que, a diferencia de las Directivas en las que *precio* o *pago* acompañan al derecho de explotación (tarifas), en el Texto refundido el uso de la conjunción disyuntiva o admite tanto una como otra modalidad por separado, a la que habría que añadir naturalmente la mixta.

Que junto a las tarifas hayan otras contraprestaciones económicas a cargo de la Administración en una realidad contemplada, por otra parte, por el Anteproyecto en relación con la concesión de obras, susceptible de aplicar con carácter supletorio a la de servicios (ex ALCSP, 295), por tanto, en los supuestos relativos a:

- El *compromiso* requerido en el PCAP a los *licitadores* en los casos de *financiación mixta* sobre la «*propuesta del porcentaje de financiación con cargo a recursos públicos, por debajo de los establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares*» (art. 248.1.c.5).

- La determinación que, aunque no se cite expresamente y en congruencia con la mención anterior, deberá consignarse en el PCAP sobre el *Sistema de retribución del concesionario*, en el que «*se incluirán las opciones posibles sobre las que deberá versar la oferta*» (art. 248.1.d), con la incorporación relativa a la aportación de la Administración en el supuesto de la financiación mixta.

- La previsión según la cual «*la retribución por la utilización de la obra (léase prestación del servicio) podrá ser abonada por la Administración teniendo en cuenta el grado de disponibilidad ofrecido por el concesionario y/o su utilización por los usuarios, en la forma prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En caso de que la retribución se efectuase mediante pagos por disponibilidad deberá preverse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la inclusión de índices de corrección automáticos por nivel de disponibilidad independientes de las posibles penalidades en que pueda incurrir el concesionario en la prestación del servicio*» (art. 265.4).

A su vez, y de acuerdo con lo previsto en el Anteproyecto, en las concesiones en que el derecho de explotación vaya acompañado de un precio, resultarán de aplicación las determinaciones generales del mismo (ALCSP, 102), objeto ya de análisis detallado (epígrafe 4.3.5.2).

Precisado todo lo anterior, lo realmente relevante es la *transferencia del riesgo al contratista*, lo que determina la calificación de concesión del contrato, a tenor de la tesis restrictiva, y que descarta la aplicación del resto de modalidades del contrato de gestión de servicios públicos, en el marco aún del TRLCSP/2011.

Situados ya frente al ALCSP, y con las Directivas 2014/23 y 24/UE en vigor, la redacción sigue admitiendo las dos modalidades de contraprestaciones económicas (art. 287.1):

«*El concesionario tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, entre las que se incluirá, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración.*»

Bien que el criterio para que pueda subsumirse en la figura de la concesión es que *el derecho de explotación de los servicios implique la transferencia al concesionario del riesgo operacional*, definido así:

«Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable» (ALCSP, 15.2 en relación con 14.4.2º pfo).

El precepto transcrito no fue modificado y ello pese a que, en relación con el ALCSP/A/2015, haciéndose eco de lo expuesto en relación con las diferentes manifestaciones de la retribución económica abonada al concesionario por la Administración, la JCCA de Aragón «propone reiterar la disposición prevista en el art. 265.4 de Anteproyecto, introduciéndola (con leves adaptaciones) en el artículo 287.1». ³⁶² No fue atendida su propuesta en el ALCSP/O/2015. A reserva de que en el futuro se corrija mediante su réplica en la regulación de la concesión de servicios, la otra opción pasa por la aplicación supletoria de la previsión de la concesión de obras, dado que es incuestionable que en tanto que concesión, a la de servicios le alcanza también la posibilidad de que la retribución del concesionario vaya ligada al riesgo de disponibilidad. ³⁶³

Analizadas las determinaciones jurídico-formales establecidas sobre la subvención, precio o pago, esa visión teórica puede complementarse con la empírica expuesta en la relación de *experiencias de contraste* de ayuntamientos y otras entidades locales (epígrafes 9.2 y 9.3, respectivamente), entre cuyos aspectos seleccionados se encuentra el relativo a las cantidades que la Administración titular del servicio satisface al concesionario por su prestación.

³⁶² Informe 8/2015, de 20.5, de la JCCA de Aragón en relación con el ALCSP de abril de 2015 (pág. 40).

³⁶³ En el mismo sentido, el referido Informe 8/2015 de la JCCA de Aragón (pág. 40).

4.8.4. El canon³⁶⁴

a) Configuración normativa

Otro elemento que incide en la ecuación económico-financiero de la concesión es el canon, entendido como aquella cantidad que paga el concesionario a la Administración titular del servicio por la explotación de éste. El canon puede o no incluirse en la concesión, consignándose ese carácter potestativo en el RS/1955 (art. 115.8), al enumerar las cláusulas del pliego y referirse al «*canon o participación que hubiere de satisfacer, en su caso, el concesionario a la Corporación*»; en sentido análogo se expresa el RGLCAP/2001, sobre el PCAP del contrato de gestión de servicios públicos (art. 67.4.e).

También el Anteproyecto de 2015 establece que «*los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas (...), en su caso, fijarán (...) el canon o participación que hubiera de satisfacerse a la Administración*» (art. 283.1 *in fine*), reproduciendo a su vez lo que establece el TRLCSP (133.1 *in fine*). Con todo, y atendida su incidencia, sería conveniente incorporar una previsión normativa en el futuro proyecto de ley, no solo para incluir la consideración del canon entre las prestaciones económicas que concurren en la concesión, sino también para establecer los parámetros dentro de los cuales pueden articularse las diversas alternativas de configuración del mismo, y evitar así algunos de los problemas que se plantean en la práctica y a los que luego se hace referencia.³⁶⁵

Naturalmente, el abono del canon por el concesionario presupone que en la explotación del servicio una parte de su retribución cubrirá la cantidad destinada a dicho abono, y de ahí la posibilidad de que las tarifas sean excedentarias.³⁶⁶

³⁶⁴ Referencias bibliográficas: ALBI CHOLBI (1960: 562-563), BLANQUER CRIADO (2012: 864-878) y VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA (2004: 427 y siguientes).

³⁶⁵ Precisamente, en relación con el art 287 del ALCSP, sobre *prestaciones económicas*, el Consejo de Estado manifiesta que «debe señalar que no es infrecuente que los pliegos de cláusulas administrativas particulares impongan al concesionario el pago de un canon a favor de la Administración titular del servicio. Esta posibilidad no está contemplada en el anteproyecto. Por otra parte, la regulación de la materia es manifiestamente insuficiente. Solo está prevenida en el artículo 115.8^a del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Real Decreto de 17 de junio de 1955. Por ello, se considera que debiera introducirse una sucinta regulación de la cuestión» (Dictamen núm 1116/2015, de 10.3.2016, p. 247).

³⁶⁶ Tal como prevé el art. 149.1 del RS/1955, «*la cuantía de las tarifas de los servicios públicos de competencia municipal o provincial podrá ser igual, superior o inferior al costo del servicio,*

b) Posibilidades y límites en la fijación del canon

Vistas las previsiones normativas específicas relativas al canon, cabe complementarlas con las consideraciones siguientes:

1ª Es indiscutible que la legislación admite la posibilidad de establecer un canon a satisfacer por el concesionario a la Administración titular del servicio, si bien no define ni su naturaleza jurídica, ni sus límites.

2ª Sobre su naturaleza jurídica, se ha afirmado que «no es un ingreso patrimonial, ni un precio público, ni tampoco un tributo; mucho menos una multa o una sanción... ¿entonces qué es? (...) ¿acaso una subvención que otorga el concesionario a quien ostenta la titularidad del servicio?; ¿se trata de una donación en beneficio de la Administración por pura liberalidad del adjudicatario del contrato?»³⁶⁷

A mi juicio, no constando de manera indubitada tal naturaleza, quizá lo más adecuado sea considerar el canon como un ingreso de derecho público que, en el marco de un contrato, se justifica sobre la base de unas tarifas excedentarias.³⁶⁸

según aconsejaren las circunstancias sociales y económicas relevantes en orden a su prestación».

Y el mismo precepto 149 completa la previsión sobre el destino del excedente (apartado 3) y sus límites (4):

«3. Si la tarifa se calculare para que sus productos excedieren del costo del servicio, el sobrante se aplicara al destino a que hubiere lugar, según los casos.

4. Las tarifas por prestación de servicios de primera necesidad o relativos a la alimentación o vestido no suntuarios no excederán del costo necesario para la financiación de los mismos».

³⁶⁷ BLANQUER CRIADO (2012: 867).

³⁶⁸ Así, la STS de 30.11.2011 (Ar 2002/192), reiterando la doctrina expuesta en la STS de 3.5.2001 (Ar 3433), distingue las finalidades de las tarifas y el canon (FJ 2º, 2º párrafo):

*«No puede prosperar tal motivo de casación por cuanto que si bien es cierto, a tenor de lo que resulta del art. 115, 6º y 8º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 (RCL 1956, 85; NDL 22516), que son tarifas lo que el concesionario hubiere de percibir del público, y canon la participación que hubiere de satisfacer, en su caso, el concesionario a la Corporación, lo que implica que tarifa y canon responden a una finalidad distinta y que aquélla constituye la contraprestación en favor del concesionario y a cargo del público usuario, y que **el canon es la suma que el concesionario ha de abonar a la Administración precisamente por razón de la concesión**, nada debe obstar a que, pedida y obtenida por el concesionario la revisión de las tarifas, la Administración fijara al mismo tiempo el canon correspondiente, de conformidad con el art. 37 del Pliego de Condiciones, al ser aquél revisable anualmente en la misma proporción en que varíe el índice de precios al consumo y al poder coexistir revisión de canon y revisión de tarifas, sin que a ello obste que se contemplen en cláusulas distintas del Pliego de Condiciones ni que sean diferentes, máxime cuando entre uno y otras concurre una igual finalidad de contraprestación, cuando para ambos se prevén criterios de revisión, cuando responden a la necesidad de*

3ª Naturalmente ese ingreso debe contextualizarse y sus límites vendrán dados por su inserción en el contrato de concesión, su vinculación con la ecuación económica que lo rige y por la aplicación del principio de proporcionalidad.

4ª Así, en primer término, desbordaría tales límites la fijación de las denominadas aportaciones voluntarias o primas de adjudicación, la cual ha sido rechazada por la JCCA de la AGE en términos expresivamente contundentes.³⁶⁹

mantener ese equilibrio económico financiero que constituye la esencia de un contrato como el celebrado entre las partes, cuando, precisamente por ello, canon y tarifas están interrelacionados, y cuando, por tanto, la procedencia de la revisión de uno y de otras arranca del mismo momento, sin que haya razón alguna para establecer un diferente día inicial para la revisión de cada una de aquellas cantidades, de modo que por ningún lado observamos infracción de los preceptos que se citan por parte de la sentencia de instancia.»

³⁶⁹ El IJCA de la AGE núm. 44/95, de 21.12, dice lo siguiente:

«Inclusión de determinadas cláusulas sobre aportaciones voluntarias, como primas de adjudicación por las empresas adjudicatarias, en los pliegos de condiciones que rigen la contratación de los servicios públicos en las Corporaciones Locales». 2.3. Contratos de gestión de servicios públicos. Pliegos de cláusulas administrativas particulares.

ANTECEDENTES

Por D. Francisco Jardón Arango, Presidente de la Asociación de Empresas de Limpieza Pública (ASELIP) se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa escrito con el siguiente contenido:

«I - Que en los pliegos de condiciones que rigen la contratación de los servicios públicos de las Corporaciones Locales se viene observando, cada vez con mas frecuencia, la inclusión en los mismos de una serie de cláusulas que, al modo de ver de la Asociación que me honro en representar, podrían vulnerar la propia esencia del contrato que se pretende adjudicar, al ocultarse bajo su inofensiva apariencia otros propósitos de la Corporación, ajenos del todo a su causa y a su objeto.

En este sentido, algunas condiciones de estos pliegos establecen una denominada "prima de adjudicación", sentando al efecto que los licitadores ofertarán, además del precio por el que prestarán los servicios, una cantidad determinada en cada caso, que se comprometen a ingresar en las arcas municipales, caso de resultar adjudicatario, una vez resuelto el concurso, en un plazo fijo a partir del acuerdo de adjudicación y con posterioridad a la firma del contrato.

En otras condiciones se señala que los licitadores podrán ofrecer una aportación voluntaria en metálico, en la cuantía que estimen conveniente, independientemente de la fianza definitiva que preceptivamente deban constituir en virtud de la legislación contractual. Añadiéndose en estos caso que el importe de la aportación voluntaria deberá ser ingresado en el Ayuntamiento en un plazo fijo contado a partir de la notificación de adjudicación, y que esa aportación será objeto de devolución, mediante anualidades, a partir de una fecha fijada en cada caso, hasta el término de la concesión.

En base a estas exigencias, en una condición posterior de estos Pliegos se exponen, como elementos determinantes para efectuar la selección de la oferta a la que habrá de adjudicársele el contrato, la mayor prima de adjudicación y la aportación voluntaria, a las que se acaba de hacer mención, precisándose, por lo que a esta última concierne, que su cuantía no sea inferior a una cantidad determinada.

II - Llegados a este punto, se pone claramente de manifiesto, como ya se ha puesto de relieve, la primacía de las aportaciones económicas que ha de efectuar el adjudicatario a la Corporación, sobre otros aspectos esenciales del contrato objeto de concurso. Por ello, y habida cuenta que la introducción de este tipo de cláusulas se están convirtiendo, por desgracia, en práctica habitual en los contratos de gestión de servicios públicos locales, es menester solicitar de la Junta a la que respetuosamente me dirijo, el oportuno y pertinente pronunciamiento acerca de su naturaleza jurídica, y de la legalidad y adecuación a nuestro

5ª También sería contrario a ese principio de proporcionalidad y a la lógica de la ecuación económica de la concesión prever el pago íntegro del canon concesional al inicio del contrato, como ha advertido igualmente la JCCA de la AGE.³⁷⁰

ordenamiento jurídico de la exigibilidad de estas prestaciones y, más concretamente, a la nueva Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

Y en su virtud,

Solicito a esa Junta Consultiva, que habiendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo, y en méritos de cuanto en él ha quedado dicho, se pronuncie acerca de la legalidad del contenido de las cláusulas a las que se ha hecho debida mención, y de la exigencia de las obligaciones dimanantes de las misma para el que pretenda ser concesionario o arrendatario de un servicio público."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

No resultan necesarias extensas consideraciones para afirmar que las llamadas "prima de adjudicación" y "aportaciones voluntarias en metálico" constituyen serias irregularidades en el procedimiento de adjudicación de los contratos, si, como se afirma en el escrito de consulta, la mayor prima de adjudicación y la mayor aportación voluntaria se convierten en elementos determinantes a la hora de seleccionar las ofertas y se establece un mínimo para la llamada aportación voluntaria.

Esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que la esencia de la licitación pública radica en que las ofertas económicas se hagan sobre la base del presupuesto de licitación sin que puedan ser alteradas por primas o aportaciones a satisfacer por el adjudicatario, lo que en realidad puede lindar con actividades delictivas y, en todo caso, suponen una alteración de los principios de libre concurrencia y adjudicación objetiva de los contratos públicos inherentes a la contratación que en todo momento deben ser aplicados con estricta rigurosidad por las Administraciones Públicas.

En cualquier caso, a mayor abundamiento, conviene señalar que tampoco podría admitirse las fórmulas propuestas como medio de financiación de las Entidades Locales, ya que deben considerarse irregulares, teniendo en cuenta lo dispuesto en las disposiciones reguladoras de dicha financiación.»

³⁷⁰ El IJCA de la AGE núm. 67/04, de 11.3, se expresa en los siguientes términos:

«Posibilidad de pago del canon concesional de una sola vez al inicio de la concesión».

Clasificación de los informes: 5.3 Modalidades de pago. 22.3. Concesión y explotación de obras públicas en el ámbito de los contratos de gestión de servicios públicos.

ANTECEDENTES

Por el Alcalde del Ayuntamiento de Astillero (Cantabria) se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa escrito del siguiente tenor literal:

«En el Ayuntamiento se ha presentado una empresa de gestión del agua cuya propuesta más significativa es la anticipación total del canon concesional en un solo y único pago, en una suerte de contrato de obra con abono total del precio pero en sentido inverso. La secretaría duda de la legalidad de esta forma de pago por varios motivos:

1. Por cuanto pudiera tratarse de una operación de crédito encubierta y atípica no recogida en el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales y contraria a la Ley de Estabilidad Presupuestaria, además de ello no recogida como operación de crédito en la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

2. No se ajusta al principio de acomodación de la prestación al pago de la misma. Esto es, se está anticipando el pago de la prestación (canon concesional) sin haberse ejecutado la prestación del servicio y cobro de tarifas. Recuérdese en este sentido que el artículo 14 del T.R. de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas señala que el precio de los contratos se abonará "en función de la prestación realmente efectuada", sin que el Título II del Libro II dedicado al contrato de gestión de los servicios públicos contemple ninguna especialidad en este sentido. Tampoco podemos encontrar dicha especialidad en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, parcialmente derogado por el Reglamento General de Contratos de 12 de octubre de 2001. El Título III de este Reglamento no contempla para la concesión de servicios ninguna modalidad especial para su régimen financiero, salvo el art. 129 que habla de las retribuciones del concesionario y el Art. 115.8 que

habla del canon concesional. Solicitamos de su prestigiosa institución, nos informe al respecto».

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Como en el escrito se señala la única cuestión que se plantea es conocer si es admisible una proposición que presenta un candidato a la adjudicación de un contrato de gestión de servicios públicos en la que se oferta el pago al Ayuntamiento de la totalidad del canon concesional de una sola vez al inicio de la concesión.

2. En primer lugar debe advertirse que son muy pocos los datos que el Alcalde de Astillero aporta en su consulta toda vez que se desconoce toda referencia posible en el pliego de cláusulas administrativas particulares a las cuestiones relativas a la duración del contrato, al pago del precio, a los actos referidos al control de la prestación por parte del contratista, que permitan poder establecer las premisas necesarias para conocer la situación concreta que se plantea.

Consecuentemente esta Junta Consultiva tan solo puede fijar criterios básicos que se relacionan con la cuestión y en base a los mismos valorar si es o no viable tal oferta.

3. La regulación del precio y las cuestiones relativas a su pago se efectúan básicamente en el artículo 14 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que señala en su apartado 1 que el precio se abonará al contratista en función de la prestación realmente efectuada y de acuerdo con lo convenido. Las restantes normas que a lo largo de la Ley y de su Reglamento se refieren a la cuestión se formulan desde la misma perspectiva que, sin ser común a todos los contratos, es la que predomina de manera muy significativa, es decir desde la perspectiva de que es el órgano de contratación quien abona el precio del contrato y no quien lo recibe, si bien hay que advertir que el artículo 158.1 de la Ley, al regular los contratos de gestión de servicios públicos, se prevén los pagos que el contratista deba satisfacer a la Administración, cuando así procediera, y que el artículo 67.4 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, distingue en la letra d) el precio o contraprestación económica a abonar por el órgano de contratación de lo relativo al canon a satisfacer a la Administración por el contratista que se incluye en la letra e), precisión esta última que también viene exigida por el artículo 115.8.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

En tal sentido, la falta de conocimiento de las cláusulas contenidas en el pliego constituyen un especial obstáculo para poder expresar el criterio solicitado.

Realizada tal precisión, es importante señalar que la interpretación de tales preceptos no debe imponer una interpretación literal de los mismos sino que han de ser considerados respecto del supuesto concreto que se plantea, como es que es el contratista quien abona el precio.

Conforme a lo establecido en el artículo 14.1 de la Ley es evidente que el órgano de contratación está facultado para determinar como se ha de abonar el precio del contrato durante su vigencia y que, conforme a lo establecido el artículo 49, también de la Ley, y el artículo 67 del Reglamento, tal aspecto debe estar contemplado en el pliego de cláusulas administrativas particulares, pero también lo es que las proposiciones han de adecuarse a lo establecido en los pliegos sin que quepa incluir en las mismas aspectos distintos de lo especificados en los mismos, excepción hecha del contenido de las variantes respecto de aquellos supuestos en que puedan admitirse y así se determina en el artículo 79.1 de la Ley.

La proposición, en sí misma extraña, rompe con el precepto de que la remuneración de los contratos debe efectuarse en función de la prestación realizada, o dicho de otra manera después de que el órgano de contratación ha realizado la comprobación parcial o total del objeto del contrato.

La posible ausencia de una especial regulación de una distinta forma de remuneración establecida en el pliego en base a las posibilidades de convenir, cuando así sea posible, los aspectos relativos a cuándo, cómo y en función de qué comprobaciones proceden efectuarse los pagos, conduce a estimar que tal posibilidad carece de viabilidad en los términos en que se plantea, en la consideración de que el pretendido anticipo de tal remuneración no se contrasta con las remuneraciones que se prevén existan en el contrato como consecuencia de la percepción por el contratista de las tarifas que los usuarios abonarán a la empresa concesionaria de la gestión del servicio público, aspectos que acertadamente expresa la Secretaría municipal.

CONCLUSIÓN

6ª En términos análogos se ha calificado el establecimiento como criterio de adjudicación determinante el importe del canon, pues de ello resultaría «una subasta al alza (...) (toda vez que) la relevancia del canon al alza debe ser relativa y secundaria, nunca suficiente para determinar o condicionar de forma sustancial la adjudicación del contrato de gestión (...). La puja al alza no puede desnaturalizar el concurso y encubrir una subasta convocada para conocer quién ofrece a la Administración un peaje superior para obtener el título concesional».³⁷¹

7ª El canon debe articularse en vinculación directa con el servicio objeto de la concesión, debiéndose descartar otros supuestos en los que no se produzca esa vinculación.³⁷²

Por lo expuesto, y en base a los datos aportados, esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa estima que no es posible admitir una oferta que proponga el abono total de canon de la concesión. Si pudiera admitirse debería necesariamente figurar en el pliego de cláusulas administrativas particulares con el necesario detalle de cuantos aspectos de todo orden se relacionen con tal posibilidad».

³⁷¹ BLANQUER CRIADO (2012: 873-874).

³⁷² Véase a este respecto la valoración que efectúa la JCCA de la AGE en su Informe núm. 61/2011, de 7.6.2012 que, en relación con la concesión del servicio de «transferencia y el tratamiento de los residuos de construcción, demolición, voluminosos y neumáticos fuera de uso de la Isla de Mallorca y la redacción de los proyectos técnicos y la ejecución de las obras e instalaciones necesarios para la realización del contrato» y la consulta formulada por el Consell Insular de Mallorca, establece las conclusiones siguientes:

«1. Estaremos ante un contrato de gestión de servicio público cuando se cumplan los requisitos que se derivan del artículo 155 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y que han sido objeto de amplia elaboración doctrinal, esto es: la “publicatio” de la actividad o declaración de la misma como “servicio público”, la determinación de su régimen jurídico de manera que se haga la correspondiente atribución competencial al Consell y se establezca el alcance de las prestaciones a favor de los administrados, que la actividad sea susceptible de explotación económica y, por último, que su prestación no implique el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos. Considerada la naturaleza de la actividad objeto del contrato y el artículo 25.2.1) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, esta Junta Consultiva entiende que la misma es susceptible de cumplir los cuatro requisitos enumerados.

2. La remuneración del contratista se hace a través del pago de tarifas, prefijadas por el Consell y debidamente actualizadas en cada momento, pagaderas por los usuarios del servicio en función del uso que le den al mismo. Adicionalmente, el contratista se obliga a realizar una inversión previa nada despreciable (52.666.548 euros) en instalaciones necesarias para la prestación del servicio público, inversión esta que el empresario deberá amortizar a través del cobro de las correspondientes tarifas durante el plazo contractual que se fija en 25 años. Por último, el contratista se obliga a pagar al Consell de Mallorca un canon mínimo anual sustancial (1.102.956 euros) que, al estar configurado como un mínimo, minora su beneficio y, por lo tanto, contribuye a acentuar el riesgo propio de la explotación económica de la prestación del servicio público en cuestión. Así cabe concluir que en el contrato que nos ocupa existe claramente asunción del riesgo de explotación por parte del empresario-contratista por lo que procede calificar el contrato de gestión de servicio público bajo la modalidad de concesión administrativa.

8ª En definitiva, se trata de configurar un canon en términos de proporcionalidad, sobre la base de que se puede combinar un componente fijo y otro variable (en forma de porcentaje, por ejemplo), en función de la utilización del servicio por los usuarios u otros parámetros objetivos.³⁷³

Una vez examinadas las consideraciones jurídico-formales formuladas sobre el canon, esa visión teórica puede complementarse con la empírica expuesta en la relación de *experiencias de contraste* de ayuntamientos y otras entidades locales (epígrafes 9.2 y 9.3, respectivamente), entre cuyos aspectos seleccionados se encuentra el relativo a esa cantidad que el concesionario abona a la Administración titular del servicio en el concepto señalado de canon.

4.8.5. La revisión de precios

4.8.5.1. Introducción

Tal como se ha anticipado, la revisión de precios es un tema de complejidad elevada como consecuencia, de un lado, de un cambio en la política legislativa que se concreta en la denominada *desindexación de la economía española*, positivizada en la L 2/2015, y, de otro, en los regímenes transitorios a los que ha dado lugar.

Como se recordará, el art. 287.2 del ALCSP se pronuncia en los siguientes términos:

«Las contraprestaciones económicas pactadas, que tendrán la naturaleza de tarifa, serán revisadas, en su caso, en la forma establecida en el contrato, que se ajustará, en todo caso, a lo previsto en el Capítulo II del Título III del Libro Primero de la presente Ley, relativo a la revisión de precios en los contratos de las entidades del sector público.»

3. La conclusión de que el desglose de cánones en "canon de concesión", "canon de concienciación" y "canon de inspección, control y seguimiento" no altera la naturaleza jurídica del contrato como de gestión de servicio público bajo la modalidad de concesión debe hacerse; sin perjuicio de que, bajo el prisma del principio de caja única, no resulte apropiado vincular, aunque solo sea nominativamente, el pago de un canon por el concesionario a un gasto particular del Consell, como es el que ocasiona la actividad de inspección y de control o la contratación con terceros de campañas de concienciación ciudadana».

³⁷³ En este sentido, BLANQUER CRIADO (2012: 871) y ALBI CHOLBI (1960: 562 y 563).

El régimen de revisión de precios se concreta en los art. 103 a 105 del Anteproyecto, sobre los cuales cabe formular algunas puntualizaciones:

1ª El redactado del 103 se corresponde con el introducido en el art. 89 del TRLCSP por la L 2/2015, de 30.3, *de desindexación de la economía española* (DF 3.3), con la excepción que se indicará. Sobre la revisión de precios, el Anteproyecto se pronuncia así:

«Artículo 103. Procedencia y límites

1. Los precios de los contratos del sector público solo podrán ser objeto de revisión periódica y predeterminada en los términos establecidos en este Capítulo.

No cabrá la revisión periódica no predeterminada o no periódica de los precios de los contratos.

Se entenderá por precio cualquier retribución o contraprestación económica del contrato, bien sean abonadas por la Administración o por los usuarios.

2. Previa justificación en el expediente y de conformidad con lo previsto en el real decreto al que se refieren los artículos 4 y 5 de la Ley 2/2015, de desindexación de la economía española, la revisión periódica y predeterminada de precios solo se podrá llevar a cabo en los contratos de obra, en los contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas y en aquellos otros contratos en los que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años. Dicho período se calculará conforme a lo dispuesto en el real decreto anteriormente citado.

No se considerarán revisables en ningún caso los costes asociados a las amortizaciones, los costes financieros, los gastos generales o de estructura ni el beneficio industrial. Los costes de mano de obra de los contratos distintos de los de obra, suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, se revisarán cuando el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años y la intensidad en el uso del factor trabajo sea considerada significativa, de acuerdo con los supuestos y límites establecidos en el real decreto.

3. En los supuestos en que proceda, el órgano de contratación podrá establecer el derecho a revisión periódica y predeterminada de precios y fijará la fórmula de revisión que deba aplicarse, atendiendo a la naturaleza de cada contrato y la estructura y evolución de los costes de las prestaciones del mismo.

4. El pliego de cláusulas administrativas particulares o el contrato deberán detallar, en tales casos, la fórmula de revisión aplicable, que será invariable durante la vigencia del contrato y determinará la revisión de precios en cada fecha respecto a la fecha de adjudicación del contrato, siempre que la adjudicación se produzca en el plazo de tres meses desde la finalización del plazo de presentación de ofertas, o respecto a la fecha en que termine dicho plazo de tres meses si la adjudicación se produce con posterioridad.

5. Cuando proceda, la revisión periódica y predeterminada de precios en los contratos del sector público tendrá lugar, en los términos establecidos en este Capítulo, cuando el contrato se hubiese ejecutado, al menos, en el 20 por 100 de su importe y hubiesen transcurrido dos años desde su formalización. En consecuencia el primer 20 por 100 ejecutado y los dos primeros años transcurridos desde la formalización quedarán excluidos de la revisión.

6. El Consejo de Ministros podrá aprobar, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y de la Comisión Delegada del Gobierno para

Asuntos Económicos, fórmulas tipo de revisión periódica y predeterminada para los contratos previstos en el apartado 2.

A propuesta de la Administración Pública competente de la contratación, el Comité Superior de Precios de Contratos del Estado determinará aquellas actividades donde resulte conveniente contar con una fórmula tipo, elaborará las fórmulas y las remitirá para su aprobación al Consejo de Ministros.

Cuando para un determinado tipo de contrato, se hayan aprobado, por el procedimiento descrito, fórmulas tipo, el órgano de contratación no podrá incluir otra fórmula de revisión diferente a ésta en los pliegos y contrato.

7. Las fórmulas tipo que se establezcan con sujeción a los principios y metodologías contenidos en el real decreto referido en el apartado 2 de la presente disposición reflejarán la ponderación en el precio del contrato de los componentes básicos de costes relativos al proceso de generación de las prestaciones objeto del mismo.

8. El Instituto Nacional de Estadística elaborará los índices mensuales de los precios de los componentes básicos de costes incluidos en las fórmulas tipo de revisión de precios de los contratos, los cuales serán aprobados por Orden del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, previo informe del Comité Superior de Precios de Contratos del Estado.

Los índices reflejarán, al alza o a la baja, las variaciones reales de los precios de la energía y materiales básicos observadas en el mercado y podrán ser únicos para todo el territorio nacional o particularizarse por zonas geográficas.

Reglamentariamente se establecerá la relación de componentes básicos de costes a incluir en las fórmulas tipo referidas en este apartado, relación que podrá ser ampliada por Orden del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado cuando así lo exija la evolución de los procesos productivos o la aparición de nuevos materiales con participación relevante en el coste de determinados contratos o la creación de nuevas fórmulas tipo de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley y su desarrollo.

Los indicadores o reglas de determinación de cada uno de los índices que intervienen en las fórmulas de revisión de precios serán establecidos por Orden del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, a propuesta del Comité Superior de Precios de Contratos del Estado.

9. Cuando resulte aplicable la revisión de precios mediante las fórmulas tipo referidas en el apartado 6 de la presente disposición, el resultado de aplicar las ponderaciones previstas en el apartado 7 a los índices de precios, que se determinen conforme al apartado 8, proporcionará en cada fecha, respecto a la fecha y períodos determinados en el apartado 4, un coeficiente que se aplicará a los importes líquidos de las prestaciones realizadas que tengan derecho a revisión a los efectos de calcular el precio que corresponda satisfacer».

2ª La excepción a la traslación del art. 89 del TRLCSP se localiza en el segundo párrafo del apartado 5 de éste, el cual, después de haber excepcionado de la revisión de precios «el primer 20 por 100 ejecutado y los dos primeros años transcurridos desde la formalización (del contrato)», añade:

«No obstante, en los contratos de gestión de servicios públicos, la revisión de precios podrá tener lugar transcurridos dos años desde la formalización del contrato, sin que sea necesario haber ejecutado el 20 por 100 de la prestación.»

No creo que la supresión del CGSP en el ALCSP (103.5) avale esta omisión; al contrario, opino que debía haberse reproducido el párrafo, si bien –siguiendo la lógica del Anteproyecto- refiriéndolo a la *concesión de servicios*, atendido que ésta mantiene el carácter de *contrato de actividad*, y no de resultado, por lo que carece de sentido la exigencia sobre el porcentaje ejecutado del contrato.

3ª Sobre la aplicación de este nuevo régimen de revisión de precios hay que precisar que queda diferido hasta la aprobación al desarrollo reglamentario al cual aluden tanto la L 2/2015 (4 y 5), como el TRLCSP (89.2) y el ALCSP (103.2). Dicho desarrollo todavía no se ha producido, pendencia del todo anómala toda vez que la propia Ley de desindexación establece el mandato de que en el plazo de 4 meses desde su entrada en vigor, lo que tuvo lugar el 1 de abril de 2015, «*deberá aprobarse el real decreto citado en el artículo 4.3*».³⁷⁴

En tanto llega esa aprobación, y ciñéndonos al objeto de nuestro trabajo, pueden diferenciarse tres regímenes jurídicos aplicables bien al CGSP (bajo el criterio del TRLCSP), bien a la concesión de servicios (según el ALCSP):³⁷⁵

a) En el caso de que se trate de contratos que se hayan iniciado antes del 1.1.2014 (entrada en vigor de la Disposición Adicional 88ª de la LPGE para 2014, L 22/2013),

³⁷⁴ Vencido con creces el plazo del 1 de agosto de 2015, no se encuentra explicación razonable a la dilación que comporta la inaplicación de la propia Ley 2/2015. Sobre lo sucedido, y como se ha señalado en términos muy críticos (JIMÉNEZ MARCONI, 2015), se ha generado una situación de absoluta inseguridad jurídica en el ámbito de la contratación pública, no está en vigor la ley de desindexación, pero sí una disposición adicional aprobada por la Ley de Presupuestos (de 2014) que ha prohibido la revisión de precios con arreglo a índices (generales), sin decir cómo debe hacerse dicha revisión. Y continua diciendo que la ley ha previsto que no sea posible la revisión no periódica y la revisión periódica no predeterminada; la ley, inicialmente, pretendía evitar revisiones automáticas y fórmulas polinómicas y, al final, acaba aprobándose en el sentido contrario: la regla general será la de las fórmulas polinómicas, y las revisiones *ad hoc*, específicas, justificadas, no serán posibles; nadie entiende qué ha pasado; tampoco el Gobierno, que reconoce que en la próxima modificación legislativa habrá que corregir los errores.

Ciertamente, en el curso de una Jornada sobre contratación en el INAP (10.11.2015, 1ª mesa redonda, coloquio), yo mismo formulé la pregunta sobre qué sucedía con el desarrollo reglamentario a dos altos cargos de los Ministerios de Hacienda y Administraciones Públicas y Fomento, sin que se diera respuesta sobre la misma; puede consultarse el registro (minutos 27:42 y 32:10) en:

http://www.inap.es/mediateca?p_p_id=contentviewerservice_WAR_alfresco_packportlet&p_p_li fecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&p_p_col_id=columna-1&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&contentviewerservice_WAR_alfresco_packportlet_struts_action=%2Fcontentviewer%2Fview&contentviewerservice_WAR_alfresco_packportlet_nodeName=JORNADAS_DE_CONTRATACION_PUBLICA_1333899.gcl&contentType=notice

³⁷⁵ En este sentido, véase la Recomendación de la JCCA de la AGE de 19.5.2015.

entendiendo a estos efectos que los expedientes de contratación habían sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato o aprobado el pliego de cláusulas administrativas particulares en el procedimiento negociado sin publicidad, les será aplicable el art. 89 del TRLCSP, en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, o, en su caso, la normativa de contratación pública anterior que resulte de aplicación en función del momento en que se haya iniciado el expediente.

b) A los contratos iniciados a partir del 1 de enero de 2014 y hasta que se produzca la entrada en vigor del art. 89 del TRLCSP, en la redacción dada por la Ley 2/2015, de Desindexación, lo que tendrá lugar con la aprobación futura del real decreto de desarrollo de esta Ley, les resultará de aplicación el régimen establecido en la DA 88^a de la LPGE para 2014.

c) Finalmente, a los contratos iniciados a partir de la aprobación de ese futuro real decreto se les aplicará como norma general la contenida en el artículo 6 de la Ley de Desindexación, en el que se establece que el régimen de revisión de precios se regirá por lo dispuesto en el art. 89 del TRLCSP, en la redacción dada por dicha ley y cuyo texto coincide con el del art.103.2 del ALCSP, salvo la omisión indicada.

Pasamos a analizar las características de cada uno de estos regímenes de revisión de precios, bien que con las limitaciones que resultan de la pendencia del desarrollo reglamentario señalada.³⁷⁶

Antes no obstante, y como visión panorámica y empírica previa, pueden consultarse los diferentes supuestos descritos en la relación de *experiencias de contraste* de ayuntamientos y otras entidades locales (epígrafes 9.2 y 9.3, respectivamente), entre cuyos aspectos seleccionados se encuentra el relativo a la revisión de precios prevista en el contrato.³⁷⁷

³⁷⁶ Referencias bibliográficas: AGUDO GONZÁLEZ (2014 y 2015); CEA AYALA (2015); LOZANO CUTANDA y FERNÁNDEZ PUYOL (2015) y MERLOS ROMERO (2015).

³⁷⁷ El régimen de revisión aplicable dependerá de la fecha del inicio del expediente (publicación en el diario oficial): si anterior al 1.1.2014, el regulado en el hoy derogado art. 89 del TRLCSP (analizado en el epígrafe 4.8.5.2.); si a partir de la referida fecha, el previsto en la DA 88^a de LPGE/2014 (estudiado en el epígrafe 4.8.5.3).

4.8.5.2. Régimen de revisión de precios vigente para los contratos iniciados antes del 1 de enero de 2014

Sobre estos contratos el régimen aplicable se caracteriza por los siguientes criterios generales:

1ª Sobre su procedencia hay que recordar lo que disponía el art. 89.1 del TRLCSP en su redacción inicial:

«La revisión de precios en los contratos de las Administraciones Públicas tendrá lugar, en los términos establecidos en este Capítulo (Capítulo II, del Título III, del Libro I) y salvo que la improcedencia de la revisión se hubiese previsto expresamente en los pliegos o pactado en el contrato, cuando éste se hubiese ejecutado, al menos, en el 20 % de su importe y hubiese transcurrido un año desde su formalización. En consecuencia, el primer 20 % ejecutado y el primer año transcurrido desde la formalización quedarán excluidos de la revisión.

No obstante, en los contratos de gestión de servicios públicos, la revisión de precios podrá tener lugar una vez transcurrido el primer año desde la formalización del contrato, sin que sea necesario haber ejecutado el 20 % de la prestación.»

2ª La revisión debía preverse en el PCAP, tal como prescribía el TRLCSP:

2ª.a) Con carácter general: *«El pliego de cláusulas administrativas particulares o el contrato deberán detallar, en su caso, la fórmula o sistema de revisión aplicable»* (TRLCSP, 89.3).

2ª.b) Específicamente para el contrato de gestión de servicios públicos: *«Las contraprestaciones económicas pactadas serán revisadas, en su caso, en la forma establecida en el contrato»* (TRLCSP, 281.2).

3ª La revisión de precios ordinaria, esto es la prevista, no era considerada por la Ley como uno de los supuestos de modificación del contrato y, en consecuencia, no debía sujetarse a las determinaciones que la regían.³⁷⁸

³⁷⁸ Esta es la conclusión que resulta del primer inciso del art. 105.1 del TRLCSP, referido, precisamente, a los «supuestos» de modificación de los contratos, al excluirla en los siguientes términos:

«Sin perjuicio de los supuestos previstos en esta Ley de sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución, los

4ª Distinto es el supuesto de la revisión extraordinaria que, en su caso, acontece de resultas de la alteración del equilibrio económico y a la que nos referiremos más adelante.

5ª El resto del Capítulo II, del Título III, del Libro I del TRLCSP establecía determinaciones sobre el «sistema de revisión de precios» (art. 90), las «fórmulas» (art. 91), el «coeficiente de revisión» (art. 92), la «revisión en casos de demora en la ejecución» y el «pago del importe de la revisión» (art. 94).

6ª Finalmente, se disponía que «cuando el índice de referencia que se adopte sea el Índice de Precios de Consumo elaborado por el Instituto Nacional de Estadística o cualquiera de los índices de los grupos, subgrupos, clases o subclases que en él se integran, la **revisión no podrá superar el 85 % de variación experimentada por el índice adoptado**» (TRLCSP, 90.3).

4.8.5.3. Régimen de revisión de precios vigente para los contratos cuyo expediente se haya iniciado a partir del 1 de enero de 2014 y sujetos a la DA 88 de la L 22/2013, de Presupuestos Generales del Estado para 2014.

a) Regulación

El punto de partida lo constituye la L 22/2013, de 23.12, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, y en concreto una de sus disposiciones adicionales (se destacan los aspectos más relevantes):

«Octogésima octava. Desindexación respecto a índices generales de contratos del sector público.

Uno. El régimen de revisión de los contratos del sector público cuyo expediente se haya iniciado con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley no podrá referenciarse, en lo atinente a precios o cualquier otro valor monetario susceptible de revisión, a ningún tipo de índice general de precios o fórmula que lo contenga y, en caso de que proceda dicha revisión, deberá reflejar la evolución de los costes. Se entiende que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimiento negociado sin publicidad, para

contratos del sector público sólo podrán modificarse cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en los casos y con los límites establecidos en el artículo 107».

determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.

El **régimen descrito** en el párrafo anterior, a partir de la entrada en vigor de esta Ley, resultará **de aplicación a la aprobación de sistemas de revisión de tarifas o valores monetarios aplicables a la gestión de servicios públicos** cualquiera que sea la modalidad de prestación, directa o indirecta, por la que se haya optado.

Dos. A efectos de lo dispuesto en los párrafos anteriores, **se entiende por índice general de precios** cualquier índice de precios directamente disponible al público que esté construido a partir de otros índices disponibles al público. No tendrán esta consideración los índices de precios referidos a agrupaciones de bienes o servicios suficientemente homogéneos que sean habitualmente asimilables entre sí en su utilización en las actividades productivas, cuando no se encuentren disponibles para su utilización pública precios específicos o subíndices más detallados.

Tres. Asimismo, se entiende por **sector público** el conjunto de **organismos y entidades enumeradas en el apartado primero del artículo 3 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.**

Cuatro. Esta disposición adicional **no será de aplicación a la revisión de precios basada en las fórmulas establecidas en el Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre, por el que se aprueba la relación de materiales básicos y las fórmulas-tipo generales de revisión de precios de los contratos de obras y de contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas.»**

b) Justificación

La justificación de esta medida se ofreció con ocasión de la aprobación del Proyecto de Ley de Desindexación, en la reunión del Consejo de Ministros de 20.12.2013, de la que pueden destacarse los argumentos siguientes:³⁷⁹

1. El objetivo último es contribuir desde el sector público a la estabilidad de los precios y a la mejora de la competitividad mediante la eliminación de la práctica de subidas automáticas de precios en función del IPC. Las subidas deberán estar justificadas exclusivamente por el aumento de los costes del servicio. En un contexto de estabilidad de precios y de pertenencia a la moneda única, la indexación automática da lugar a pérdidas de competitividad, con incidencia en el crecimiento y el empleo. El Proyecto de Ley prevé la creación de un marco, obligatorio para la Administración e indicativo para el sector privado, que propicie la estabilidad de precios. Quedan excluidos del ámbito de aplicación la negociación salarial colectiva (tanto en el sector privado como para el personal laboral del sector público), las pensiones y los instrumentos financieros.

³⁷⁹ Véase:

<http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2013/refc20131220.aspx#Desindexacion>, consulta efectuada el 5.3.2016.

2. La regla general para el sector público será que no podrán realizarse indexaciones. Los aumentos de precios deberán estar justificados exclusivamente por la evolución de los costes del servicio. Con ello se rompe la inercia de subidas de precios automáticas, independientemente de los costes, y se evitan los llamados efectos de segunda ronda (alzas de precios de determinados productos que repercuten directamente sobre otros sin ninguna relación entre sí).

3. Los servicios públicos básicos cubiertos por la norma representan aproximadamente el 7% del presupuesto familiar de los españoles (unos 36.000 millones de euros al año). Una evolución moderada de los precios de estos servicios refuerza el poder adquisitivo de las familias españolas, máxime si sus rentas han sido de alguna manera desvinculadas de la evolución del IPC.

4. Mediante la enmienda introducida en la Ley de Presupuestos, se aprueba un régimen transitorio hasta que la Ley de desindexación esté aprobada por las Cortes. Así, para contratos y encomiendas del sector público, se prohíbe la revisión de precios en función de un índice general. Las revisiones se realizarán sobre índices específicos que reflejen la evolución de los costes.

c) Comentarios

Sobre el régimen dispuesto por la DA 88 de la L 22/2013 cabe señalar las siguientes consideraciones:

1ª Su carácter transitorio se extiende desde el 1 de enero de 2014 hasta el día anterior al de la entrada en vigor del real decreto dictado en desarrollo de la L 2/2015, *de deindexación de la economía española*, el cual todavía no ha sido aprobado.

2ª En los contratos cuyo expediente se hubiera iniciado a partir de 1 de enero de 2014, por tanto, no podía incluirse una cláusula sobre revisión de precios referenciada a índices generales de precios o fórmulas que los contengan, salvo los supuestos previstos en el RD 1359/2011, antes mencionado, que no incluía a los contratos de gestión de servicios públicos.

3ª Sólo cabría incluir fórmulas de revisión de precios que reflejen la evolución de los costes del contrato.

4ª La problemática ha dado ya lugar a pronunciamientos de los órganos y tribunales administrativos de recursos contractuales, así como de las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa, de los cuales se selecciona los que se consideran más relevantes.

5ª. Las revisiones de precios de los contratos de las Administraciones públicas, distintos de los de obras y suministro de fabricación de armamento y equipamiento, no podrán realizarse utilizando índices generales de precios o fórmulas que los contengan. Por el contrario, sí que podrán revisarse utilizando índices específicos que agrupen bienes o servicios homogéneos o incluso varios de estos, en cuyo caso se entenderá que nos encontramos ante un fórmula cuya inclusión en el pliego requerirá de la aprobación del Consejo de Ministros ex artículo 90.1 TRLCSP (IJCCAAragón núm. 18/2015, de 3.12, II, *in fine*).

6ª. Pese a que no se prohíba en el literal de la DA 88 de la LGP/2014, el IPC es un índice de carácter general que refleja la variación de los precios de los bienes que consumen las familias en España, que se construye a partir de otros índices de precios específicos más detallados y que también se encuentran disponibles al público en la misma página web del INE, por lo que no cabe utilizarlo dado su carácter general, como índice de revisión de precios ni por sí solo, ni en ningún tipo de fórmula que lo contenga (IJCCAAragón 18/2015, III y, en el mismo sentido, Resolución 360/2014, de 9.5, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales/TACRC).

7ª. Tampoco resulta posible la introducción de índices generales como puede ser el Producto Interior Bruto (PIB), ya que la variación del precio de los contratos debe reflejar la evolución de los costes, circunstancia que no se cumpliría con este índice que refleja la marcha real de la economía en general, sin que guarde relación con la estructura de costes de la prestación contractual (IJCCAAragón 18/2015, III). Efectivamente, se trata de «un indicador de la marcha real de la economía, y que refleja este indicador la economía interior del país. Más en cuanto ese indicador, que es objetivo, neutral y ajeno a las partes, en principio no entraría dentro de la prohibición de la indexación con relación al IPC, pero al no recoger el mismo, no reflejar el mismo, la evolución de los costes que ha de soportar el licitador empresario y adjudicatario del contrato en ejercicios sucesivos, no se ajusta al dictado de la

disposición adicional citada, por lo que concluimos en la ilegalidad de la cláusula impugnada en la citada redacción» (Resolución TACRC 20/2015, de 9.1).

8ª. Por el contrario, sí que sería posible utilizar e incluir en los pliegos índices específicos ligados a los costes, definidos por el artículo 2.d) LDE como «cualquier índice que con la mayor desagregación posible mejor refleje la evolución de los precios y que pueda ser obtenido con información disponible al público». Tal y como describe la exposición de motivos de esta norma «para delimitar este concepto, se utiliza un criterio basado en que no existan disponibles al público índices más detallados que reflejen mejor los costes» (IJJCA Aragón 18/2015, III).

Vistos los argumentos y supuestos anteriores, es indudable que se trata de una situación ciertamente problemática, en especial para los contratos de larga duración, como es el caso de las concesiones de servicios públicos, que inicialmente debía durar solo unos pocos meses y se alargó durante un período excesivo.³⁸⁰

4.8.5.4. Previsiones sobre el régimen de revisión de precios vigente para los contratos iniciados a partir de la entrada en vigor del art. 89 del TRLCSP, en la redacción dada por la L 2/2015, de Desindexación, como consecuencia de la aprobación del real decreto previsto en la misma.

A) La regulación del art. 89 del TRLCSP introducida por la L 2/2015, de desindexación de la economía española.

De acuerdo con la DF 3ª de la L 2/2015, de desindexación de la economía española, se ha introducido en el TRLCSP la siguiente regulación:

«Artículo 89. Procedencia y límites.

³⁸⁰ Si ya la medida de suspensión de la revisión de precios por la Ley de presupuestos tenía carácter excepcional (diciembre 2014), su justificación se amparaba en la transitoriedad del período que inauguraba hasta tanto se aprobaba la Ley de desindexación, que no obstante tardaría 15 meses en ser aprobada (marzo de 2015); lo que ya desborda todas las calificaciones es que, incumplido el plazo de 4 meses previsto por esta L 2/2015 (DF6ª), se haya cumplido ya más de un año desde la aprobación de la misma y persista la transitoriedad. Las elecciones generales de diciembre de 2015 y la falta de constitución de un nuevo Gobierno explican la demora a partir de enero de 2016, pero la anterior queda huérfana de justificación plausible.

1. Los precios de los contratos del sector público solo podrán ser objeto de revisión periódica y predeterminada en los términos establecidos en este Capítulo.

No cabrá la revisión periódica no predeterminada o no periódica de los precios de los contratos.

Se entenderá por precio cualquier retribución o contraprestación económica del contrato, bien sean abonadas por la Administración o por los usuarios.

2. Previa justificación en el expediente y de conformidad con lo previsto en el real decreto al que se refieren los artículos 4 y 5 de la Ley 2/2015, de desindexación de la economía española, la revisión periódica y predeterminada de precios solo se podrá llevar a cabo en los contratos de obra, en los contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas y en aquellos otros contratos en los que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años. Dicho período se calculará conforme a lo dispuesto en el real decreto anteriormente citado.

No se considerarán revisables en ningún caso los costes asociados a las amortizaciones, los costes financieros, los gastos generales o de estructura ni el beneficio industrial. Los costes de mano de obra de los contratos distintos de los de obra, suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, se revisarán cuando el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años y la intensidad en el uso del factor trabajo sea considerada significativa, de acuerdo con los supuestos y límites establecidos en el real decreto.

3. En los supuestos en que proceda, el órgano de contratación podrá establecer el derecho a revisión periódica y predeterminada de precios y fijará la fórmula de revisión que deba aplicarse, atendiendo a la naturaleza de cada contrato y la estructura y evolución de los costes de las prestaciones del mismo.

4. El pliego de cláusulas administrativas particulares o el contrato deberán detallar, en tales casos, la fórmula de revisión aplicable, que será invariable durante la vigencia del contrato y determinará la revisión de precios en cada fecha respecto a la fecha de adjudicación del contrato, siempre que la adjudicación se produzca en el plazo de tres meses desde la finalización del plazo de presentación de ofertas, o respecto a la fecha en que termine dicho plazo de tres meses si la adjudicación se produce con posterioridad.

5. Cuando proceda, la revisión periódica y predeterminada de precios en los contratos del sector público tendrá lugar, en los términos establecidos en este Capítulo, cuando el contrato se hubiese ejecutado, al menos, en el 20 por 100 de su importe y hubiesen transcurrido dos años desde su formalización. En consecuencia el primer 20 por 100

ejecutado y los dos primeros años transcurridos desde la formalización quedarán excluidos de la revisión.

No obstante, en los contratos de gestión de servicios públicos, la revisión de precios podrá tener lugar transcurridos dos años desde la formalización del contrato, sin que sea necesario haber ejecutado el 20 por 100 de la prestación.

6. El Consejo de Ministros podrá aprobar, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, fórmulas tipo de revisión periódica y predeterminada para los contratos previstos en el apartado 2.

A propuesta de la Administración Pública competente de la contratación, el Comité Superior de Precios de Contratos del Estado determinará aquellas actividades donde resulte conveniente contar con una fórmula tipo, elaborará las fórmulas y las remitirá para su aprobación al Consejo de Ministros.

Cuando para un determinado tipo de contrato, se hayan aprobado, por el procedimiento descrito, fórmulas tipo, el órgano de contratación no podrá incluir otra fórmula de revisión diferente a ésta en los pliegos y contrato.

7. Las fórmulas tipo que se establezcan con sujeción a los principios y metodologías contenidos en el real decreto referido en el apartado 2 de la presente disposición reflejarán la ponderación en el precio del contrato de los componentes básicos de costes relativos al proceso de generación de las prestaciones objeto del mismo.

8. El Instituto Nacional de Estadística elaborará los índices mensuales de los precios de los componentes básicos de costes incluidos en las fórmulas tipo de revisión de precios de los contratos, los cuales serán aprobados por Orden del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, previo informe del Comité Superior de Precios de Contratos del Estado.

Los índices reflejarán, al alza o a la baja, las variaciones reales de los precios de la energía y materiales básicos observadas en el mercado y podrán ser únicos para todo el territorio nacional o particularizarse por zonas geográficas.

Reglamentariamente se establecerá la relación de componentes básicos de costes a incluir en las fórmulas tipo referidas en este apartado, relación que podrá ser ampliada por Orden del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado cuando así lo exija la evolución de los procesos productivos o la aparición de nuevos materiales con participación relevante en el coste de determinados contratos o la creación de nuevas fórmulas tipo de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley y su desarrollo.

Los indicadores o reglas de determinación de cada uno de los índices que intervienen en las fórmulas de revisión de precios serán establecidos por Orden del Ministerio de

Hacienda y Administraciones Públicas, a propuesta del Comité Superior de Precios de Contratos del Estado.

9. Cuando resulte aplicable la revisión de precios mediante las fórmulas tipo referidas en el apartado 6 de la presente disposición, el resultado de aplicar las ponderaciones previstas en el apartado 7 a los índices de precios, que se determinen conforme al apartado 8, proporcionará en cada fecha, respecto a la fecha y períodos determinados en el apartado 4, un coeficiente que se aplicará a los importes líquidos de las prestaciones realizadas que tengan derecho a revisión a los efectos de calcular el precio que corresponda satisfacer.»

B) Consecuencias y efectos esperados de la nueva regulación

Con la aprobación de la L 2/2015 y la modificación del art. 89 del TRLCSP, las consecuencias previstas –en excelente síntesis- eran las siguientes:³⁸¹

- «1. La eliminación del carácter automático de las revisiones. Esto afecta directamente a la concepción de la revisión de precios como un derecho del contratista que permite el mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato;
2. La tendencia a que las variaciones estén orientadas a los costes reales y, por tanto, tendencialmente cercanas a cero. Con la eliminación de la práctica en el sector público de indexar precios y tarifas públicas a índices de precios pasados, se da un paso importante hacia la cultura de la estabilidad de precios;
3. Que las ofertas de los licitadores se acerquen tendencialmente al presupuesto de licitación, de modo que las bajas se reduzcan y corrijan la limitación de las revisiones con una retribución más ajustada al coste real;
4. Lo anterior nos conduce a un contexto de eficiencia de los operadores económicos que se corresponde con los principios generales del art. 1 del TRLCSP en materia de contratación pública;
5. La reducción de la duración de los contratos; en los contratos plurianuales es más difícil contemplar adecuadamente la evolución de los costes, de modo que a la vista de la reducción aplicativa de la revisión de precios, lo lógico es pensar que muchas de esas licitaciones quedarán desiertas.»

A criterio del Gobierno que impulsó su aprobación, la ley debía tener unos efectos positivos, cifrados en el aumento de la *flexibilidad de la economía* y el *impedimento del*

³⁸¹ AGUDO GONZALEZ (2014 y 2015: 208 y 209).

resurgimiento de la inflación excesiva, si bien sobre la base de la aplicación efectiva de dicha ley a partir de la aprobación de su desarrollo reglamentario.³⁸²

Y lo cierto es que el Proyecto de real decreto fue sometido al trámite de información pública por el Ministerio de Economía y Competitividad del 16 de abril al 5 de mayo de 2015.³⁸³

Y respecto de dicho proyecto fueron emitidos sendos informes por el CES (*Consejo Económico y Social*) y la CNMC (*Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*), que se analizarán después.³⁸⁴

³⁸² En el *Programa Nacional de Reformas de España 2015* (<http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Documents/SP%20PNR%20%202015%20FINAL.pdf>), se formulaban las consideraciones siguientes (p 57 y 58, el subrallado es del texto):

«La economía española ha padecido de una inflación excesivamente elevada y persistente, que ha supuesto una pérdida continua de competitividad que se prolongó tras el inicio de la crisis económica. Afortunadamente, este patrón se ha corregido y en la actualidad España acumula ya 19 meses de diferencial de inflación negativo con la UEM y está recuperando así la competitividad perdida de forma gradual. En este contexto, en 2014 **se ha avanzado en la Ley de Desindexación, que constituye una reforma fundamental para afianzar los mecanismos que impidan el resurgimiento de una inflación excesiva en España.**

Las Cortes Generales, a iniciativa del Gobierno, han aprobado **la Ley 2/2015 de Desindexación de la Economía Española (AGS 2C.1.1)**. El objetivo de esta medida es fomentar que **el sistema de precios transmita correctamente las señales a los agentes económicos**, pues los valores monetarios deberán actualizarse en atención a las circunstancias particulares de cada caso y a los costes relevantes, en lugar de utilizar índices generales. Se pretende **evitar igualmente los efectos de segunda ronda** que han provocado una inflación más alta e inercial en España que en la UEM, con la consiguiente pérdida de competitividad.

Con esta aprobación, **dejará de ser válida la utilización de índices de precios de carácter general** para la actualización de valores monetarios del sector público, de forma que los principales efectos de la Ley comenzarán a desplegarse de forma inmediata.

Por otra parte, el Gobierno está trabajando **en el desarrollo reglamentario** por el que se fijarán las reglas y criterios específicos de actualización en diversas materias. En particular, el reglamento establecerá las condiciones para la medición de los costes de forma más transparente y efectiva, los requisitos para la elaboración de fórmulas automáticas de actualización en aquellas materias donde las mismas puedan aplicarse (y que quedarán limitadas a los casos en que haya una elevada volatilidad de los costes y a los que requieran inversiones de largo plazo). La Ley de Desindexación contempla que el Real Decreto deberá aprobarse en el plazo de cuatro meses desde la entrada en Programa Nacional de Reformas vigor de la Ley, por lo que será sometido a los informes pertinentes con vistas a su aprobación en la primera mitad de 2015.»

³⁸³ Accesible en: http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/comun/pdf/150413_np_leydesin.pdf; consulta efectuada el 4.3.2015.

³⁸⁴ Las referencias son las siguientes:

- a) De la CES: Dictamen núm 10/2015, de 25.6; accessible en: <http://www.ces.es/documents/10180/2394234/Dic102015.pdf>
- b) De la CNMC: Informe núm 15/2015, de 9.7; accessible en: http://cnmc.es/Portals/0/Ficheros/notasdeprensa/2015/PROMOCION/201508_IPNCNMC_%2001515.pdf

C) Aspectos más destacados del Proyecto de real decreto de desindexación de la economía española de 2015 (PRDEX).

Del Proyecto de real decreto de desindexación de la economía española (PRDEX/2015) cabe destacar los siguientes aspectos:

1. Se insiste en la vinculación entre inflación e indexación y sus «efectos de segunda ronda», afirmando la necesidad de la política de desindexación y de la limitación de sus excepciones.³⁸⁵

2. La L 2/2015 remite al desarrollo reglamentario en tres ámbitos:

2.1. En relación con los principios aplicables para todo tipo de revisiones motivadas por variaciones de costes (L 2/2015, 4 y 5), en razón de lo cual el PRDEX/2015 desarrolla los principios de *referenciación de costes* y de *eficiencia y buena gestión empresarial*.³⁸⁶

³⁸⁵ Así, en la Exposición de motivos (EM), se afirma que (págs. 1, 2, 3 y 4º):

«La Ley 2/2015, de 30 de marzo, de Desindexación de la Economía Española (en adelante, Ley de Desindexación) estableció un nuevo régimen de actualización de valores monetarios. La política de desindexación obedece a la necesidad de actuar contra los perjuicios asociados al uso indiscriminado de la indexación, mecanismo que consiste en vincular la evolución de un valor monetario a la de un índice de precios.

La inflación elevada genera incentivos para la indexación que, a su vez, la agrava y favorece su persistencia. Además cuando la indexación es en función de índices generales, ésta crea “efectos de segunda ronda”. En efecto, cuando el precio de un bien o servicio aumenta, los índices de precios agregados, como el Índice general de Precios de Consumo (IPC), se incrementan. Ello supone un aumento automático en el precio de otros bienes o servicios por el mero hecho de estar indexados a dicho índice, sin que este aumento esté justificado por un incremento de sus costes de producción. Finalmente, este aumento impactará una segunda vez en el IPC, formando una espiral inflacionista.

La indexación, por tanto, puede derivar en un sistema ineficiente de actualización de valores monetarios. Adicionalmente, la indexación favorece la inercia en la evolución de los precios, con el consiguiente perjuicio en la competitividad de la economía. En el caso de España, el amplio uso de los mecanismos de indexación ha alimentado tradicionalmente el diferencial de inflación con la zona euro, contribuyendo notablemente a la aparición de desequilibrios externos.

A tenor de los efectos negativos provocados por el uso generalizado de la indexación, y teniendo en cuenta que la economía española está integrada en una unión monetaria que persigue la estabilidad de precios, la práctica de la indexación a índices generales carece hoy en día de fundamentación. El uso de la indexación debe ceñirse a los casos en que dicho mecanismo sea necesario y eficiente, vinculando la evolución de los precios de los bienes y servicios a la de sus determinantes fundamentales, en particular, a la de los costes de producción de dichos bienes y servicios.»

³⁸⁶ «Así, se desarrolla el principio de referenciación a costes con el objetivo de evitar que en la determinación de la evolución de los precios de las distintas actividades se incorporen elementos ajenos a dichas actividades. Por su parte, el principio de eficiencia y buena gestión empresarial persigue evitar la remuneración de costes innecesarios o premiar comportamientos ineficientes, lo que aumentaría injustificadamente la inflación, generaría incentivos inadecuados

El art. 3 del PRDEX/2015 establece el *principio de referenciación a costes*, según el cual la revisión del precio o valor que remunere una actividad reflejará la evolución de los costes incurridos para realizar dicha actividad. El principio de referenciación a costes difiere del de recuperación de costes en que el primero atañe la evolución de precios y costes y el segundo al nivel de dichos precios y costes. En efecto, hay servicios públicos en los que, por motivos de política económica, no se recuperan los costes, pero ello no es óbice para que la evolución de sus precios esté referenciada a la de los costes. Por otro lado, se aclara que no todo componente de la estructura de costes de la actividad podrá incorporarse en la revisión sino sólo aquellos que estén directamente relacionados con la actividad en cuestión y resulten indispensables para su desarrollo. Se consideran indispensables aquellos costes de los que no sea posible prescindir sin afectar negativamente al correcto desarrollo de la actividad o al pleno cumplimiento de las obligaciones asumidas (EM, II, pfo. 5). En todo caso, los regímenes de revisión serán diseñados para que sean simétricos al alza o a la baja. Esto es, se traducirán en incrementos en los valores monetarios a revisar si los costes aumentan y en decrementos si los costes disminuyen (EM, II, pfo 6).

Por su parte, el art. 4 del Proyecto desarrolla el *principio de eficiencia y buena gestión empresarial* prescribiendo que sólo podrán trasladarse a precios las variaciones de costes que hubiesen sido asumidos por una empresa eficiente, bien gestionada y representativa de la actividad en cuestión. Para la identificación de tales cualidades se atenderá a las mejores prácticas existentes en el sector y se podrán emplear indicadores de eficiencia, productividad y calidad, tales como producto obtenido por factor utilizado, facturación por empleado o superación de estándares de calidad a igualdad de precios (EM, II, pfo. 7).

El art. 5, en consonancia con la Ley de Desindexación, trata específicamente los *costes de mano de obra*. Las variaciones de estos costes podrán trasladarse o incluirse, en su caso, en la revisión, pero ese traslado tendrá un límite máximo. Este límite será el incremento experimentado por la retribución del personal al servicio del sector público, conforme a las Leyes de Presupuestos Generales del Estado (EM, II, 8).

y trasladaría a la propia Administración o, en su caso, a los usuarios y consumidores de servicios públicos, cargas que en buena práctica económica no deberían soportar» (EM, I, pfo.12).

2.2. El segundo ámbito al que la L 2/2015 difiere el desarrollo reglamentario es el de la *identificación de los supuestos en los que cabe el recurso al régimen de revisión periódica y predeterminada* en función de índices específicos de precios, y la forma y limitaciones con que han de instrumentarse (art. 4). Según el PRDEX/2015, teniendo en cuenta que el carácter recurrente y automático de estas revisiones entraña un elevado riesgo de generar los efectos de segunda ronda y la correspondiente inercia en la inflación, el objetivo es acotar tal recurso a aquellos casos, expresamente identificados, en los que este tipo de indexación resulta necesaria y está debidamente justificada (EM, I, pfo. 3).

En consonancia con este objetivo, el capítulo III del Proyecto establece el conjunto de reglas aplicables al régimen de revisión periódica y predeterminada de valores monetarios, del que interesa destacar los aspectos siguientes:

- Art. 6, que establece un listado exhaustivo y cerrado del conjunto de valores monetarios que pueden acogerse al régimen de revisión periódica y predeterminada en función de índices específicos de precios. En este listado se incluyen dos tipos de valores. Primero, ciertos precios regulados del sector energético. Segundo, los precios de los contratos del sector público, en las condiciones establecidas en este real decreto. No cabrá revisión periódica y predeterminada en función de índices de precios específicos para otros valores monetarios (EM, II, pfo. 10).
- Art. 7, que fija los principios para el diseño de las fórmulas que rigen las revisiones periódicas y predeterminadas. Estas fórmulas podrán ser elaboradas bien por los órganos de contratación o bien por las autoridades competentes en razón de la materia. En primer lugar, las fórmulas podrán incluir los componentes de costes que cumplan los principios y limitaciones desarrollados en el capítulo II. Cada componente deberá ponderarse por su peso en el valor íntegro de la actividad, concepto que se distancia de costes totales en la medida que incluye no sólo la retribución de los factores productivos y de los capitales ajenos, sino también la correspondiente a los capitales propios, esto es, el beneficio. En el ámbito de la contratación pública el valor íntegro de la actividad será el precio del contrato, por ser toda la remuneración a percibir por el contratista. En segundo lugar, se establece una condición, que permite tener en cuenta la intensidad de uso de los distintos factores productivos e insumos: sólo podrán incluirse en las fórmulas los componentes de costes considerados significativos, es decir, aquellos que representen al menos el 1 por 100 del valor íntegro de la actividad. El porcentaje

antes citado no será de aplicación a las fórmulas tipo para la revisión periódica y predeterminada del precio de los contratos de obras y suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, tal como se especifica en el artículo 8. En tercer lugar, en cumplimiento del principio de referenciación a costes, la fórmula de revisión periódica y predeterminada deberá utilizar para aproximar cada uno de los componentes de costes un precio individual o un índice específico de precios. Estos índices serán tan desagregados como sea posible, para así reflejar de manera precisa la evolución del componente de coste asociado. Los índices deben estar disponibles al público y no ser modificables unilateralmente por el operador económico cuya contraprestación es objeto de revisión. Como excepción a la regla de uso de precios o índices específicos de precios, cuando la normativa imponga la obligación de realizar una contabilidad de costes al operador en cuestión y haya sido aprobada conforme a la misma, podrá diseñarse la fórmula en función de la información contenida en la contabilidad. Finalmente, las fórmulas podrán incorporar parámetros o límites con la finalidad de incentivar comportamientos eficientes (EM, II, pfs. 11 a 15).

- Art. 8, que regula el régimen de revisión periódica y predeterminada de los precios de contratos de obras y suministros de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas (EM. II, pfo. 16).
- Art. 9, que se refiere a los precios de los contratos a los que sea de aplicación el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, distintos a los mencionados en el párrafo anterior. Los precios de estos contratos sólo podrán ser revisables utilizando el régimen de revisión periódica y predeterminada, y bajo una serie de requisitos. En primer lugar, la revisión solo será posible tras haber transcurrido dos años desde la formalización del contrato y cuando este se hubiese ejecutado, al menos, en el 20 por 100 de su importe. Esta segunda condición no será exigible para el caso de contratos de gestión de servicios públicos. En segundo lugar, se requiere que el periodo de recuperación de las inversiones del contrato en cuestión sea igual o superior a cinco años. La revisión de los precios no podrá, en ningún caso, extenderse más allá de dicho periodo de recuperación. En tercer y último lugar, será necesario que los pliegos del contrato prevean el régimen de revisión. A este respecto, se regulan los contenidos que deben incorporar la memoria y los pliegos en lo referente a la justificación y diseño del sistema de revisión. Por otra parte, se prevé una fiscalización del sistema de

revisión propuesto, así como de las revisiones que acontezcan periódicamente en aplicación del mismo (EM, II, pfs. 17 y 18).

- Art. 10, que define el periodo de recuperación de la inversión de los contratos como aquél en el que los flujos de caja que previsiblemente generará un proyecto sean suficientes para cubrir las inversiones necesarias para su correcta ejecución. El artículo establece una fórmula para el cálculo de dicho periodo de recuperación, que está basada en las fórmulas tradicionales de periodo de recuperación de la inversión o “pay back” mediante flujos de caja actualizados. La resolución de tal desigualdad exige, para evitar casos espurios, que las inversiones estén totalmente desembolsadas. Los flujos de caja a actualizar son los cobros y pagos derivados de las actividades de explotación e inversión. Dado que no suponen ni salidas ni entradas de fondos, no se incluirán en el cálculo de dichos flujos de caja conceptos tales como amortizaciones, ajustes por deterioro de valor, ni variaciones de provisiones. Dichos flujos de caja se actualizan a una tasa que representa la rentabilidad razonable del proyecto. Se considerará rentabilidad razonable el rendimiento medio en el mercado secundario de la deuda del Estado a diez años incrementado en un diferencial de 200 puntos básicos. Ello permitirá al contratista obtener un beneficio sobre el capital invertido en condiciones normales de explotación (EM, II, 19 a 21).

2.3 Finalmente, el tercer ámbito al que remite la L 2/2015 para su desarrollo reglamentario es el relativo al *régimen aplicable a la revisión no periódica y de revisión periódica no predeterminada de valores monetarios* (art. 5). El capítulo IV del PRDEX/2015 establece el conjunto de reglas rectoras de los regímenes aplicables a tales revisiones. En particular, el artículo 11 permite la inclusión de los costes de mano de obra en dichas revisiones y establece el mismo límite al respecto que en el caso del régimen de revisión periódica y predeterminada. Por su parte, el artículo 12 regula el contenido de la memoria económica que deben acompañar a cada una de las revisiones realizadas bajo los regímenes mencionados (EM, II, pfo. 22).

D) La tramitación del PRDEX/2015

a) El trámite de información pública

Tal como se ha adelantado, el Proyecto de real decreto de desindexación fue sometido a información pública por el Ministerio de Economía y Competitividad, trámite que se prolongó del 16 de abril al 5 de mayo de 2015, a los efectos de que «puedan cursarse

las observaciones que se consideren convenientes».³⁸⁷ No se hicieron públicas las *observaciones* formuladas al proyecto por parte del referido Departamento ministerial.

b) Dictamen del Consejo Económico y Social

Sí que se solicitó el pronunciamiento al Consejo Económico y Social (CES), cuyo Pleno aprobó el Dictamen núm. 10/2015, de 25 de junio, y cuya conclusión es lapidaria.³⁸⁸

«El CES hace una valoración negativa del Proyecto de Real Decreto de desindexación de la economía española, por el procedimiento seguido en la tramitación de la Ley, de la que trae origen el presente Proyecto, así como por lo señalado en las observaciones generales y particulares contenidas en este dictamen.»

Del Dictamen emitido cabe destacar las *observancias generales* referidas a las deficiencias en orden a generar un marco favorable para la inversión y las indeterminaciones apreciadas en el proyecto.³⁸⁹

³⁸⁷ Accesible en: http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/comun/pdf/150413_np_leydesin.pdf; consulta efectuada el 4.3.2015.

³⁸⁸ Dictamen núm 10/2015, accessible en: <http://www.ces.es/documents/10180/2394234/Dic102015.pdf>

³⁸⁹ El CES se expresaba así (Dictamen 10/2015, 3, pfs. 4 a 8):
«Resultan determinantes para el estímulo de la inversión privada las novedades y modificaciones contenidas tanto en el Anteproyecto de Ley de Contratos del sector público, actualmente en fase de consulta en el CES, como el presente Proyecto de Real Decreto objeto de dictamen y la propia Ley de Desindexación aprobada el pasado mes de marzo de 2015. A este respecto, el CES quiere señalar que no parece que las novedades regulatorias introducidas en los textos anteriormente señalados estén adecuadamente orientadas a favorecer la actividad empresarial, especialmente en lo que se refiere a los contratos de concesión de obras públicas. Por ello, el CES quiere realizar una llamada de atención al Gobierno sobre distintos aspectos que en su opinión podrían ralentizar e incluso paralizar importantes proyectos de inversión a medio y largo plazo. Es el caso, en lo que se refiere a este Proyecto, del establecimiento de diversas formulaciones para la determinación de los índices de referencia que se incorporan en la nueva legislación sobre desindexación de la economía española. La indeterminación en la definición de los índices de referencia, la falta de transparencia y claridad o la arbitrariedad y, en determinados casos, extralimitación respecto a la Ley, que puede surgir ante el hecho de que a través del Proyecto se posibilita que sea el órgano de contratación quien en cada caso establezca la fórmula de cálculo, pueden resultar decisivas para el desarrollo de la inversión y condicionar la participación de los fondos que habitualmente invierten en las licitaciones a largo plazo. Con los nuevos índices resultantes se pueden ver limitadas las garantías y seguridad que ofrecía el contar con referencia clara en base a un índice oficial, conocido y aceptado para aplicar las revisiones de precios. El CES entiende que esta circunstancia podría provocar importantes dificultades en el acceso a la financiación por parte de las empresas licitadoras y, en consecuencia, suponer un freno a la inversión privada. De ahí, la necesidad de contar con unos índices de referencia generalmente aceptados y que no generen incertidumbre.»

En cuanto a las *observaciones particulares*, estas venían referidas a:

- El *límite a los costes de mano de obra* (PRDLEX, 5), al que objetaba excederse en el desarrollo reglamentario y resultar contradictorio.³⁹⁰
- La *revisión periódica y predeterminada de precios* en los contratos del sector público distintos a los contratos de obras y suministros de fabricación de armamento y equipamiento de las Fuerzas Armadas y equipamiento personal de sus soldados (PRDEX, 9), cuyas observaciones resultan de especial interés para las concesiones de servicios.³⁹¹

Por tanto, a juicio de este Consejo, y en aras de la necesaria seguridad jurídica, sería deseable una mayor concreción y acuerdo previo respecto de la definición del índice de referencia a utilizar para la revisión de precios.

Por otro lado, el CES quiere llamar la atención sobre la existencia de algunos conceptos indeterminados y poco precisos en el texto del Proyecto que pueden generar confusión en su interpretación. En este sentido, en aras de una mayor seguridad jurídica el CES considera que deberían aclararse estas indeterminaciones. Es el caso, por ejemplo, del artículo 4 referido al principio de eficiencia y gestión empresarial donde no queda definido qué se entiende por una empresa eficiente y bien gestionada y cómo se mide de forma objetiva, o qué se entiende por el nivel mínimo de calidad exigible en la actividad desarrollada. De la misma forma, existe indeterminación también en el artículo 7 que en su apartado 2 hace referencia a la inclusión en la fórmula de revisión de los costes significativos, sin definir de forma clara qué se entiende por estos, más allá de que representen al menos el 1 por 100 del coste total de la actividad, ni por exclusión, qué papel deben desempeñar los costes no significativos.»

³⁹⁰ Concretamente, afirma que «mientras la Ley, en su artículo 3, apartado 2, excluye expresamente de la aplicación de la misma la negociación de los convenios colectivos, el Proyecto hace referencia al traslado al valor revisado del posible incremento de los costes de mano de obra con el límite del incremento de la retribución del personal al servicio del sector público»; y concluye que «resulta contradictorio que la norma que establece la práctica desindexadora en la economía, establezca al mismo tiempo la indexación de los costes laborales a los presupuestos públicos, conscientes de que estos no responden a la evolución de los costes sino a realidades distintas alejadas de la mejora de la productividad» (Dictamen 10/2015, 4, pfs. 2 y 5).

³⁹¹ Respecto de dicha revisión, el Dictamen 10/2015 se pronuncia en los siguientes términos (4, pfs. 6, 7 y 8):

«Tal y como se ha señalado en las observaciones generales, el apartado 5 del artículo 9 en el que se establece para las revisiones de precios en los contratos del sector público que “la revisión no podrá tener lugar transcurrido el período de recuperación de la inversión del contrato”, es una extralimitación del Proyecto en relación al contenido de la Ley. Además, en opinión del CES, esta disposición carece de sentido ya que el periodo de recuperación hace referencia a los costes de amortización, que no están sujetos a variación y que, por tanto, no son objeto de tratamiento en el presente Proyecto.

En cambio, los restantes costes derivados del desarrollo de la actividad, y que sí constituyen el objeto a que hacen referencia las disposiciones contenidas en el Proyecto objeto de dictamen, pueden extenderse más allá del periodo de recuperación de la inversión, por lo que desde el CES no se comparte la referencia a la limitación temporal establecida para la revisión que debería eliminarse en todo caso.

A modo de ejemplo, pueden citarse los contratos a largo plazo con inversión, donde el coste de la mano de obra es importante y, en ocasiones, determinante, o los contratos de servicios energéticos, en los que la estructura de costes está diseñada de forma que el riesgo perdura más allá del periodo de recuperación de la inversión».

- El período de recuperación de la inversión de los contratos (PRDEX, 10), respecto del cual el reproche se centra en la inadecuación de los criterios fijados.³⁹²

c) Dictamen de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

También se instó el Informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), el cual, con el núm. 15/2015, fue aprobado por la Sala de Competencia del Consejo de la misma en la reunión de 9 de julio de 2015.³⁹³ A

³⁹² Así, el Dictamen 10/2015 señala (4, pfs. 10 a 14):

«El artículo 10, en su apartado 2, incorpora una fórmula para determinar el plazo de recuperación de la inversión. En dicha fórmula se define uno de los parámetros (“b”) como la rentabilidad razonable del proyecto, entendida como la tasa de rendimiento sobre el capital invertido en condiciones normales de explotación, siendo este valor el rendimiento medio en el mercado secundario de la deuda del Estado a diez años incrementado en un diferencial de 200 puntos básicos.

En primer lugar, el CES considera que el diferencial que se propone no es representativo de las rentabilidades que actualmente ofrece el mercado y, por tanto, no resulta suficientemente atractivo para este tipo de inversiones.

En segundo lugar, habida cuenta de que no todos los contratos tienen la misma duración, el CES entiende que emplear la referencia de la deuda pública a 10 años como base común no siempre puede resultar conveniente.

Finalmente, también hay que considerar que las condiciones de financiación son variables a lo largo del tiempo y que los niveles de rentabilidad están estrechamente relacionados con el riesgo de cada proyecto, por lo que el CES no comparte la necesidad de establecer de inicio una rentabilidad fija y común para todos los proyectos.

Por todo ello, a juicio de este Consejo resultaría más conveniente buscar una manera objetiva para determinar la rentabilidad de cada proyecto, atendiendo a las condiciones de financiación del mercado en cada momento.»

Sobre la rentabilidad del diferencial de 200 puntos básicos, que el PRDEX incluye en su art. 10.2, y que el Dictamen del CES considera poco atractivo (pfs. 10 y 11), debe consignarse que se sitúa en la banda baja de lo que la Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia (CNMC) califica como *rentabilidad razonable*, que la cifra «entre 200 y 300 puntos básicos» (CNMC, IPN/010/15, de 16.7, p. 42), aspecto que ya se señaló en relación con la duración de los contratos de concesión y la recuperación de la inversión efectuada (epígrafe 4.3.4, *in fine*).

En cambio, se opta por la banda alta de la rentabilidad en relación con la *determinación del tipo de licitación de la concesión de obras en los casos en que obedezca a causas no imputables a la Administración* (art. 271 ter del TRLCSP, introducido por la DF 9ª.10 de la L 40/2015, de Régimen jurídico del sector público). Efectivamente, se prescribe que «*el tipo se determinará en función de los flujos futuros de caja que se prevea obtener por la sociedad concesionaria, por la explotación de la concesión, en el periodo que resta desde la resolución del contrato hasta su reversión, actualizados al tipo de descuento del interés de las obligaciones del Tesoro a diez años incrementado en 300 puntos básicos*», tal como se analizará más detalladamente en relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración, la denominada RPA, y su incidencia en la concesión de servicios (epígrafe 4.15.3.2, d).

³⁹³ Véase el Informe núm. 15/2015, de 9.7, accesible en: http://cnmc.es/Portals/0/Ficheros/notasdeprensa/2015/PROMOCION/201508_IPNCNMC_%201515.pdf; también la Nota de prensa (NP), accesible en: http://cnmc.es/Portals/0/Ficheros/notasdeprensa/2015/PROMOCION/20150824_NP_IPN_desin_dexacion.pdf

diferencia del Dictamen del CES, el Informe de la CNMC se pronuncia en términos más favorables:

«(...) la indexación automática de precios y rentas distorsiona la competencia efectiva al desvirtuar la información que deben transmitir los precios sobre la demanda y la oferta, lo que dificulta la toma de decisiones eficientes por parte de los agentes. A tenor de estos efectos negativos se viene desarrollando en tiempos recientes una política de desindexación, plasmada en diversas iniciativas que culminaron con la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, ya informada por la CNMC con una valoración general positiva si bien con sugerencias de mejora. En esta misma línea, el PRD que desarrolla dicha ley también recibe una valoración general positiva, si bien existen determinadas cuestiones susceptibles de mejora (...)».³⁹⁴

Sobre las *observaciones particulares* que formula la CNMC cabe reseñar las siguientes consideraciones y propuestas de mejora:

1. Se valora positivamente la inclusión de los *principios de referenciación a costes y de eficiencia y buena gestión empresarial*, así como la *posibilidad de revisión a la baja de los precios*. Sin embargo, se recomienda una mayor concreción para superar las dificultades de aplicación de estos principios (NP Informe 15/2015, p 1).³⁹⁵

³⁹⁴ NP del Informe 15/2015 de la CNMC.

³⁹⁵ La mayor concreción la reclama, atendida su complejidad técnica, en relación con la orientación de precios a costes y la necesidad de ponderar cada componente de la estructura de costes en función de su peso relativo en el “valor íntegro de dicha actividad”, así como con la determinación de “los costes indispensables para la realización de la actividad” o la “imputación de gastos comunes cuando la empresa realiza múltiples actividades” (Informe 15/2015, III.2.1).

Por lo que se refiere al *principio de eficiencia y buena gestión empresarial* advierte una cierta ausencia de concreción de la noción de “empresa eficiente, bien gestionada y representativa en la actividad correspondiente”, para lo cual “deben utilizarse criterios objetivos económicamente reconocibles”, y cita los ejemplos de la Sentencia “Altmark” del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y Comunicación de la Comisión, de 20.11.2011 (C 9404) relativa a la aplicación de las normas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales a las compensaciones concedidas por la prestación de servicios de interés económico general, así como reclama que órgano realizaría la concreción y evaluación de este principio, inclinándose porque lo sea el órgano contratante con la posible asistencia –vía recomendaciones y resolución de consultas que se le planteen– de la Junta Consultiva de contratación administrativa, JCCA (de acuerdo con la disposición adicional primera del PRD)(Informe 15/2015, III. 2.2).

2. Existen excepciones al principio general de no indexación en el ámbito energético y en la contratación pública, donde es posible una *revisión periódica y predeterminada de los valores monetarios*. Debe justificarse de forma más detallada el porqué del tratamiento diferencial, pues es preferible que el principio de no indexación se aplique de manera general y, además, asegurar que las revisiones de precios, de ser necesarias, se orienten a los costes de una empresa gestionada de forma eficiente (NP Informe 15/2015, p. 1).³⁹⁶
3. Aunque se introducen mejoras en lo relativo a la normativa de contratación pública, aún *cabe justificar la existencia ciertas excepciones*, como los *contratos susceptibles de revisión* o las posibilidades de *revisión del coste de la mano de obra* en el caso de una intensidad de uso del factor trabajo significativa (NP Informe 15/2015, p 2).³⁹⁷

³⁹⁶ Así, se precisa que, en el ámbito contractual público, se detecta una débil justificación del régimen de revisión de precios (tanto en la MAIN –memoria de análisis de impacto normativo– como en el preámbulo). Según la doctrina, se fundamenta en evitar el desequilibrio económico producido durante la ejecución del contrato, no garantizando únicamente intereses del contratista sino también de la Administración. Supone una excepción al principio de riesgo y ventura y un régimen completamente contrapuesto al existente en el ámbito privado (el art. 1563 del Código Civil niega la facultad de revisión de precios por aumento de costes). Por todo ello, y como recoge la jurisprudencia y doctrina, debe interpretarse de forma estricta sin que quepa una interpretación extensiva de las cláusulas. La recomendación por tanto es que todos los sectores económicos se sometan al principio general de desindexación y que la revisión de valores monetarios y precios, de ser necesaria, se ajuste a los principios de referenciación a costes y de eficiencia y buena gestión empresarial (admitiendo revisiones a la baja) (Informe 15/2015, III, 2.3).

³⁹⁷ Al respecto, el Informe 15/2015 precisa lo siguiente (III, 2.5):

Se distingue un doble régimen de revisión, si bien en ambos casos se exige que hayan transcurrido al menos dos años desde la formalización del contrato y que se haya ejecutado al menos el 20% de su importe (excepto en el caso de contratos de gestión de servicios públicos):

a) Para los contratos de obras y suministros de fabricación de armamento de las Fuerzas Armadas y equipamiento personal de sus soldados (art. 8 PRD), se establece que se podrá llevar a cabo la revisión de precios aplicando a las fórmulas-tipo generales (anexos I i II del RD 1359/2011, de 7.10) los índices mensuales de precios de los materiales básicos (publicados trimestralmente por el INE).

b) Para los contratos, distintos a los anteriores (art. 9 PRD), donde el periodo de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años y está expresamente previsto en los Pliegos (art. 9.2. PRD), el régimen puede resumirse en las siguientes reglas:

- únicamente es posible el régimen de revisión periódica y predeterminada (esto, es, mediante la aplicación de una fórmula);

- si existiera una fórmula tipo aprobada, deberá utilizarse esta y no establecer otra distinta;

- la revisión no puede tener lugar transcurrido el periodo de recuperación de la inversión; y

- si no existiera fórmula tipo, el sistema de revisión diseñado por el órgano contratante deberá contar con debida justificación y especificación en la memoria que acompañe el expediente de contratación y en los Pliegos y será objeto de fiscalización previa por la Intervención, tanto el sistema en si como cada acto periódico de revisión de precios.

El régimen de revisión de precios contractual que prevé este PRD –continúa señalando– merece opiniones encontradas. De una parte, resulta positiva la ampliación de uno a dos años como periodo a partir del cual puede realizarse la revisión de precios, la determinación tasada de los costes no revisables, el hecho de que solo sean revisables de forma periódica y

4. La utilización de fórmulas debe respetar ciertos criterios, como la utilización de índices disponibles al público y la consideración (obligatoria y no potestativa) de un factor que se module por el crecimiento de la productividad (NP Informe 15/2015, p 2).³⁹⁸
5. Se demanda una mayor especificación respecto del *periodo de recuperación de la inversión de los contratos*, definido por el art. 10 del PRD como aquél en el que previsiblemente puedan recuperarse las inversiones y para cuya e determinación se establece la tradicional fórmula de flujos de caja actualizados (Informe 15/2015, III.2.6).³⁹⁹

4.8.5.5. Recapitulación: el régimen de revisión de precios en el ALCSP

- A) La regulación del art. 103 del ALCSP, sobre procedencia y límites de la revisión de precios.

Tras el análisis de las diferentes opiniones formuladas, parece oportuna una recapitulación sobre el régimen de revisión de precios que se concreta en los art. 103 a 105 del Anteproyecto.

predeterminada determinados contratos o en general la mejora de la regulación haciéndola más restrictiva y desarrollando la desvinculación a índices generales (desindexación). También resulta positiva la previsión de fiscalización previa de sistemas de revisión de precios (que no sean fórmulas tipo) al reducir la discrecionalidad.

³⁹⁸ Así, se señala como *mejora* a introducir la *obligatoria inclusión del mecanismo de incentivo de eficiencia* en las fórmulas de revisiones periódicas y predeterminadas (artículo 9.4.c del PRD). En concreto, se propone que el factor X que modula las revisiones en función de la productividad (al que hace referencia el art. 7.8.a del PRD) debe ser de inclusión obligatoria y no potestativa (Informe 15/2015, III, 2.5, vii).

³⁹⁹ Periodo de recuperación sobre el cual el Informe 15/2015 añade estas previsiones (III, 2.6): Debería especificarse quién realiza estas estimaciones (licitador u órgano contratante y, si es éste último, con asistencia de qué órganos). Debe alertarse de que las asimetrías de información son habituales en perjuicio del órgano contratante y deberían adoptarse las debidas cautelas para una estimación lo más precisa y ajustada a escenarios viables. Se sugiere la acotación de conceptos jurídicos indeterminados (tales como “predicciones razonables”) y la justificación de la fijación de la rentabilidad razonable (determinada en el rendimiento medio en el mercado secundario de la deuda del Estado a diez años incrementado en un diferencial de 200 puntos básicos). Además, toda vez que un contrato supone un monopolio en la provisión a una concreta Administración de un bien o servicio específico (se elimina el riesgo de competidores y la Administración proporciona además generalmente mayores garantías de pago), podrían considerarse límites absolutos en dicha rentabilidad razonable.

En el ALCSP, tal como se ha apuntado, el redactado del 103 se corresponde con el introducido en el art. 89 del TRLCSP por la L 2/2015, de 30.3, de *desindexación de la economía española* (DF 3.3), con la excepción que se indicará, y se pronuncia así:

«Artículo 103. Procedencia y límites

1. Los precios de los contratos del sector público solo podrán ser objeto de revisión periódica y predeterminada en los términos establecidos en este Capítulo.

No cabrá la revisión periódica no predeterminada o no periódica de los precios de los contratos.

Se entenderá por precio cualquier retribución o contraprestación económica del contrato, bien sean abonadas por la Administración o por los usuarios.

2. Previa justificación en el expediente y de conformidad con lo previsto en el real decreto al que se refieren los artículos 4 y 5 de la Ley 2/2015, de desindexación de la economía española, la revisión periódica y predeterminada de precios solo se podrá llevar a cabo en los contratos de obra, en los contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas y en aquellos otros contratos en los que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años. Dicho período se calculará conforme a lo dispuesto en el real decreto anteriormente citado.

No se considerarán revisables en ningún caso los costes asociados a las amortizaciones, los costes financieros, los gastos generales o de estructura ni el beneficio industrial. Los costes de mano de obra de los contratos distintos de los de obra, suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, se revisarán cuando el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años y la intensidad en el uso del factor trabajo sea considerada significativa, de acuerdo con los supuestos y límites establecidos en el real decreto.

3. En los supuestos en que proceda, el órgano de contratación podrá establecer el derecho a revisión periódica y predeterminada de precios y fijará la fórmula de revisión que deba aplicarse, atendiendo a la naturaleza de cada contrato y la estructura y evolución de los costes de las prestaciones del mismo.

4. El pliego de cláusulas administrativas particulares o el contrato deberán detallar, en tales casos, la fórmula de revisión aplicable, que será invariable durante la vigencia del contrato y determinará la revisión de precios en cada fecha respecto a la fecha de adjudicación del contrato, siempre que la adjudicación se produzca en el plazo de tres meses desde la finalización del plazo de presentación de ofertas, o respecto a la fecha en que termine dicho plazo de tres meses si la adjudicación se produce con posterioridad.

5. Cuando proceda, la revisión periódica y predeterminada de precios en los contratos del sector público tendrá lugar, en los términos establecidos en este Capítulo, cuando el contrato se hubiese ejecutado, al menos, en el 20 por 100 de su importe y hubiesen transcurrido dos años desde su formalización. En consecuencia el primer 20 por 100 ejecutado y los dos primeros años transcurridos desde la formalización quedarán excluidos de la revisión.

6. El Consejo de Ministros podrá aprobar, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, fórmulas tipo de revisión periódica y predeterminada para los contratos previstos en el apartado 2.

A propuesta de la Administración Pública competente de la contratación, el Comité Superior de Precios de Contratos del Estado determinará aquellas actividades donde resulte conveniente contar con una fórmula tipo, elaborará las fórmulas y las remitirá para su aprobación al Consejo de Ministros.

Cuando para un determinado tipo de contrato, se hayan aprobado, por el procedimiento descrito, fórmulas tipo, el órgano de contratación no podrá incluir otra fórmula de revisión diferente a ésta en los pliegos y contrato.

7. Las fórmulas tipo que se establezcan con sujeción a los principios y metodologías contenidos en el real decreto referido en el apartado 2 de la presente disposición reflejarán la ponderación en el precio del contrato de los componentes básicos de costes relativos al proceso de generación de las prestaciones objeto del mismo.

8. El Instituto Nacional de Estadística elaborará los índices mensuales de los precios de los componentes básicos de costes incluidos en las fórmulas tipo de revisión de precios de los contratos, los cuales serán aprobados por Orden del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, previo informe del Comité Superior de Precios de Contratos del Estado.

Los índices reflejarán, al alza o a la baja, las variaciones reales de los precios de la energía y materiales básicos observadas en el mercado y podrán ser únicos para todo el territorio nacional o particularizarse por zonas geográficas.

Reglamentariamente se establecerá la relación de componentes básicos de costes a incluir en las fórmulas tipo referidas en este apartado, relación que podrá ser ampliada por Orden del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado cuando así lo exija la evolución de los procesos productivos o la aparición de nuevos materiales con participación relevante en el coste de determinados contratos o la creación de nuevas fórmulas tipo de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley y su desarrollo.

Los indicadores o reglas de determinación de cada uno de los índices que intervienen en las fórmulas de revisión de precios serán establecidos por Orden del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, a propuesta del Comité Superior de Precios de Contratos del Estado.

9. Cuando resulte aplicable la revisión de precios mediante las fórmulas tipo referidas en el apartado 6 de la presente disposición, el resultado de aplicar las ponderaciones previstas en el apartado 7 a los índices de precios, que se determinen conforme al apartado 8, proporcionará en cada fecha, respecto a la fecha y períodos determinados en el apartado 4, un coeficiente que se aplicará a los importes líquidos de las prestaciones realizadas que tengan derecho a revisión a los efectos de calcular el precio que corresponda satisfacer».

La excepción a la traslación del art. 89 del TRLCSP se localiza en el segundo párrafo del apartado 5 de éste, el cual, después de haber excepcionado de la revisión de precios «el primer 20 por 100 ejecutado y los dos primeros años transcurridos desde la formalización (del contrato)», añade:

«No obstante, en los contratos de gestión de servicios públicos, la revisión de precios podrá tener lugar transcurridos dos años desde la formalización del contrato, sin que sea necesario haber ejecutado el 20 por 100 de la prestación.»

Considero que la supresión del CGSP en el ALCSP (103.5) no avala esta omisión; al contrario, opino que debía haberse reproducido el párrafo, si bien –siguiendo la lógica del Anteproyecto- refiriéndolo a la *concesión de servicios*, atendido que ésta mantiene el carácter de *contrato de actividad*, y no de resultado, por lo que carece de sentido la exigencia sobre el porcentaje ejecutado del contrato.

B) El Dictamen del Consejo de Estado

En su Dictamen núm. 1115/2015, de 10.3.2016, el Consejo de Estado formula, en relación con el art. 103 del ALCSP, *sobre procedencia y límites de la revisión de precios*, las siguientes consideraciones:

«Esta materia ha sido objeto de reforma mediante la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, que modificó ampliamente el artículo 89 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en una línea que se mantiene por la norma ahora sometida a consulta.

Como destaca la parte de la memoria dedicada al impacto económico del anteproyecto, en los contratos de obras y suministros de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones públicas se sigue el sistema tradicional de nuestro Derecho de reconocerles el derecho a revisión de precios; en los restantes se admite siempre que no sea "revisión periódica no predeterminada o no periódica de los precios" (artículo 103.1, párrafo segundo, del anteproyecto sometido a consulta).

La revisión de precios, "cuando proceda, (...) tendrá lugar, en los términos establecidos en este Capítulo, cuando el contrato se hubiese ejecutado, al menos, en el 20 por ciento de su importe y hubiesen transcurrido dos años desde su formalización. En consecuencia, el primer 20 por ciento ejecutado y los dos primeros años transcurridos desde la formalización quedarán excluidos de la revisión" (artículo 103.5 del anteproyecto).

Una novedad respecto de la citada Ley de desindexación es que se permite la revisión periódica y predeterminada de los contratos de suministro de combustible (artículo 103.2), "debido fundamentalmente a la volatilidad de los precios de estas materias", dice la memoria, y para ellos no rige la limitación que se acaba de enunciar del artículo 103.5 del anteproyecto.

De todo ello se espera un "escenario resultante [en el] que el número de contratos susceptibles de revisión de precios se reducirá y se eliminará el automatismo derivado de la aplicación de índices oficiales a las revisiones", afirma el órgano proponente.

Es de destacar, por último, que recientemente se ha dictaminado por este Consejo el proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española (dictamen 1145/2015, de 10 de diciembre).⁴⁰⁰ En él se plantearon, entre otros, dos puntos clave -el establecimiento del período de recuperación de la inversión y la limitación de la repercusión de los incrementos en los costes de la mano de obra- que encuentran habilitación legal en la norma sometida a consulta (artículo 103 .2 que reproduce en términos idénticos lo dispuesto por el artículo número 89.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en su redacción por la Ley de desindexación). Dicho precepto establece:

"2. Previa justificación en el expediente y de conformidad con lo previsto en el Real Decreto al que se refieren los artículos 4 y 5 de la Ley 2/2015 de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, *la revisión periódica y predeterminada de precios solo se podrá llevar a cabo en los contratos de obra, en los contratos de suministros de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, en los contratos de suministro de combustibles y en aquellos otros contratos en los que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años. Dicho período se calculará conforme a lo dispuesto en el real decreto anteriormente citado.*

No se considerarán revisables en ningún caso los costes asociados a las amortizaciones, los costes financieros, los gastos generales o de estructura ni el beneficio industrial. *Los costes de mano de obra de los contratos distintos de los de obra, suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, se revisarán cuando el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años y la intensidad en el uso del factor trabajo sea considerada significativa, de acuerdo con los supuestos y límites establecidos en el real decreto".*

Estas previsiones por consiguiente conservan su plena vigencia» (Dictamen p. 135 y 136, los entrecorillados y las cursivas son suyos).

C) Otras previsiones

⁴⁰⁰ El referido Dictamen 1145/2015 no había sido hecho público en el BOE en la fecha de la consulta efectuada el 4.8.2016.

Se está a la espera, pues, de que se dicte el desarrollo reglamentario que ponga fin al periodo transitorio de aplicación de la DA 89 de la LGP/2014, y abra paso a la aplicación del régimen previsto en el art. 89 del TRLCSP, en la redacción dada por la L 2/2015, de desindexación de la economía española, y de acuerdo con lo que dicho desarrollo disponga.

Precisado todo lo anterior, sobre la regulación de la revisión de precios deben añadirse las siguientes consideraciones:

1ª Con efectos 1 de abril de 2015, la citada L 2/2015 (DD 2.a) derogó las previsiones del TRLCSP sobre la revisión de precios que se indican a continuación:

- Sistema de revisión de precios (anterior art. 90).
- Fórmulas (anterior art. 91).
- Coeficiente de revisión (anterior art. 92).

2ª El art. 104 del Anteproyecto, sobre *revisión en casos de demora en la ejecución*, reproduce textualmente el 93 del TRLCSP/2011. Y lo mismo efectúa, respecto del 94 del Texto refundido, sobre *pago del importe de la revisión*, el art. 105 del ALCSP, que añade, en relación con el pago del importe de las revisiones, que se *tramitará a comienzo del ejercicio económico el oportuno expediente de gasto económico para su cobertura*.⁴⁰¹

4.9. Modificación del contrato de concesión de servicios públicos y mantenimiento de su equilibrio económico.

⁴⁰¹ Concretamente, la regulación del ALCSP es la siguiente:

«Artículo 104. *Revisión en casos de demora en la ejecución*

Cuando la cláusula de revisión se aplique sobre períodos de tiempo en los que el contratista hubiese incurrido en mora y sin perjuicio de las penalidades que fueren procedentes, los índices de precios que habrán de ser tenidos en cuenta serán aquellos que hubiesen correspondido a las fechas establecidas en el contrato para la realización de la prestación en plazo, salvo que los correspondientes al período real de ejecución produzcan un coeficiente inferior, en cuyo caso se aplicarán estos últimos.»

«Artículo 105. *Pago del importe de la revisión.*

El importe de las revisiones que procedan se hará efectivo, de oficio, mediante el abono o descuento correspondiente en las certificaciones o pagos parciales a cuyo efecto se tramitará a comienzo del ejercicio económico el oportuno expediente de gasto para su cobertura. Los posibles desajustes que se produjeran respecto del expediente de gasto aprobado en el ejercicio, tales como los derivados de diferencias temporales en la aprobación de los índices de precios aplicables al contrato, se podrán hacer efectivos en la certificación final o en la liquidación del contrato.»

4.9.1. Introducción

Una vez analizados los *derechos ordinarios* a las *contraprestaciones económicas* previstas en el contrato, integradas por las figuras de las *tarifas*, la *subvención*, *precio o pago*, en su caso, y la *revisión de precios* con toda su problemática, procede el estudio de los *derechos extraordinarios* relativos al *mantenimiento del equilibrio económico en el supuesto de modificación del contrato* (TRLCSF, 282 y ALCSP, 288).

Se trata de un tema de gran complejidad, en tanto que resultado de una evolución histórica de la aplicación de los principios de riesgo y ventura y equilibrio económico y de la propia potestad del *ius variandi*, aumentada en los últimos años por los cambios legislativos limitativos de este derecho en relación con las modificaciones contractuales, derivados fundamentalmente de la jurisprudencia y las directivas comunitarias.

En las páginas siguientes se abordarán tales cuestiones en el orden siguiente:

- Derechos económicos extraordinarios del concesionario (epígrafe 4.9.2).
- *Ius variandi* o potestad de modificación de servicio (4.9.3).
- La modificación del contrato en la Directiva 2014/23/UE (4.9.4).
- Incidencia de las prescripciones generales sobre modificación de los contratos en el ALCSP (4.9.5).
- Modificación del contrato de concesión y mantenimiento del equilibrio en el ALCSP (4.9.6).

4.9.2. Derechos económicos extraordinarios del concesionario.

4.9.2.1. Derecho a una retribución adecuada: principios de riesgo y ventura y equilibrio económico y financiero de la concesión. La configuración tradicional

a) Planteamiento y evolución histórica.

A la ya natural relevancia del componente económico en todo contrato, en la concesión viene a añadirse la complejidad derivada de la concurrencia de dos principios: *riesgo y ventura* y *equilibrio económico y financiero*.

Se trata de principios que, aunque no llegan a ser antitéticos, parten de presupuestos distintos y cuya aplicación, por separado, daría lugar a consecuencias opuestas. De ahí que sea conveniente adelantar que cuando en una concesión se plantea la controversia económica entre Administración y empresario, deba procederse a una especie de *juicio*, en el que a partir de una *valoración* de los postulados respectivos de cada principio, y su *contraste* con la configuración contractual y las circunstancias fácticas concurrentes, se resuelva el conflicto planteado bien a cargo del concesionario (en aplicación del principio de riesgo y ventura), bien mediante la asunción por la Administración del coste añadido (al amparo del de equilibrio económico y financiero), y ello sin descartar la posibilidad de soluciones mixtas derivadas de la consideración conjunta de ambos.

El análisis de los principios requiere de una mención a los antecedentes históricos, en cuya evolución se encuentran las claves que explican su diferente formulación. Expuestos de manera sucinta, son los siguientes:⁴⁰²

1. Iniciada ya la segunda mitad del siglo XIX, la concesión constituye la figura idónea para el establecimiento y prestación de los servicios públicos del ferrocarril, suministro de gas y de electricidad, y telégrafo, entre los más emblemáticos. En el marco de un Estado liberal que se caracteriza por disponer de unos recursos financieros escasos, los gobiernos consiguen la colaboración de los empresarios privados que asumirán la financiación de las costosas inversiones que demanda el desarrollo de tales servicios, bien que con la perspectiva de la obtención de unos beneficios considerables.

2. La configuración jurídica de esa colaboración público-privada tomará cuerpo en la concesión, que, inicialmente, será otorgada bajo el imperio exclusivo del principio de *riesgo y ventura del empresario*.

A nadie debe escapársele, sin embargo, que el contexto en que ello tiene lugar ofrece un panorama muy atractivo para los concesionarios: expectativas de crecimiento

⁴⁰² Sobre los derechos económicos del concesionario, cabe citar la bibliografía específica de ALBI CHOLBI (1960: 528-533 y 560-576); BLANQUER CRIADO (2012: 1017-1056); BLANQUER CRIADO (2013: 1014-1074); FUERTES LÓPEZ (2013); GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO (2004: 395-415); GIMENO FELIU (2014b: 141-155), GÓMEZ-ACEBO & POMBO (2014:89-91); MARTÍNEZ-ALONSO (2009: 639-641); MESTRE DELGADO (2003: 1503-1518 y 2011: 2132-2151); SOSA WAGNER (2004: 221-233) y VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA (2005: 693-732).

constante sin alteración excesiva de costes, y tarifas excedentarias (cubrirían la amortización de las inversiones y reportarían altos beneficios).

Se comprenderá, por ello, que pese a *aparente paridad* tanto de la formulación española, como de la francesa (la precursora del *a risque et péril*) o de la italiana (*a tutto rischio e pericolo*), la creencia generalizada fuera que las *venturas* serían superiores a los *riesgos*.

Y lo cierto es que esa realidad se mantendrá durante años.

3. A principios del siglo XX, sin embargo, la situación cambiará como consecuencia de la incidencia de diversos factores: los costes de producción de los servicios se disparan, los usuarios presionan para que el incremento de tarifas no sea desmesurado y los propios gobiernos plantean mayores y nuevas exigencias a los concesionarios, que se verían así abocados a la *quiebra*.

Pero antes de que tal ruina se produzca, y a fin de garantizar la prestación de los servicios públicos, como característica ya del Estado liberal democrático, se plantea la flexibilización del vínculo contractual, hasta ese momento atenazado por la rigidez del principio de riesgo y ventura, mediante la introducción de medidas que restablezcan el *equilibrio económico y financiero* del contrato y, por ende, del concesionario, lo que otorga carta de naturaleza como principio a estas actuaciones.⁴⁰³

A partir de ese momento, pues, durante la ejecución del contrato ha de mantenerse la *ecuación financiera* del mismo, entendida como configuración equilibrada de derechos y obligaciones del concesionario, para lo cual las diferentes controversias que éste plantee a la Administración deben ser resueltas mediante la aplicación ponderada de los principios de *riesgo y ventura* y *equilibrio económico y financiero*.

⁴⁰³ Históricamente, las dos *correcciones* a la rigidez del riesgo y ventura tienen sus fechas y denominaciones emblemáticas:

a) La modificación de la concesión ordenada por la Administración que conlleva la exigencia de la correlativa compensación económica: el *Arrêt Cie General Francaise des Tramways* (tranvías), también conocido como *Arrêt León Blum*, de 11.3.1910 (ALBI CHOLBI, 1960: 529 y 565; y VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA, 2005: 714).

b) La concurrencia de circunstancias imprevisibles que determinan la ruptura de la economía de la concesión: el *Arrêt Gaz de Bordeaux* (sobre la incidencia en el contrato del aumento extraordinario del precio del carbón como consecuencia de la primera guerra mundial), de 30.3.1916 (SOSA WAGNER, 2004: 222; y VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA, 2005: 716-717).

b) Regulación en el Derecho español.

Ciñéndonos a los antecedentes próximos podemos reseñar las previsiones normativas siguientes:

b.1) En relación con el principio de riesgo y ventura:

El TRLCSP lo menciona expresamente:

- con carácter general para todos los contratos, en el art. 215;⁴⁰⁴
- en el contrato de gestión de servicio público, para definir la modalidad de concesión, en el art. 277.a);⁴⁰⁵
- y también, de manera profusa, en relación con el contrato de concesión de obras públicas (a destacar las referencias de los art. 7, 242, 246.b y 253.1 y .2).

b.2) En relación con el principio de equilibrio económico y financiero en el Derecho local.

Cronológicamente, la enunciación de este principio se expresa primero en el Derecho local, concretamente en el Reglamento de *Servicios de las Corporaciones locales* de 1955, en una doble formulación:

-como deber de la Administración en la observancia del mismo, en el art. 127.2.2º;⁴⁰⁶

⁴⁰⁴ Art. 215. «Principio de riesgo y ventura. La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 231 (sobre fuerza mayor), y de lo pactado en las cláusulas de reparto de riesgo que se incluyan en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado».

⁴⁰⁵ Art. 277 «Modalidades de la contratación (...) a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura (...)».

⁴⁰⁶ Art. 127 (...) «2. La Corporación concedente deberá:(...).

2º. Mantener el equilibrio financiero de la concesión, para lo cual:

a) compensará económicamente al concesionario por razón de las modificaciones que le ordenare introducir en el servicio y que incrementaren los costos o disminuyeren la retribución, y

b) revisará las tarifas y subvención cuando, aun sin mediar modificaciones en el servicio, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinaren, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión».

- como derecho del concesionario, en el art. 128.3.2º;⁴⁰⁷

Vigentes tales previsiones en las Comunidades Autónomas que no han aprobado legislación específica sobre servicios públicos locales, rigen otras análogas en las que sí lo han hecho.⁴⁰⁸

b.3) En relación con el principio de equilibrio económico y financiero en la legislación básica de contratos.

Por lo que se refiere al contrato de gestión de servicios públicos, la regulación del TRLCAP/2000 era parcial e incompleta, pues solo contemplaba el supuesto de modificación ordenada por la Administración y su correlativa compensación económica en el art. 163.⁴⁰⁹

En cambio, el TRLCAP/2000 sí recogía, expresamente y en toda su amplitud, el principio de equilibrio económico y financiero en relación con el contrato de concesión de obras públicas, en la doble acepción señalada a propósito del Derecho local, en los art. 242.b y 248 (Título V añadido por la L 13/2003, de 23.5).⁴¹⁰

⁴⁰⁷ Art. 128 (...) «3. Serán derechos del concesionario: (...)

2º *Obtener compensación económica que mantenga el equilibrio financiero de la concesión en los casos en que concurra cualquiera de las circunstancias a que se refieren los números 2º, (...), del párrafo 2 del artículo anterior».*

⁴⁰⁸ Así:

- en Cataluña, el ROAS/1995, cuyos art. 249.b) y 250.2.b) formulan el principio de equilibrio económico y financiero como deber de la Administración y derecho del concesionario, respectivamente;

- y en Aragón, el RBASO/2002, que enuncia el citado principio, también como deber y derecho correlativos, en los art. 278.b) y 279.b).

⁴⁰⁹ Disponía el art. 163 lo siguiente:

«Modificación y sus efectos.

1. *La Administración podrá modificar, por razones de interés público, las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios.*

2. *Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato.*

3. *En el caso de que los acuerdos que dicte la Administración respecto al desarrollo del servicio carezcan de trascendencia económica, el contratista no tendrá derecho a indemnización por razón de los mismos».*

⁴¹⁰ Prescribían dichos preceptos:

- Art. 242. *«Derechos del concesionario. Los concesionarios tendrán los siguientes derechos:(...)*

b) *El derecho al mantenimiento del equilibrio económico de la concesión, en la forma y con la extensión prevista en el artículo 248 de esta Ley».*

- Art. 248. *«Mantenimiento del equilibrio económico del contrato.*

Esa regulación parca en la legislación básica cambió con ocasión de la LCSP/2007, que en su art. 258 dispuso lo siguiente:

*«Artículo 258. Modificación del contrato y **mantenimiento de su equilibrio económico.***

1. La Administración podrá modificar por razones de interés público las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios.
2. Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista de manera que se **mantenga el equilibrio de los supuestos económicos** que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato.
3. En el caso de que los acuerdos que dicte la Administración respecto al desarrollo del servicio carezcan de trascendencia económica el contratista no tendrá derecho a indemnización por razón de los mismos.
4. La Administración deberá **restablecer el equilibrio económico del contrato**, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:
 - a. Cuando la Administración modifique, por razones de interés público, las características del servicio contratado.
 - b. Cuando actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.
 - c. Cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 214 de esta Ley.
5. En los supuestos previstos en el apartado anterior, el **restablecimiento del equilibrio económico** del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios, la reducción del plazo del contrato y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Así mismo, en los casos previstos en los apartados 4.b y c, podrá

1. El contrato de concesión de obras públicas deberá mantener su equilibrio económico en los términos que fueron considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario, de conformidad con lo dispuesto en el apartado siguiente.

2. La Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

a) Cuando la Administración modifique, por razones de interés público, las condiciones de explotación de la obra.

b) Cuando causas de fuerza mayor o actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión. A estos efectos, se entenderá por causa de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 144 de esta Ley.

c) Cuando se produzcan los supuestos que se establezcan en el propio contrato para su revisión, de acuerdo con lo previsto en los artículos 230.1.e) y 233.1.d) de esta Ley.

3. En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas establecidas por la utilización de la obra, la ampliación o reducción del plazo concesional, dentro de los límites fijados en el artículo 263, y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. En el supuesto de fuerza mayor previsto en el apartado 2.b), la Administración concedente asegurará los rendimientos mínimos acordados en el contrato siempre que aquélla no impidiera por completo la realización de las obras o la continuidad de su explotación».

prorrogarse el plazo del contrato por un período que no exceda de un 10 % de su duración inicial, respetando los límites máximos de duración previstos legalmente.»

Se produjo así una adecuación de la legislación básica a la legislación local, si bien no fue absoluta, toda vez que no había correspondencia total entre las «*circunstancias sobrevenidas e imprevisibles*» (RS, 127.2.b) y las «*causas de fuerza mayor*» (LCSP, 258.4.c). Así, mientras que los supuestos de fuerza mayor detallados en el art. 214 de la LCSP siempre constituyen circunstancias sobrevenidas e imprevisibles, no sucede lo mismo en todos los casos a la inversa.

Por otro lado, con la inclusión de la determinación relativa a la posibilidad de prórroga se logró un efecto doble: de un lado, aquilatar dicha prórroga a unos términos razonables (el 10% de la duración inicial del contrato); de otro, negar su aplicación en los casos del *ius variandi*, acabando así con una práctica que se había venido utilizando con cierta asiduidad (el caso de las autopistas) y en términos abusivos (con período de prórroga muy superior a ese 10%). En esta misma línea de razonamiento hay que consignar que la LCSP también incluyó esa posibilidad para la concesión de obras públicas, bien que cifrándola en el 15% (art. 241.3, el 258.3 en el TRLCSP).

Esta regulación se mantendrá inalterada hasta la variación introducida por la L 2/2011, de Economía Sostenible, que restringió severamente las posibilidades de modificación de los contratos, como veremos posteriormente.

c) Retribución adecuada y mutabilidad contractual.

El sentido último de las previsiones normativas hasta aquí referidas no debe ser otro que el de garantizar al concesionario una *retribución adecuada*, aceptando la *mutabilidad contractual* en aquellos supuestos en que se hayan alterado las bases económicas del contrato inicial.

El punto de partida, pues, es esa *retribución adecuada* para el concesionario que «*deberá ser calculada de modo que permita, mediante una buena y ordenada administración, amortizar durante el plazo de la concesión el costo de establecimiento del servicio y cubrir los gastos de explotación y un margen normal de beneficio industrial*», según prescribe el art. 129.3 del RServicios/1955. Para cubrirla, tal como ya se ha visto, las formas de retribución previstas son las siguientes (RS/1955, art. 129.1, 2 y 4):

- las tarifas satisfechas por los usuarios;
- la subvención otorgada o el precio abonado por la Corporación;
- eventualmente, las contribuciones especiales impuestas por el establecimiento del servicio.

Y a esas modalidades de contraprestación económica se suma la *revisión* de las mismas en los términos considerados como básicos en el contrato, y de acuerdo con la regulación establecida.

El derecho a la retribución adecuada tiene dos proyecciones: la de carácter ordinario, ya analizada en las *prestaciones económicas* (epígrafe 4.8); y la relativa al *mantenimiento del equilibrio económico en el supuesto de modificación del contrato*, que es objeto de estudio en este epígrafe 4.9.

Si los referidos son los parámetros que habían venido incidiendo en la configuración inicial de la retribución, debe señalarse que en la concesión, como en el resto de modalidades del contrato de gestión de servicios públicos, adquieren una relevancia especial las exigencias sobre continuidad y regularidad en la prestación de los mismos. En el marco ya del Estado social, estas exigencias, unidas a la larga duración que suelen tener tales contratos, avalaron, por otra parte, la aplicación a éstos de la denominada *cláusula de progreso*, que había venido justificando su modificación en interés del propio servicio público.⁴¹¹

Y tanto en el supuesto de la modificación, como en el de la concurrencia de circunstancias imprevisibles, se entendía que procedía la revisión de la forma de retribución al haberse alterado el equilibrio económico y financiero de la concesión, en los términos que se señalarán a continuación.

⁴¹¹ La LCat 8/1987 y el TRLCat/2003 que la sustituyó recogen dicha cláusula con la siguiente formulación (art. 235 y 251, respectivamente):

«Corresponderá a los Entes locales la potestad de dirección y control del servicio público, que comportará el ejercicio de la potestad de modificación y la inclusión implícita de la cláusula de actualización del servicio de conformidad con los estándares económicos y sociales.»

De todas formas, debe insistirse en que el criterio que establece la legislación, como punto de encuentro entre los principios de riesgo y ventura y equilibrio económico y financiero, es el de la *retribución adecuada* del concesionario, calculada en los términos determinados en el art. 129.3 del RS/1955 antes transcritos. En este sentido debe añadirse que dicho cálculo habrá de tomar como referentes los «*supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato*» (ex LCSP y luego TRLCSP, 258.2 y 282.2, respectivamente, ambos *in fine*), bien que actualizados en función de las vicisitudes acaecidas en la ejecución de la concesión.⁴¹²

4.9.2.2. Alteración del equilibrio económico y financiero: causas y grados de cobertura de su restablecimiento. La configuración tradicional

a) *Ius variandi*

La primera causa de alteración del equilibrio económico y financiero del contrato es el ejercicio del denominado *Ius variandi*, lo que supone la modificación directa y unilateral del mismo ordenada por la Administración concedente.

Su incidencia en la concesión se ha venido caracterizando a partir de las siguientes notas:

⁴¹² Especialmente aplicable al caso es la siguiente reflexión de LÓPEZ GARCÍA (2004: 2618):

«Si se quiere promover la competencia y favorecer el ahorro, adjudicando a la mejor oferta, no existe otra solución que determinar a priori e incluir en los pliegos de condiciones, con todo detalle, los precios unitarios de los servicios que se contratan, al mismo tiempo que se establecen las fórmulas polinómicas que permitan la segura y obligada revisión de precios. Es más, conviene incluir en los pliegos de condiciones particulares la posibilidad de actualizar cada año –en función de las nuevas inversiones (depuradoras, estaciones de autobuses, nuevas líneas de servicio...)- el coste unitario actualizado del servicio y de mejorar, en función de los resultados, la propia retribución del concesionario.

No se trata de discutir si el concesionario tiene derecho al equilibrio económico de la concesión y a la actualización de tarifas o a la compensación de pérdidas, y de la Administración a conocer la política y la gestión empresarial del concesionario. Se trata de conocer y valorar la gestión del concesionario para, de acuerdo con los riesgos asumidos en los estudios de costes que sirvieron de base y fundamento a su oferta, establecer los incrementos de precios (costes) asumibles por la Administración. El principio de tarifa suficiente no puede utilizarse para eludir los errores de la oferta ni para convertir en riesgo imprevisible lo que es gestión ordinaria, menos para garantizar un beneficio ordinario a cualquier coste.

No se tiene por qué soportar los errores de cálculo realizados por el concesionario, que no puede negar los riesgos de la gestión del servicio. Sin olvidar que pueden y deben establecerse fórmulas adicionales de retribución en función de los resultados de gestión. El álea de la contratación, por así decirlo, sigue y debe seguir siendo en su mayor parte de cuenta del concesionario.»

1. En cuanto a su *contenido* y *alcance* deben distinguirse dos modalidades:

1.1 Que la modificación tenga una *dimensión objetiva*, por comportar «*la variación en la calidad, cantidad, tiempo o lugar de las prestaciones en que el servicio consista*» (RS/1955, 127.1.1^a.a) o «*las características del servicio contratado*» (LCSP y luego TRLCSP, 258.1 y 282.1, respectivamente, ambos segundo inciso).⁴¹³

1.2 Que la variación afecte a la *dimensión económica* por entrañar una «*alteración de las tarifas a cargo del público y en la forma de retribución del concesionario*» (RS/1955, 127.1.1^a.b) o por modificar «*las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios*» (LCSP y luego TRLCSP, 258.1 y 282.1, respectivamente, ambos *in fine*).⁴¹⁴

2. Por lo que se refiere a su *configuración* debe recordarse que ese *ius variandi* tiene el carácter de *potestad* (RS, 127.1.1^a y ROAS, 248.a, y RBASO, 277.a), lo que explica que, normativamente y hasta fechas recientes, su ejercicio no estuviera sujeto a límites directos, pues ni los preceptos aludidos, ni el art. 163 del TRLCAP/2000, ni el 258 de la LCSP los fijaban.⁴¹⁵

⁴¹³ Los supuestos enunciados en el RS son reproducidos en el ROASCat/1995 (248.a) y RBASO Arag/2002 (277.a).

Como ejemplos de modificaciones que obedecen a dicha causa pueden citarse las que son objeto de controversia en los supuestos siguientes:

- STS de 11.2.1998 (Ar 1204), sobre *cambio de ubicación del vertedero al cual debía transportar el concesionario las basuras recogidas* (FJ 3^o y 4^o)
- STSJ Andalucía, Granada, de 30.7.2003 (RJCA 980), sobre *traslado del mercado municipal* (FJ 3^o).

⁴¹⁴ Se refieren, directamente, a «*la alteración de la retribución del concesionario*» el ROAS (248.a) y el RBASO (277.a).

Constituyen casos de alteración de la forma de retribución los siguientes:

- El otorgamiento de una subvención al concesionario como contrapartida a la no autorización del incremento de tarifas.
- O por la misma motivación, la reducción o incluso supresión, temporal o indefinida, del canon que debía abonar a la Administración concedente.

A este respecto, la STS de 13.11.1986 (Ar 8072) señala que la colaboración de la Administración para mantener el equilibrio económico «*puede presentar cauces diversos de manifestación o materialización, tales como la revisión de las tarifas del servicio, el otorgamiento de una subvención o aumento de la inicialmente otorgada, o cualquier otra compensación económica (por ejemplo, el cambio de sentido del canon concesional o la dación de anticipos sin interés)*» (CDO 2^a).

⁴¹⁵ Ello se explica por la especial incidencia del servicio público y la protección que le dispensaba la legislación, que en este capítulo de la modificación se apartaba del tratamiento general (no regía, como ya se precisó, el límite del 20 por 100 previsto para el contrato de obras, ex TRLCAP, 149.e), y utilizaba ese concepto de *potestad* cuya virtualidad es mayor que la de la simple *prerrogativas* que emplea para referirse a la modificación genérica de los contratos (ex TRLCAP, 59.1).

3. En lo relativo al *grado de cobertura* del desequilibrio que debe asumir la Administración no hay duda que deber ser *integral*. Es esta una conclusión que deriva de los términos, categóricos y sin matices, con los que alude a su obligación:

- «*compensará económicamente al concesionario por razón de las modificaciones que le ordenare introducir en el servicio y que incrementaren los costos o disminuyeren la retribución*» (RS, 127.2.2.a) y ROAS, 249.b y RBASO, 278.b);

- «*cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato*» (LCSP y luego TRLCAP, 258.2 y 282.2, respectivamente).

- «*la Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato (...) cuando (...) modifique, por razones de interés público, las características del servicio contratado*» (LCSP, 258.4.a, en su redacción inicial).

El resarcimiento debe retribuir la totalidad de los costes generados, con inclusión, por ello, de los eventuales *daños y perjuicios irrogados*, lo que comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante.⁴¹⁶

Las determinaciones anteriores están previstas para el supuesto de desequilibrio económico, razón por la cual, lógicamente, no serán aplicables si éste no se produce, lo que viene a recordar el TRLCSP en su prescripción sobre *modificación del contrato de gestión de servicios públicos*: «*En el caso de que los acuerdos que dicte la Administración respecto al desarrollo del servicio carezcan de trascendencia*

Los condicionamientos de la modificación provenían del propio carácter público de la potestad, que debe ser accionada, en todo caso, con arreglo a los principios de *objetividad* y respeto a la *libre competencia*, en los términos que veremos (epígrafe 4.9.3).

⁴¹⁶ Aunque tal amplitud ya resulta del propio alcance de la *compensación integral*, ese es el grado de cobertura que se detalla en el TRLCSP al regular los *efectos de la resolución del contrato motivada por la Administración* (rescate, supresión e imposibilidad de prestación del servicio), cuya identidad de razón avala su aplicación: «*(...) la Administración indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que se le irroguen, incluidos los beneficios futuros que deje de percibir, atendiendo a los resultados de la explotación en el último quinquenio y a la pérdida de valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquélla, habida cuenta de su grado de amortización*» (288.4).

económica el contratista no tendrá derecho a indemnización por razón de los mismos» (art. 282.3).

b) La aprobación de medidas y el *factum principis*

A diferencia del *ius variandi*, en el *factum principis* (*hecho del príncipe*), tradicionalmente, se ha venido manteniendo que la alteración del equilibrio económico no es originada por el ente titular del servicio en tanto que contratante, sino que deriva de medidas generales y obligatorias, adoptadas por los poderes públicos, que causan un perjuicio al concesionario.

De configuración doctrinal, y articulado para mantener el equilibrio económico, se ha admitido que el nivel de cobertura sea integral, bien que podría defenderse que el sobrecoste fuera compartido entre el concesionario y la Administración.⁴¹⁷

La LCSP/2007, primero (art. 258.4.b), y el TRLCSP, después (282.4.b), han acogido en la legislación básica esta figura al disponer que «*la Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato (...)*»:

b) Cuando actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato».

Del redactado del TRLCSP ya no se deriva forzosamente la *ajeneidad* de la Administración que provoca el desequilibrio, lo que abre paso a considerar que también pueda ocasionarlo la titular del servicio, bien que, para que concurra esta

⁴¹⁷ Los requisitos para considerar la concurrencia del *factum principis* fueron fijados por el Consejo de Estado (Dictamen de 3.11.1948). También lo trata el Informe de la JCCA AGE núm. 59/03, de 7.6.2004, cuya referencia se transcribe a continuación (la mención al *factum principis* se recoge en la consideración jurídica 2, *in fine* y en la conclusión 2):

«No obstante, cabe advertir que de los datos aportados en la documentación recibida se aprecia que las posibles variaciones producidas en el canon de vertido, podrían motivar que se modifique la retribución económica del concesionario para mantener el equilibrio económico financiero de la concesión, conforme a la previsión establecida en los artículos 126.2, letra b), 127.2.2.1 y 128.3.2.1. del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955» (CJ 2).

«Que, no obstante, podría resultar factible la compensación económica al concesionario para mantener el equilibrio económico financiero de la concesión si se justifican debidamente los incrementos experimentados en el canon de vertidos» (conclusión 2).

causa del *factum principis*, deberá tratarse siempre de medidas o decisiones adoptadas al margen del contrato.⁴¹⁸

c) La concurrencia de causas sobrevenidas e imprevisibles o de fuerza mayor

También puede suceder que «*circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinaran, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión*» (RS, 127.2.2º.b y 128.3.2º).

Se trata de un concepto jurídico indeterminado y, como es de prever, objeto de discusión recurrente sobre su aplicación y sus límites.⁴¹⁹

En términos generales, de admitirse, comporta que la cobertura económica del desequilibrio sea compartida entre la entidad titular del servicio y el concesionario.⁴²⁰

⁴¹⁸ Esa es la opinión de BLANQUER CRIADO (2013: 1044-1048), autor que ofrece varios y certeros ejemplos al respecto; así, en síntesis (idem):

- la supresión de unas exenciones fiscales (STS de 8.6.1992, Ar 5904, FJ 6º);
- la implantación del servicio municipal de alquiler de bicicletas que provoca la disminución de viajeros en el servicio de transporte colectivo en autobús que explota el concesionario;
- el cambio de unas normas ambientales que fuerza al concesionario a realizar inversiones que no pueden amortizarse en el breve tiempo restante hasta la extinción del contrato (IJCCA de la AGE núm. 6/2008, de 31.3.2009);
- la relación de causalidad entre la pasividad burocrática y el desequilibrio económico de la concesión: inoperancia del sistema de control horario y falta de revisión de precios por el Ayuntamiento en el servicio de aparcamiento en vía pública (STS de 6.4.2005, Ar 3464, FJ 3º).

El TACP Aragón, en su Acuerdo 51/2914, de 4.9, sintetiza las características de esta figura en los siguientes términos (FDº 5º): «Según la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado —Informes 7/2003, de 22 de diciembre y 61/2008, de 31 de marzo de 2009—, el «*factum principis*» consiste en la alteración indirecta de la prestación contratada sin mediar modificación, debido a medidas administrativas generales que, aunque no modifican directamente el objeto del contrato, ni lo pretenden, inciden o repercuten sobre él, haciéndolo más oneroso para el contratista sin culpa de éste.

El concepto del «*factum principis*» se encuentra también recogido en numerosos dictámenes del Consejo de Estado, que reproducen la definición del dictamen número 3.725, de 12 de noviembre de 1948, según el cual existe «*factum principis*» cuando la Administración está vinculada con un particular y lesiona la materia económica sinalagmáticamente acordada a través de un acto propio, nacido del poder general del «*imperium*» (dictamen del Consejo de Estado, expediente 31/1992).

De esta definición, se desprende que el «*factum principis*» ha de ser imputable a decisiones administrativas que condicionan el régimen económico de la explotación, debiendo existir, en todo caso, relación de causalidad entre medida y perjuicio, mayor onerosidad del contrato y ausencia de culpa del contratista.»

⁴¹⁹ Esa misma previsión se recoge en el ROAS (249.b, *in fine* y 250.2.b) y RBASO 278.2, *in fine*).

⁴²⁰ Un ejemplo de la aplicación de estas circunstancias sobrevenidas e imprevisibles lo tenemos en la STS de 23.2.2001 (Ar 2874), en la que, en relación con el servicio urbano de

Como ya se ha señalado, la adecuación de la legislación básica a la legislación local no es total, toda vez que no hay una identidad absoluta entre estas «*circunstancias sobrevenidas e imprevisibles*» y las «*causas de fuerza mayor*», recogidas como causa de alteración del equilibrio económico en aquella (LCSP, 258.4.c y TRLCSP, 282.4.c). Así, los supuestos de fuerza mayor siempre constituyen circunstancias sobrevenidas e imprevisibles, pero caben casos de tales circunstancias que no integran el concepto de fuerza mayor, objeto de una definición legal precisa.⁴²¹

d) Técnicas para restablecer el equilibrio económico

Para llegar a los niveles de cobertura señalados en los apartados anteriores, la Administración dispone de vías diversas, que, preferiblemente, habrían de ser objeto de acuerdo con el concesionario, aunque no debería excluirse, si no se alcanza, la resolución unilateral. En síntesis, el restablecimiento del equilibrio económico puede articularse a partir de:

- la compensación económica contingente o puntual al concesionario (RS, 127.2.2; ROAS, 249.b y 302.3 y RBASO, 279.b y 280.2);

transportes de viajeros mediante autobuses, se admite la concurrencia de dichas causas respecto del incremento relativo a combustible y neumáticos y se rechaza en cuanto a la actualización de la mano de obra derivada del convenio colectivo.

Otro lo encontramos en la STS de 1.7.1992 (Ar 6104), en relación con el servicio de recogida de basuras en un municipio turístico, en el que el crecimiento del número de usuarios en el 50% más de los iniciales, «*supera las previsiones normales y da lugar a un desequilibrio económico de la concesión, por lo que procede acceder a las pretensiones del apelante y restablecer aquel equilibrio, llevando a cabo una composición de los intereses de las partes y atendiendo a la justicia distributiva*».

⁴²¹ Con el precedente de la LCSP (214), el TRLCSP la concreta así:
«*Artículo 231. Fuerza mayor.*

1. *En casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, éste tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que se le hubieren producido.*

2. *Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes:*

a) *Los incendios causados por la electricidad atmosférica.*

b) *Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes.*

c) *Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.»*

Ninguno de los dos supuestos descritos en la nota anterior como ejemplos de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles (incremento relativo a combustible y neumáticos en el servicio de transporte urbano y crecimiento acusado del número de usuarios del servicio de recogida de basuras), tendrían cabida, pues, entre las causas de fuerza mayor reproducidas.

- la revisión de las tarifas (RS, 127.2.2.b, 129.b y 145 a 152; TRLCSP, 282.5; ROAS, 249.b y RBASO, 278.b y 280.1);
- el otorgamiento de subvenciones que se mantienen a lo largo del tiempo (RS, 127.2.2.b; ROAS, 249.b y 302.3 y RBASO, 278.b).

Las anteriores son las técnicas ordinarias, aunque no se ha negado la posibilidad de otras medidas con *incidencia en el contenido económico* del contrato, con carácter extraordinario y normalmente objeto de polémica, como la rebaja del canon que ha de abonar el concesionario o la ampliación del plazo del contrato. El TRLCSP prevé la utilización de este último mecanismo, aunque con dos limitaciones: no para el caso que el desequilibrio resulte de la aplicación del *ius variandi* (sí, por tanto, para el del *factum principis* y de la fuerza mayor), y teniendo en cuenta que «*podrá prorrogarse el plazo del contrato por un período que no exceda de un 10 por 10 de su duración inicial, respetando los límites máximos de duración previstos legalmente*» (art. 282.5).

Como es de prever, la aplicación de estos mecanismos de restablecimiento del equilibrio económico de la concesión es extremadamente compleja, y de ahí que sea uno de los ámbitos principales de conflictos jurisdiccionales entre administración y concesionario.⁴²²

4.9.2.3. La matización del restablecimiento económico derivada de las limitaciones a la potestad de modificación del contrato

Los derechos del concesionario vistos en los apartados anteriores no han sido objeto de una modificación expresa, toda vez que se han mantenido inalterados tanto la regulación del Reglamento de Servicios de 1955 –y sus correlativos textos autonómicos–, como la de la LCSP/2007, primero, y del TRLCSP, después.

Sentada esta afirmación, sin embargo, hay que constatar que de manera indirecta sí se ha visto afectado el derecho al restablecimiento del equilibrio económico, toda vez que se han restringido severamente las posibilidades de la potestad de modificación del contrato.

⁴²² En este sentido seleccionamos la jurisprudencia siguiente: SSTS 14.2.1986 (Ar 1582, equilibrio económico/riesgo y ventura, FJ 2º); 1.7.1992 Ar (6099, riesgo imprevisible, FJ 3º y 4º); 11.2.1998 (Ar 1204, *ius variandi*, FJ 5º) y 23.2.2001 (Ar 2874, riesgo y ventura e imprevisibilidad).

Efectivamente, con la Ley 2/2011, de Economía Sostenible se modificó la LCSP (art. 258), en unos términos que luego han pasado al TRLCSP y que se reproducen a continuación.

«Artículo 282. *Modificación del contrato y mantenimiento del equilibrio económico.*

1. *La Administración podrá modificar por razones de interés público y **si concurren las circunstancias previstas en el título V del libro I**, las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios.*
2. *Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato.*
3. *En el caso de que los acuerdos que dicte la Administración respecto al desarrollo del servicio carezcan de trascendencia económica el contratista no tendrá derecho a indemnización por razón de los mismos.*
4. *La Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:*
 - a. *Cuando la Administración modifique, por razones de interés público y de acuerdo con lo establecido en el título V del libro I, las características del servicio contratado.*
 - b. *Cuando actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.*
 - c. *Cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 231 de esta Ley.*
5. *En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios, la reducción del plazo del contrato y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Así mismo, en los casos previstos en los apartados 4.b) y c), podrá prorrogarse el plazo del contrato por un período que no exceda de un 10 % de su duración inicial, respetando los límites máximos de duración previstos legalmente».*

Nótese cómo el inciso en negrita, que no figuraba en el precepto correlativo de la LCSP (art. 258.1), remite al título V del libro I del TRLCSP, que lleva por título, precisamente, «*modificación de los contratos*» (art. 105 a 108). La limitación, por tanto, no se refiere a los derechos –que continúan siendo los mismos–, sino al ejercicio de la potestad del *ius variandi*, como analizaremos con detalle después.

4.9.3. *De la mutabilidad contractual a la intangibilidad esencial del contrato.*

Tal como ya se ha ido adelantando con profusión, la cuestión relativa a las posibilidades de modificación de la concesión ha sido objeto de una regulación del todo innovadora que ha afectado al conjunto de contratos, tanto públicos como

privados, con ocasión de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, con la severa restricción de las posibilidades de modificación contractual (DF 16ª, siete), y recogida en el TRLCSP, después (Título V, del Libro I, art. 105 a 108).

Es por ello que hay que diferenciar los regímenes anterior y posterior a dicha regulación innovadora.

4.9.3.1. La aplicación del principio de mutabilidad contractual hasta la entrada en vigor de la Ley 2/2011, de economía sostenible

Como se recordará, al analizar la obligación del concesionario de prestar el servicio de acuerdo con las modificaciones ordenadas por la corporación con posterioridad a la adjudicación, se señaló que tal obligación se vinculaba directamente con la modificación de la concesión y el poder o *ius variandi* que ampara a la Administración titular del servicio público de que se trate. Cuestión de gran trascendencia y complejidad, es conveniente distinguir tres perspectivas de análisis, que tienen su correlato diferenciador en sendos preceptos del Reglamento de Servicios de 1955.

a) La modificación de la concesión entendida como *potestad pública*, reconocida y regulada en el RS en los siguientes términos:

«Art. 127. 1. La Corporación concedente ostentará, sin perjuicio de las que procedan, las potestades siguientes:

1ª. Ordenar discrecionalmente, como podría disponer si gestionare directamente el servicio, las modificaciones en el concedido que aconsejare el interés público y, entre otras:

a) la variación en la calidad, cantidad, tiempo o lugar de las prestaciones en que el servicio consista, y

b) la alteración de las tarifas a cargo del público y en la forma de retribución del concesionario.»

b) La obligación que tiene el concesionario de dar cumplimiento a la modificación aprobada por la Corporación, la cual se precisa en el segundo inciso de este artículo:

«Art. 128.1. Serán obligaciones generales del concesionario:

1ª. Prestar el servicio del modo dispuesto en la concesión u ordenado posteriormente por la Corporación concedente (...).

c) El *derecho del concesionario a la compensación económica correspondiente* por razón de la modificación introducida en la prestación del servicio e impuesta por la corporación, derecho que se define a partir de las previsiones siguientes:

- «Art. 127 (...)

2. La Corporación concedente deberá (...)

2º Mantener el equilibrio financiero de la concesión, para lo cual:

a) compensará económicamente al concesionario por razón de las modificaciones que le ordenare introducir en el servicio y que e incrementaren los costos o disminuyeren la retribución, (...).

- Art 128 (...)

3. Serán derechos del concesionario: (...)

*2º Obtener compensación económica que mantenga el equilibrio financiero de la concesión en los casos en que concurra cualquiera de las circunstancias a que se refieren los números 2º (...) del artículo anterior».*⁴²³

Una vez diferenciados los tres ámbitos hay que recordar que el análisis de la obligación del concesionario y de su derecho correlativo ya se ha desarrollado en epígrafes anteriores, mientras que en el presente lo centramos en su consideración como potestad pública. Respecto de ésta, la cuestión clave residía en resolver cuáles eran los límites a los que estaba constreñida la Administración titular del servicio.

Naturalmente, como toda potestad, no encerraba un poder omnímodo y su ejercicio estaba sujeto a los principios generales, entre los cuales destacaban los siguientes:

- el principio de objetividad (CE, art. 103.1), que además de exigir que la actuación administrativa satisfaga, estrictamente el interés público proscribía cualquier trato de favor;

⁴²³ En la legislación autonómica las referencias a la potestad pública, obligación y derecho se localizan, respectivamente, en:

- ROASCat/1995: art. 248.a, 235.a y 250.5, 249.b y 250.2.b.
- RBASO Aragón: 277.a, 269.1.h y 279.2, 278.b y 279.1.b.

- el respeto al principio de concurrencia y libre competencia, en tanto que el ejercicio de la potestad de modificación pueda limitar la concurrencia en una nueva licitación de la gestión del servicio;
- y el principio de proporcionalidad, que no admite un ejercicio de la potestad que resulte desmesurado en relación con el objeto inicial del contrato de gestión del servicio público, y los pliegos que rigieron la licitación.⁴²⁴

⁴²⁴ La STSJ de Canarias de 1.3.1999 (Ar 682) desgrana unas consideraciones certeras sobre la desproporción en la aplicación de la potestad del *ius variandi*:

«TERCERO.-

La cuestión a resolver es si la variación del plazo concesional, sustituyendo el de diez años, con prórrogas de cinco, por uno de treinta años de duración, junto al compromiso que asume el concesionario del servicio de realizar inversiones multimillonarias de mejora de la red, produce una novación de la relación concesional, o se trata de una modificación de la misma permitida por la legislación aplicable.

CUARTO.-

En primer lugar debe tenerse presente que las Corporaciones Locales se rigen por su normativa específica, sin perjuicio de que les sea de aplicación supletoria la legislación de contratos del Estado.

El Decreto de 9 de enero de 1953 (RCL 1953\1054 y NDL 22515), por el que se aprueba el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, es plenamente aplicable al supuesto que nos ocupa, pues no fue derogado hasta la Ley 13/1995 (RCL 1995\1485 y 1948).

En su artículo 51.1 dice: “Los contratos serán inalterables a partir de su perfeccionamiento, y deberán ser cumplidos con estricta sujeción a sus cláusulas y a los Pliegos que les sirvan de base, cuyas condiciones jurídicas, técnicas y económicas sólo podrán modificarse mediante nueva licitación salvo las excepciones expresamente admitidas por los artículos siguientes ». Estas excepciones se recogen fundamentalmente en los artículos 53, 54, 58 y 59 (prórroga forzosa). De estos preceptos interesa ahora destacar el artículo 54 según el cual «por causas imprevisibles e inevitables o en virtud de motivos de interés público, podrán las Corporaciones modificar las prestaciones de obra o servicio contratadas...”.

Al regular el artículo 127.1 RSCL (RCL 1956\85 y NDL 22516) las potestades exorbitantes de que gozará la Administración en los contratos de servicios públicos señala que “la Corporación concedente ostentará sin perjuicio de las que procedan, las potestades siguientes: 1º Ordenar discrecionalmente, como podría disponer si gestionare directamente el servicio, las modificaciones en el concedido que aconsejare el interés público y, entre otras: a) la variación en la calidad, cantidad, tiempo o lugar de las prestaciones en que el servicio consista, y b) la alteración de las tarifas a cargo del público y en la forma de retribución del concesionario”.

Si observamos atentamente, los preceptos transcritos siempre hacen referencia a la posibilidad de introducir modificaciones en el servicio. Por modificar hay que entender “cambiar una cosa mudando alguno de sus accidentes”. Según la doctrina civilista se consideran, por regla general, condiciones accidentales del contrato las que se refieren a la cantidad, modo, tiempo o lugar de las obligaciones.

El artículo 127.1 RSCL, en la enumeración ejemplificativa que realiza de las posibilidades de variar el servicio, deja bien claro que éstas se refieren a los elementos accidentales del servicio.

QUINTO.-

La prórroga de la duración del contrato podría tener cabida dentro de la potestad de modificar el servicio, aunque con las precisiones que hace la jurisprudencia que cita el coadyuvante a los efectos de evitar situaciones de fraude, y siempre que no se sobrepase el límite máximo de duración de los contratos previsto legalmente.

Pero en el caso que nos ocupa, no sólo se aprueba la variación del plazo de duración del contrato de concesión de servicio de abastecimiento de agua, sino que, además, el concesionario se compromete a realizar importantes inversiones a las que no venía obligado según el pliego de condiciones técnicas y económico-administrativas. Lo que comenzó siendo una concesión de servicio público, con el exclusivo fin de gestionar el servicio ya establecido, pasa a incorporar ahora la obligación de realizar obras a cargo del concesionario. Y la finalidad

de la prórroga del servicio es precisamente, como insistentemente reconoce el coadyuvante, permitir la amortización de las inversiones que se compromete a realizar.

Se produce una alteración sustancial del objeto del contrato, que provoca una novación de la relación concesional, que no puede ser legitimada en el «ius variandi» de la Administración. Basta con pensar si sería admisible que la Administración, en el ejercicio de dicha potestad, podía haber impuesto al concesionario la obligación de realizar inversiones por valor de novecientos treinta millones de pesetas. Parece que la respuesta debe ser negativa.

En consecuencia, se infringió lo dispuesto en el artículo 51 RCCL que exigía en estos supuestos una nueva licitación para garantizar la libre concurrencia de todos los interesados en obtener la nueva concesión».

Por su parte, también las JCCA han valorado ese principio de proporcionalidad.

a) Así, la JCCA de la AGE:

- En su Informe núm. 59/2000, de 5.3.2001, no admitió la modificación de un contrato de gestión del servicio público de recogida de basuras y transporte al vertedero, inminente ya la finalización del mismo, consistente en la ampliación del objeto del servicio a los anejos de la localidad (Loja, Granada), y la compensación de un incremento del precio y la concesión de una prórroga de diez años, toda vez que debían regir las cláusulas del pliego que establecían prórrogas de un año.

- En su Informe 38/1998, de 16.12, admite «la posibilidad de ampliar el plazo de la concesión en la gestión de un servicio público, cuestión que debe recibir una contestación afirmativa, como la propugnada en el informe de esta Junta de 17 de julio de 1997 (Expediente 18/97) siempre que la posible prórroga y su duración estén expresamente previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, pues, caso contrario, podrá producirse el efecto perjudicial y discriminatorio para otros licitadores, que se apunta en el escrito de consulta, que podían haber modificado sus proposiciones de conocer la circunstancia de la posibilidad de prórroga, desconociéndola precisamente por omisión de esta referencia en el pliego de cláusulas administrativas particulares» (CJ 2).

- En su Informe 50/03, de 12.3.2004, razona: «La primera cuestión que se suscita es la de determinar si resulta factible la modificación del contrato adjudicado por el Ayuntamiento de Gijón a la empresa CEDÍ, SA, para la construcción y explotación de un estacionamiento subterráneo para vehículos en la plaza de Compostela y la realización las obras ordinarias en la avenida de Schulz, consistente en la modificación en la construcción de trasteros en las plazas de aparcamiento para su alquiler conjunto.

La respuesta negativa que, a juicio de esta Junta, debe darse a la cuestión planteada se busca en una doble argumentación.

En primer lugar el carácter restrictivo con que la vigente legislación de contratos de las Administraciones Públicas contempla las modificaciones de contratos adjudicados y que aparte de los requisitos formales a que se sujetan tiene su reflejo en los artículos 101, con carácter general, y 163 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, para el contrato de gestión de servicio público, ligando ambos la posibilidad de modificación a razones de interés público, expresando el primero que “una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación solo podrá introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente” y el segundo –el artículo 163- en el mismo sentido que “la Administración podrá modificar, por razones de interés público, las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios”.

En el presente caso resulta evidente que la construcción y alquiler de trasteros en plazas de estacionamiento construidas nada tiene que ver con el interés público, sino más bien con intereses comerciales del concesionario o del Ayuntamiento debiendo resaltarse, como ya lo hizo esta Junta en su informe de 17 de diciembre de 2002 (expediente 42/02) que “la modificación del contrato es una prerrogativa de la Administración y no cabe atribuir la iniciativa y el contenido de la modificación al contratista” como parece ser que sucede en el presente caso en el que el concesionario es el que solicita licencia de obras para la construcción de trasteros para su alquiler conjunto con las plazas de estacionamiento.

En segundo lugar debe reiterarse el criterio de esta Junta de que hay que poner límites a las posibilidades de modificación de los contratos puesto que “celebrada mediante

Precisado todo lo anterior, es evidente que el juicio sobre la aplicación de la potestad de modificación de la concesión estaba sujeto a diversos factores (previsión en los pliegos, proporcionalidad de los cambios a introducir y coste económico, entre los más relevantes), aunque lo cierto es que no se expresaban límites concretos al ejercicio del *ius variandi* en los preceptos transcritos del Reglamento de Servicios ni es sus referentes autonómicos, que fijan nítidamente esa potestad de modificación. Y tampoco se localizaban en la LCSP hasta su modificación por la LES/2011 (introducción de los art. 92 bis a 92 quinquies, nueva redacción del 202 y 258, por lo que se refiere al contrato de gestión de servicios públicos).

La redacción de la LCSP, anterior a dicha modificación, disponía lo siguiente:

*«Artículo 258. Modificación del contrato y mantenimiento de su equilibrio económico.
1. La Administración podrá modificar por razones de interés público las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios.*

licitación pública la adjudicación de un contrato...la solución que presenta la adjudicación para el adjudicatario en cuanto a precio y demás condiciones, no puede ser alterada sustancialmente por vía de modificación consensuada, ya que ello supone un obstáculo a los principios de libre concurrencia y buena fe que deben presidir la contratación de las Administraciones Públicas, teniendo en cuenta que los licitadores distintos del adjudicatario podían haber modificado sus proposiciones si hubieran sido conocedores de la modificación que ahora se produce» (informe de 21 de diciembre de 1995, posteriormente reproducido en el de 17 de marzo de 1999 y 2 de 5 de marzo de 2001, expedientes 48/95, 47/98, 52/00 y 59/00). Las anteriores consideraciones no queda desvirtuadas por la circunstancia de existir un solo licitador, pues la posibilidad de modificar sus proposiciones debe ser referida a la propia posibilidad de concurrir» (CJ 2).

b) Por su parte, la JCCA de la Generalitat de Cataluña, en su Informe núm. 7/2005, de 4.10, sobre contratos de concesión de servicios públicos de recogida de basuras, limpieza viaria y limpieza de playas (Palafrugell, Girona), bajo la aplicación del TRLCAP/2000, concluye:

«1. La posibilidad de que las partes contratantes prorroguen la vigencia de un contrato, así como su duración, ha de reflejarse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares del expediente de contratación, ya que este ha de recoger los pactos y condiciones definidores de los derechos y las obligaciones que asumirán las partes del contrato, y en el anuncio de licitación, para que sea conocida por todos los licitadores y pueda ser valorada al efecto de presentar las proposiciones correspondientes. En ningún caso puede prorrogarse un contrato por consentimiento tácito de las partes.

2. La prórroga de los contratos administrativos solo supone una variación del elemento del contrato que hace referencia a su duración, con la correspondiente aplicación, si procede, de la cláusula de revisión de precios o estabilización. Para modificar un contrato de manera substancial durante su prórroga hay que respetar el régimen jurídico general de las modificaciones contractuales.

3. Las indemnizaciones derivadas de los eventuales daños y perjuicios generados a consecuencia de la resolución de un contrato se han de determinar y, si procede, valorar en función de la causa y de las circunstancias concurrentes. Por lo tanto, su determinación requiere el análisis de cada caso concreto por parte de los órganos competentes».

2. Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato.
3. En el caso de que los acuerdos que dicte la Administración respecto al desarrollo del servicio carezcan de trascendencia económica el contratista no tendrá derecho a indemnización por razón de los mismos.
4. La Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:
 - a. Cuando la Administración modifique, por razones de interés público, las características del servicio contratado.
 - b. Cuando actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.
 - c. Cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 214 de esta Ley.
5. En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios, la reducción del plazo del contrato y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Así mismo, en los casos previstos en los apartados 4.b y c, podrá prorrogarse el plazo del contrato por un período que no exceda de un 10 % de su duración inicial, respetando los límites máximos de duración previstos legalmente.»

Se constata, así, la identidad esencial entre la regulación local antes transcrita sobre el ejercicio del *ius variandi* y la legislación básica de contratos (LCSP, art. 258.4.a).

Desde la perspectiva estricta de la obligación del concesionario y de su regulación, como ya se señaló, éste debía dar cumplimiento a las modificaciones ordenadas por la Corporación cualquiera que fuera su alcance. Tal amplitud constituía una manifestación más de las peculiaridades de la concesión, cuya justificación residía, naturalmente, en el objeto sobre el cual se proyectaba, el servicio público, y la especial protección de que era objeto por el ordenamiento jurídico.

Los límites y los condicionamientos de la modificación de la concesión, por tanto, se hallaban en relación con los principios generales señalados respecto del ejercicio de la potestad pública del *ius variandi* o sobre los términos de la compensación económica al concesionario como satisfacción de su derecho, pero no derivados directamente de la obligación que debía cumplir.

Sobre el alcance del ejercicio del *ius variandi*, la modificación, como se desprende de la transcripción de los art. 127.1.1ª del RS (y de sus correlativos autonómicos) y 258.1 de la LCSP, podía tener:

- una dimensión *objetiva*, en la medida en que comportase *variación en la calidad, cantidad, tiempo, lugar u otras características de las prestaciones en que el servicio consista*;
- o un carácter estrictamente *económico*, si se refería a la *alteración o revisión de tarifas*, a cargo de los usuarios, o a la *forma de retribución del concesionario*, por cuenta de la Administración.

4.9.3.2. El principio de intangibilidad esencial del contrato y su incidencia en la concesión

Tras la alteración introducida en la LCSP por la Ley de Economía sostenible de 2011, y luego reproducida en el TRLCSP, el redactado ha pasado a ser el siguiente:

«Artículo 282. Modificación del contrato y mantenimiento de su equilibrio económico.

*1. La Administración podrá modificar por razones de interés público **y si concurren las circunstancias previstas en el título V del libro I**, las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios.*

2. Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato.

3. En el caso de que los acuerdos que dicte la Administración respecto al desarrollo del servicio carezcan de trascendencia económica el contratista no tendrá derecho a indemnización por razón de los mismos.

4. La Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

- a. Cuando la Administración modifique, por razones de interés público y de acuerdo con lo establecido en el título V del libro I, las características del servicio contratado.*
- b. Cuando actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.*
- c. Cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 231 de esta Ley.*

5. En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios, la reducción del plazo del contrato y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Así mismo, en los casos previstos en los apartados 4.b) y c), podrá prorrogarse el plazo del contrato por un período que no exceda de un 10 % de su duración inicial, respetando los límites máximos de duración previstos legalmente».

Nótese cómo el inciso en negrita, que no figuraba en el precepto correlativo de la LCSP (art. 258.1), remite para el ejercicio del *ius variandi*, de manera indubitada, al

nuevo régimen de modificación de contratos que hemos mencionado, a cuyo estudio se dedica el epígrafe siguiente.

4.9.3.3. El nuevo régimen de modificación de los contratos públicos

A) Regulación general⁴²⁵

a) Introducción

El cambio en la regulación de la modificación de los contratos de la LCSP, operado por la L 2/2011, de *Economía Sostenible*, se introdujo «*de acuerdo con las prácticas recomendadas por la Unión Europea, y teniendo en cuenta, especialmente, la postura manifestada por la Comisión sobre modificaciones no previstas en los documentos de licitación y sobre el carácter de alteración sustancial de aquellas que excedan en más de un 10 % el precio inicial del contrato*» (Preámbulo, III).

También la jurisprudencia comunitaria había reaccionado contundentemente en relación con las prácticas de modificación de los contratos.⁴²⁶ Por su parte, la Comisión había remitido al Reino de España un Dictamen motivado en el sentido de que la LCSP infringía la Directiva 2004/18/CE, en cuanto admitía la modificación de los

⁴²⁵ Referencias bibliográficas:

BLANQUER CRIADO (2012: 1046-1056); BLANQUER CRIADO (2013: 536-546); CEA AYALA (2012); COLÁS TENAS (2011); ESCRIBUELA MORALES (2012); GARCÉS SANAGUSTÍN (2012: 67-139), MESTRE DELGADO (2011: 2149-2151) y VAZQUEZ MATILLA (2013).

⁴²⁶ Destacan las STJCE de 29.4.2004 (Comisión de las Comunidades Europeas contra Succhi di Frutta Spa, asunto 496/99P); 4.6.2009 (Comisión contra Grecia, asunto C-250/07) y 13.4.2010 (Gran Sala del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto C-91/08), de la cual se reproduce el apartado 1 del fallo:

«*Cuando las modificaciones introducidas en las disposiciones de un contrato de concesión de servicios tengan características sustancialmente distintas de las que justificaron la adjudicación del contrato de concesión inicial y, en consecuencia, demuestran la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales de ese contrato, procede adoptar, con arreglo al ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate, todas las medidas necesarias para que el procedimiento vuelva a estar impregnado de transparencia, incluido un nuevo procedimiento de adjudicación. En su caso, el nuevo procedimiento de adjudicación debería organizarse según criterios adaptados a las características de la concesión de servicios de que se trate y permitir que una empresa situada en el territorio de otro Estado miembro pueda tener acceso a la información adecuada relativa a esa concesión antes de que ésta sea adjudicada*».

contratos con posterioridad a su adjudicación, con infracción de los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia.⁴²⁷

En los cambios en esa regulación venían a converger, además, la progresiva tendencia limitativa de las modificaciones contractuales, expresada tanto por los autores como por los órganos consultivos.⁴²⁸

Las alteraciones introducidas en la LCSP pasaron luego al TRLCSP, por lo que nos centraremos en este texto al ser el hoy vigente.⁴²⁹ La regulación de la modificación contractual responde a los siguientes principios:

1º Se trata de un régimen unificado, esto es, se aplica tanto a los contratos administrativos (TRLCSP, art. 19), como a los privados (TRLCSP, art. 20.2, 2p, *in fine*).

2º Se parte del principio general de que los contratos han de ejecutarse en la forma pactada, y solo podrán modificarse por razones de interés público y en los estrictos términos previstos en el TRLCSP.⁴³⁰

⁴²⁷ Dictamen del Consejo de Estado 215/2010, de 18.3 (Consideración sexta, B.1).

⁴²⁸ Entre la Doctrina, sobresale GIMENO FELIU, que desde el primer momento fue crítico con la regulación de la modificación que recogía la LCSP (2010: 254-259).

A su vez, la JCCA de la AGE, en su Informe 43/08, de 28.7, ya advertía lo siguiente:

«La determinación apriorística de en qué supuestos debe considerarse que una modificación contractual afecta a condiciones esenciales de la contratación sólo puede hacerse a la vista de las circunstancias propias de cada caso. Ello debe entenderse sin perjuicio de que se deba tener en consideración el principio de que son esenciales "aquellas estipulaciones que de haber figurado en el anuncio de licitación o en los pliegos, hubieran permitido presentar a los licitadores una oferta sustancialmente diferente» (conclusión 1ª).

⁴²⁹ Con todo, no hay que olvidar que la entrada en vigor de la L 2/2011 tuvo lugar el 6 de marzo de 2011 (DF sexagésima), por lo que el nuevo régimen deberá aplicarse a los expedientes de contratación adjudicados a partir de dicha fecha (ex LCSP, DT 1ª.2, *a contrario*).

⁴³⁰ Con carácter general, el art. 219 del TRLCSP, sobre *potestad de modificación del contrato*, dispone lo siguiente:

«1. Los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en el título V del libro I, y de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 211.

En estos casos, las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para los contratistas.

2. Las modificaciones del contrato deberán formalizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 156.»

3º De acuerdo con el TRLCSP, no se incluyen en el concepto de modificación del contrato *«los supuestos previstos en esta Ley de sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución»* (art. 105.1, primer inciso del primer párrafo).

4º Tal como prescribe el TRLCSP (art. 105.2), *«la modificación del contrato no podrá realizarse con el fin de adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas, ampliar el objeto del contrato a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del mismo, o incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente. En estos supuestos, deberá procederse a una nueva contratación de la prestación correspondiente, en la que podrá aplicarse el régimen establecido para la adjudicación de contratos complementarios si concurren las circunstancias previstas en los artículos 171.b) y 174.b).»*

5º La regulación distingue dos tipos de modificaciones contractuales (TRLCSP, art. 105.1, segundo inciso del primer párrafo):

5.a) Las que se hayan previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación (TRLCSP, art. 106).

5.b) Las modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación en los limitados términos del art. 107 del TRLCSP.

6º Por imperativo del TRLCSP (art. 105.1, segundo párrafo), *«en cualesquiera otros supuestos, si fuese necesario que la prestación se ejecutase en forma distinta a la pactada, inicialmente deberá procederse a la resolución del contrato en vigor y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes. Este nuevo contrato deberá adjudicarse de acuerdo con lo previsto en el Libro III.»*

b) Modificaciones previstas en los pliegos o en el anuncio de licitación

La razón jurídica que guía este primer supuesto de la nueva regulación es muy clara y acertada: *«si la modificación se halla prevista en la documentación no es posible alegar, en modo alguno, fraude de los principios de igualdad de trato, no*

discriminación y transparencia derivados del artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE; pues todos los licitadores habrán podido acceder a la misma información».⁴³¹

Los requisitos para que pueda concurrir esta causa de modificación se encuentran detallados en el art. 106 del TRLCSP,⁴³² y respecto del mismo pueden formularse las consideraciones siguientes:

b.1) Pese a la disyuntiva que parece admitir el primer inciso del art. 106 del TRLCSP, opino que es imprescindible que tales requisitos consten en el PCAP, precisamente en razón de la propia excepcionalidad de la modificación. Que además conste en el anuncio (con detalle o mencionando la posibilidad con remisión al pliego) parece una exigencia congruente.

Lo que no cabe, a mi juicio, es que figure en el anuncio sin previsión alguna en el PCAP.⁴³³

b.2) Las condiciones en que podrá acordarse la modificación habrán de detallarse de forma clara, precisa e inequívoca (TRLCSP, art. 106, 1r p, segundo inciso).

⁴³¹ COLÁS TENAS (2011, III, 5ª).

⁴³² El referido precepto dispone lo siguiente:

«Artículo 106. Modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación.

Los contratos del sector público podrán modificarse siempre que en los pliegos o en el anuncio de licitación se haya advertido expresamente de esta posibilidad y se hayan detallado de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma, así como el alcance y límites de las modificaciones que pueden acordarse con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar, y el procedimiento que haya de seguirse para ello.

A estos efectos, los supuestos en que podrá modificarse el contrato deberán definirse con total concreción por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva y las condiciones de la eventual modificación deberán precisarse con un detalle suficiente para permitir a los licitadores su valoración a efectos de formular su oferta y ser tomadas en cuenta en lo que se refiere a la exigencia de condiciones de aptitud a los licitadores y valoración de las ofertas».

⁴³³ Por tanto, más que una «o» debería haberse consignado una «y» entre *los pliegos* y *el anuncio de licitación*. Constituiría una excepción el supuesto del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado para cuya adjudicación se siga el procedimiento de diálogo competitivo, toda vez que en tal caso PCAP y PPTP se sustituyen por un documento descriptivo, lo que llevaría igualmente, a mi entender, a ponerlo de manifiesto en el anuncio (TRLCSP, art. 109.3, 1r p, y 181.1).

Los supuestos en que podrá modificarse deberán definirse con total concreción por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva (TRLCSF, art. 106, 2º p, primer inciso).

Se sigue de todo ello la necesidad de prever en el PCAP los supuestos de modificación y las condiciones con un detalle minucioso y una definición exhaustiva.

b.3) Además, se requiere un pronunciamiento sobre el alcance y límites de las modificaciones, con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puede afectar (TRLCSF, 106, 1r p, penúltimo inciso).

Como se ha señalado, «la referencia que hace el precepto, a la necesidad de la “expresa indicación del porcentaje del precio del contrato”, es manifiestamente insuficiente. Debería haberse indicado cuál es el porcentaje máximo, del precio del contrato, hasta el cual se admite la modificación —en la forma que se establece para las modificaciones no previstas—. (...) El ejercicio de la potestad de modificación de los contratos tiene que conocer no sólo límites cualitativos, sino también cuantitativos».⁴³⁴

b.4) En aplicación del TRLCSF (art. 88.1, 3r párrafo), *«en el caso de que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 106, se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación la posibilidad de que el contrato sea modificado, se considerará valor estimado del contrato el importe máximo que éste pueda alcanzar, teniendo en cuenta la totalidad de las modificaciones previstas».*

b.5) Todavía exige que *«las condiciones de la eventual modificación deberán precisarse con un detalle suficiente para permitir a los licitadores su valoración a efectos de formular su oferta y ser tomadas en cuenta en lo que se refiere a la exigencia de condiciones de aptitud a los licitadores y valoración de las ofertas»* (TRLCSF, art 106, 2º p, último inciso), extremando, una vez más, las garantías para asegurar la observancia de los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia.

⁴³⁴ COLÁS TENAS (2011, III, 6ª). Y añadía: «Conviene recordar, a título de ejemplo, como el artículo 105.1 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos[15] (EDL 2006/76247), de la Comunidad Autónoma de Navarra, prevé un límite, para la modificación del contrato del 50 % del precio de adjudicación del mismo» (idem). Hay que precisar, sin embargo, que dicho porcentaje fue reducido al 20% (art. 105.3 LF 6/2006, en la redacción dada por la LF 3/2013, de 25.2).

b.6) Finalmente, se consigna el requisito de la expresa indicación del procedimiento que haya de seguirse para la modificación (TRLCSP, art. 106, 1p, *in fine*), que complementarán las previsiones del art. 108 del TRLCSP, relativas al *procedimiento* de modificación, al que luego nos referiremos.

El cumplimiento de todos estos requisitos exige un rigurosísimo trabajo de preparación del expediente de contratación y, en particular, de los pliegos. Un estudio de las necesidades exhaustivo y un esfuerzo de imaginación y previsión sobre las condiciones y circunstancias bajo las cuales podrá desarrollarse la modificación ciertamente notable. Como resultado del trabajo y del estudio deberán reflejarse en el PCAP y en PPTP esas condiciones y circunstancias con todo el detalle que precisan los preceptos transcritos y comentados.

Y, evidentemente, estos requerimientos no podrán suplirse con remisiones genéricas a los artículos que regulan la modificación de los contratos, pues, de hacerse así, es obvio que no podrá apelarse más que a las previsiones del art. 107 del TRLCSP, cuyo margen es ciertamente muy estrecho, tal como veremos a continuación.

c) Modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación

c.1) Configuración del art. 107 del TRLCSP.

El art. 107 del TRLCSP se estructura sobre la base de tres criterios:

- una definición cerrada de los supuestos a los cuales podrá acudir, exclusivamente, para la modificación contractual no prevista en PCAP (núm. 1 del art. 107 del TRLCSP);
- que en tales casos la modificación no podrá alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación y deberá circunscribirse a introducir las variaciones estrictamente indispensables (núm. 2 del art. 107 del TRLCSP);
- una definición de los casos que constituyen alteración de las condiciones esenciales de la licitación y la adjudicación, lo que conlleva la prohibición de modificar el contrato si concurren (núm. 3 del art. 107 del TRLCSP).

c.2) Contenido del art. 107 del TRLCSP.

El referido precepto dispone lo siguiente:

«Artículo 107. Modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación.

1. Las modificaciones no previstas en los pliegos o en el anuncio de licitación solo podrán efectuarse cuando se justifique suficientemente la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas.*
- b) Inadecuación del proyecto o de las especificaciones de la prestación por causas objetivas que determinen su falta de idoneidad, consistentes en circunstancias de tipo geológico, hídrico, arqueológico, medioambiental o similares, puestas de manifiesto con posterioridad a la adjudicación del contrato y que no fuesen previsibles con anterioridad aplicando toda la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas.⁴³⁵*

⁴³⁵ Al comentar las diferencias entre los supuestos de las letras a) y b), COLÁS TENAS señala lo siguiente (2011, III, 7ª):

- Respecto de la letra a): «Sorprende que esta sea una causa objetiva imprevisible, pues los errores u omisiones en la redacción del proyecto deben corregirse mediante la diligencia debida, el celo y cuidado, y la profesionalidad que el autor debe aplicar en la redacción del mismo, tal y como se requiere en el apartado b) del artículo (...) que examinamos. El concepto jurídico de “diligencia debida”, se contrapone a negligencia o descuido, carencia de quien está obligado a actuar diligentemente, y, además, ha servido de base para la clarificación de las responsabilidades de los autores del proyecto. En no pocas ocasiones el concepto de negligencia se ha equiparado al de culpa».

- Sobre la letra b): «Este sí que es un supuesto claro y preciso de causa objetivamente imprevisible que, unido al interés público, justifica la modificación del contrato. Advuértase que aquí sí que se alude a diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto. Según el Consejo de Estado, “..., aunque no se diga expresamente, parece que se pretende dar un tratamiento diferente en función de si el contratista fue o no el autor del proyecto o intervino en la redacción de las especificaciones técnicas: Si no lo fue: cualquier error u omisión, que no le sería en ningún caso imputable, justifica la modificación contractual no prevista en los documentos de licitación; si lo fue: para que el error u omisión haga posible dicha modificación, es preciso que no fuera previsible con la diligencia de un buen profesional.” Por eso en el primer caso, basta con la existencia de errores u omisiones, en tanto que, en el segundo, la inadecuación de tales documentos tiene que ser imprevisible aplicando la diligencia exigida, en atención a una buena práctica profesional».

Ello no obstante, la JCCA de la AGE, en su Informe 73/11, de 1.3, a requerimiento de los Servicios de la Comisión Europea, dicta la recomendación siguiente (publicada por Resolución de 28.3.2012, de la Dirección General de Patrimonio del Estado, en el BOE núm. 86, de 10.4.2012):

«1. El artículo 107, apartado 1, letra a), del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público se refiere a las modificaciones de un contrato público vinculadas a errores u omisiones del proyecto. Este precepto debe interpretarse en términos análogos a los contenidos de forma expresa dentro del artículo 107, apartado 1, letra b), en su último inciso, en cuanto señala que las modificaciones de un contrato público vinculadas a circunstancias geológicas, hídricas, arqueológicas, medioambientales y similares que no fuesen previsibles con anterioridad a la adjudicación del contrato, deben entenderse respetando la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas. La diligencia exigida en el caso de modificaciones producidas por las circunstancias contenidas dentro de este precepto, es la misma que la que se exige en el caso de que se trate de modificaciones de un contrato público vinculadas a errores u omisiones del proyecto, por lo que, aunque no conste así de forma expresa dentro de este subapartado o letra a), la referencia a esta diligencia contenida dentro de la letra b) del mismo precepto, se puede hacer extensiva y aplicable al primer subapartado».

- c) *Fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos.*⁴³⁶
- d) *Conveniencia de incorporar a la prestación avances técnicos que la mejoren notoriamente, siempre que su disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la adjudicación del contrato.*⁴³⁷
- e) *Necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato.*⁴³⁸

⁴³⁶ Como señala nuevamente COLÁS TENAS (ídem): «Con carácter general se entiende por “caso fortuito” lo que acontece inesperadamente, o sea a lo “imprevisible”; la “fuerza mayor” alude a lo irresistible, es decir lo “inevitable”[17]. El artículo 214 LCSP regula la fuerza mayor en la ejecución del contrato de obras, el artículo 225 LCSP en relación con el contrato de concesión de obra pública, y el artículo 258 en relación con el contrato de gestión de servicios públicos. En ambos casos, se trata de supuestos de incumplimiento de obligaciones, por imposibilidad sobrevenida no imputable al contratista». En la nota [17] se remite a CRISTOBAL MONTES, A (1989): *El incumplimiento de las obligaciones*. Tecnos. Madrid, 1989. Pág. 170-172.

⁴³⁷ Precisa COLÁS TENAS (ídem): «Estamos ante una circunstancia que responde a lo que la doctrina científica denomina «cláusula de progreso», y que tiene su origen en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 22 de enero de 1977 y 10 de noviembre de 1981, EDJ 1981/7667), que entendían implícita dicha cláusula en las concesiones de servicios públicos. El antecedente legal de la cláusula de progreso, lo encontramos en la Ley 55/1999 (EDL 1999/63975), en cuyo artículo 60 se regulaba el contrato de servicios de gestión de autovías como nueva modalidad del contrato de servicios, obligando al concesionario a modernizar y reformar las infraestructuras para adaptarlas a la correcta prestación del servicio. Algunos autores de la doctrina consideran, sin embargo, que en realidad la cláusula de progreso es una condición de ejecución del contrato, y no una causa modificativa del mismo» (y se remite a GIMENO FELIU, 2011, «El régimen de la modificación de contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio». *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 149. Madrid, 2011).

⁴³⁸ Sobre este apartado, COLÁS TENAS (ídem) nos ilustra en los siguientes términos: «Se recoge así, en esta circunstancia, el denominado *factum principis*. Esta figura prevé el caso en el cual las modificaciones de las condiciones de cumplimiento del contrato no derivan de la voluntad expresa de la Administración contratante, sino de una actuación de la Administración ajena al contrato, pero que incide en el mantenimiento del equilibrio económico del mismo. La teoría del *factum principis*, alude, pues, a la alteración indirecta de la prestación contratada, sin mediar modificación, debida a medidas administrativas generales, que aunque no modifican directamente el objeto del contrato ni lo pretenden, inciden sobre él haciéndolo más oneroso para el contratista sin culpa de éste. El Tribunal Supremo considera (STS de 25 de abril de 1986, EDJ 1986/2797, y de 20 de diciembre de 1986, EDJ 1986/8527), necesario, para que se de el nacimiento del derecho indemnizatorio en estos casos, que ha de tratarse de medidas imperativas y de obligado cumplimiento, que reúnan las características de generalidad e imprevisibilidad y que produzcan un daño especial al contratista dando lugar a la citada compensación».

Por su parte, la JCCA de la AGE, en el Informe 73/11, de 1.3, antes referido, efectúa la recomendación siguiente:

«2. El artículo 107, apartado 1, letra e), se refiere a las modificaciones de un contrato público debidas a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato. En estos casos, cuando el poder adjudicador es al mismo tiempo la autoridad responsable de la aprobación de nuevas medidas que puedan afectar a las especificaciones del contrato, los pliegos del contrato deberán definir las prestaciones teniendo en cuenta el contenido de las medidas que se pretenden aprobar en un momento posterior de la ejecución del contrato».

2. La modificación del contrato acordada conforme a lo previsto en este artículo no podrá alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, y deberá limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.⁴³⁹

3. A los efectos de lo previsto en el apartado anterior, se entenderá que se alteran las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato en los siguientes casos:⁴⁴⁰

- a) Cuando la modificación varíe sustancialmente la función y características esenciales de la prestación inicialmente contratada.
- b) Cuando la modificación altere la relación entre la prestación contratada y el precio, tal y como esa relación quedó definida por las condiciones de la adjudicación.
- c) Cuando para la realización de la prestación modificada fuese necesaria una habilitación profesional diferente de la exigida para el contrato inicial o unas condiciones de solvencia sustancialmente distintas.
- d) Cuando las modificaciones del contrato iguallen o excedan, en más o en menos, el 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato; en el caso de modificaciones sucesivas, el conjunto de ellas no podrá superar este límite.⁴⁴¹
- e) En cualesquiera otros casos en que pueda presumirse que, de haber sido conocida previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores que tomaron parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas.»

⁴³⁹ COLÁS TENAS puntualiza (ídem), que «la expresión “condiciones esenciales de la licitación” es uno de los denominados conceptos jurídicos indeterminados cuya determinación resulta difícil de hacer. Con esta finalidad, la ley introduce una presunción de aquellos supuestos en los que se considera que existe una alteración de las condiciones esenciales del contrato. Presunción “iuris tantum”, de manera que será el órgano de contratación quien tendrá que acreditar que no se está ante uno de los supuestos definidos como condición esencial por la ley.

La razón de esta previsión legal se fundamenta en que la modificación de una condición esencial del contrato constituye un nuevo contrato en el sentido de las Directivas, en la medida que supone una alteración del objeto de contrato [19], por lo que requiere un nuevo procedimiento de licitación y adjudicación». Y añade (ídem, *Notas*) lo siguiente: «[19] Recuérdese que el objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado (artículo 74 LCSP). La consecuencia de la celebración de un contrato con objeto indeterminado es la invalidez del mismo. Así, el artículo 2.2 RGCAP dispone que no podrán celebrarse contratos en los cuales la prestación del contratista quede condicionada a resoluciones o indicaciones administrativas posteriores a su celebración».

⁴⁴⁰ En relación a tales casos, tal como precisa BLANQUER CRIADO, «se establece una presunción *iures et de iure*» (2012: 1045-1046).

⁴⁴¹ A diferencia de las tres primeras letras, que suponen variaciones cualitativas, en la letra d), la variación se fija, cuantitativamente, en el límite del 10%. Con todo, también la JCCA de la AGE, en su citado Informe 73/11, fija la siguiente recomendación:

«3. En la calificación de esencial de la modificación de un contrato, cuando se realice en función de las variaciones que pueda experimentar el precio del mismo, el porcentaje del 10% que aparece en el artículo 107, apartado 3, letra d), debe entenderse siempre superado para merecer tal carácter. Pero tal consideración no implica que las modificaciones que se encuentren por debajo de ese 10% sean siempre calificadas como no esenciales, esto es, toda modificación que exceda del 10% debe ser considerada como esencial, pero no todas las modificaciones del precio que sean inferiores a ese 10% deben ser rechazadas automáticamente como no esenciales».

Vistos, pues, los estrechos márgenes que caben para introducir modificaciones contractuales en los supuestos no previstos en la documentación que rige la licitación, hay que consignar la recomendación general de la JCCA de la AGE, en su ya mencionado Informe 73/11 (apartado 4), que se transcribe a continuación:

«Por último, hay que destacar que toda la regulación que aparece dentro del artículo 107, debe entenderse hecha a partir de la línea directriz que supone el segundo apartado de este precepto, que debe servir de base para cualquier interpretación que deba hacerse de este artículo. Así pues, las referencias hechas a las modificaciones que aparecen dentro de los apartados 1 y 3 del mismo, sólo entrarán en juego en el caso de que se trate de modificaciones que no alteren las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, las cuales, según este mismo precepto, deberán limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria».

d) Procedimiento

El procedimiento para la modificación de los contratos se regula en los art. 108 y 211 del TRLCSP y pueden distinguirse los trámites y criterios siguientes:

d.1) En el caso de que las *modificaciones* estén previstas en la documentación que rige la licitación, éstas se acordarán en la forma que se hubiese especificado en el anuncio o en los pliegos (TRLCSP, art. 108.1).

d.2) En el caso de las no previstas deberá darse audiencia al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas, si éstos se hubiesen preparado por un tercero ajeno al órgano de contratación en virtud de un contrato de servicios, para que, en un plazo no inferior a tres días, formule las consideraciones que tenga por conveniente (TRLCSP, art. 108.2).

d.3) De aplicación a ambas modificaciones, deberán seguirse los trámites siguientes:

d.3.1) Audiencia al contratista (TRLCSP, art. 211.1).

d.3.2) Emisión de los correspondientes informes por la Secretaría y la Intervención (TRLCSP, 211.2 en relación con la DA2^a.8).

d.3.3) Emisión del informe preceptivo del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva cuando la cuantía de la modificación, aislada o conjuntamente, sea superior a un 10 por ciento del precio primitivo del contrato, cuando éste sea igual o superior a 6.000.000 de euros (TRLCSP, art. 211.3.b).

d.4) Acuerdo del órgano de contratación aprobando la modificación, que pone fin a la vía administrativa y es inmediatamente ejecutivo (TRLCSP, art. 211.4),

d.5) Reajuste de la garantía definitiva del contrato para que guarde la proporción correspondiente al nuevo precio del contrato (TRLCSP, art. 99.3).

d.6) Formalización de la modificación del contrato, en los términos del art. 156 del TRLCSP, al que remite el art. 219.2.

e) La imposibilidad de modificación contractual como causa de resolución del contrato y sus efectos

El corolario de la limitación severa respecto de las posibilidades de modificación contractual lo constituye la inclusión de una nueva causa de resolución del contrato y sus efectos. Aunque la resolución de la concesión será objeto de un epígrafe concreto, parece oportuno consignar ya esta innovación, que, en síntesis, prevé lo siguiente:

e.1) Se establece como nueva causa de resolución del contrato, *«la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I»* (TRLCSP, art. 223.g).

e.2) *«Cuando la resolución se acuerde por las causas recogidas en la letra g) del artículo 223, el contratista tendrá derecho a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista»* (TRLCSP, art. 225.5).

e.3) *«Al tiempo de incoarse el expediente administrativo de resolución del contrato por la causa establecida en la letra g) del artículo 223, podrá iniciarse el procedimiento para la adjudicación del nuevo contrato, si bien la adjudicación de éste quedará*

condicionada a la terminación del expediente de resolución. Se aplicará la tramitación de urgencia a ambos procedimientos.

Hasta que se formalice el nuevo contrato, el contratista quedará obligado, en la forma y con el alcance que determine el órgano de contratación, a adoptar las medidas necesarias por razones de seguridad, o indispensables para evitar un grave trastorno al servicio público o la ruina de lo construido o fabricado. A falta de acuerdo, la retribución del contratista se fijará a instancia de éste por el órgano de contratación, una vez concluidos los trabajos y tomando como referencia los precios que sirvieron de base para la celebración del contrato. El contratista podrá impugnar esta decisión ante el órgano de contratación que deberá resolver lo que proceda en el plazo de quince días hábiles» (TRLCSF, art. 225.6).

B) Regulación específica del contrato de gestión de servicios públicos

Tal como ya hemos apuntado, tras la modificación de la LCSP por la LES, la nueva redacción sobre la modificación contractual pasó al TRLCSF, también en relación con los diferentes contratos. Así, para los contratos de gestión de servicios públicos (CGSP) y, por tanto, para la concesión, se introdujo un inciso que supone para éstos la aplicación de ese régimen general de modificación que acabamos de ver, en los términos siguientes:

«Artículo 282. Modificación del contrato y mantenimiento de su equilibrio económico.

*1. La Administración podrá modificar por razones de interés público y **si concurren las circunstancias previstas en el título V del libro I**, las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios.*

2. Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato.

3. En el caso de que los acuerdos que dicte la Administración respecto al desarrollo del servicio carezcan de trascendencia económica el contratista no tendrá derecho a indemnización por razón de los mismos.

4. La Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

- a) Cuando la Administración modifique, por razones de interés público y de acuerdo con lo establecido en el título V del libro I, las características del servicio contratado.*
- b) Cuando actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.*
- c) Cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 231 de esta Ley.*

5. En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios, la reducción del plazo del contrato y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Así mismo, en los casos previstos en los apartados 4.b) y c), podrá prorrogarse el plazo del contrato por un período que no exceda de un 10 por ciento de su duración inicial, respetando los límites máximos de duración previstos legalmente.»

Como se desprende de la transcripción, la potestad de modificación del contrato se condiciona a la concurrencia de las circunstancias previstas en el título V del libro I del TRLCSP (art. 105 a 108), por lo que es incuestionable que afecta de lleno a los CGSP, en general, y a la concesión, en particular.

Se concluye, por tanto, que esa potestad ha pasado a limitarse fuertemente. Esa es una realidad a la que hay que ajustarse sin más dilación y es de prever que esa tendencia no solo se mantenga, sino que se extremen todas estas medidas dirigidas a propiciar la concurrencia y la libre competencia, de un lado, y a salvaguardar la observancia de los principios de objetividad, igualdad de trato, no discriminación y transparencia, de otro.

Sentado lo anterior, en el complejo entramado de derechos y obligaciones de las partes en la concesión, hay que seguir insistiendo en la vigencia de los principios de continuidad y regularidad del servicio público y del mantenimiento del equilibrio, económico del contrato, actualizándolos con las modificaciones normativas y contextualizándolos a tenor de las circunstancias de cada período histórico, y ponderando, finalmente, todos los factores que inciden en el contrato concesional.⁴⁴²

⁴⁴² Un exhaustivo reflejo del intento de analizar ese complejo entramado concesional lo constituye el IJCCA Aragón núm. 24/2013, de 25.11, sobre *restablecimiento del equilibrio económico en contratos de concesión de obra pública* (gestión del agua), cuyas conclusiones se reproducen a continuación:

«I. El equilibrio económico financiero del contrato es un criterio rector en un contrato de gestión indirecta de servicio público o de concesión de obra pública, de forma que los costos de inversión y gestión del servicio, o de la obra, puedan ser resarcidos con el margen de beneficio pactado mediante el cobro, entre otras posibles fuentes de ingresos, de las tarifas que abonarán los usuarios del servicio. Cuando el desequilibrio en la explotación de una concesión no es imputable al concesionario —no se cumplen las expectativas de flujo de demanda que condicionan el modelo y que son causa del mismo—, y éste ha desarrollado una buena y ordenada administración, para amortizar el costo de establecimiento del servicio, cubrir los gastos de explotación y un margen normal de beneficio industrial, se debe reequilibrar el contrato con el fin de mantener, en estas nuevas condiciones imprevisibles, la TIR incorporada al contrato.

II. El reequilibrio financiero de una concesión consecuencia de un riesgo anormal y, por tanto, no inherente al contrato de concesión, se fundamenta en todo caso, en la necesaria equivalencia de las prestaciones recíprocas incorporadas a la concesión, que podría consistir

4.9.3.4 Recapitulación: la evolución legislativa según el Consejo de Estado

Revisada de manera pormenorizada la evolución normativa sobre las modificaciones contractuales, con carácter previo a encarar las variaciones introducidas por las Directivas comunitarias, y a modo de recapitulación, resulta oportuno reproducir la síntesis que sobre dicha evolución efectúa el Consejo de Estado, precisamente a la hora de abordar el estudio de los art. 201 a 205 del ALCSP, *sobre modificación de los contratos*. El Alto órgano consultivo se expresa así (Dictamen núm. 1115/2015, de 10.3.2016, p. 193 a 196):

«El examen del tratamiento de la modificación contractual en los artículos 201 y siguientes del texto sometido a consulta ha de ir precedido de un somero análisis de la evolución del Derecho español en la materia, así como de la regulación que esta cuestión ha merecido en el ordenamiento de la Unión Europea. Estos dos elementos permitirán emitir un juicio global sobre el criterio reflejado en el anteproyecto y formular observaciones a su contenido.

Como recordara el Consejo de Estado en su Memoria de 2011, la modificación de los contratos administrativos ha evolucionado notablemente en nuestra legislación reguladora de los contratos administrativos.

La posibilidad de modificar los contratos administrativos por parte de la Administración estaba reconocida en los artículos 18 y 48 de la Ley de Contratos del Estado, cuyo texto articulado fue aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, dentro de los límites establecidos en la propia ley y su reglamento. La ley no señalaba límite alguno en

en una indemnización económica con modificación de tarifas, o cualquier otra medida económica.

III. El reajuste del sistema tarifario previsto en la concesión en los casos de reequilibrio de la concesión, si se mantiene la tasa de retorno de la inversión que fue causa del contrato, no supone una alteración del reparto de riesgos y la operación, desde el punto de vista de contabilidad en aplicación de las normas SEC 95, sería neutra (es decir, el contrato de concesión permanecería fuera del perímetro de endeudamiento).

IV. No es posible para reequilibrar la concesión una ampliación del plazo, ni una prórroga, en cuanto el régimen propio de éstas impide su utilización con este fin, ya que podría dar lugar a «ampliaciones que benefician más allá de lo debido» al concesionario, quebrando las reglas de transparencia y concurrencia, alterando igualmente el valor estimado del contrato.

V. Por último, insistir en que la técnica del equilibrio financiero del contrato no deberá ser utilizada cuando el problema tenga su causa en el estudio económico de viabilidad, en los términos contenidos en el cuerpo de este informe.»

cuanto al alcance objetivo de la modificación; no la circunscribía a reformas menores o de poca monta. Lo único que requería era que se hiciera por razones de interés público y que mediara la anuencia del contratista cuando se rebasara, en más o en menos, determinado porcentaje del precio inicial, que se fijaba en el 20%.

La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, contempló con carácter general la posibilidad de modificar los contratos administrativos. En tal sentido, el artículo 102.1 preveía que, *"una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación podrá introducir modificaciones por razón del interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente"*. También el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, -de aplicación a los contratos adjudicados con posterioridad a su entrada en vigor el 22 de junio de 2000-, reconoció entre las prerrogativas de la Administración la de modificar los contratos, por razón de interés público, siempre que la modificación viniera precisada por necesidades nuevas o causas imprevistas (artículos 59 y 101). Con arreglo a estas normas citadas, la modificación de los contratos podía imponerse unilateralmente por la Administración siempre que no comportara una variación, en más o en menos, del 20% de la cuantía del contrato.

Con ocasión de la interpretación de los preceptos de las disposiciones legales citadas, se conformó una perfilada doctrina que reconocía a la Administración la facultad de modificación contractual como una prerrogativa singular y privilegiada (dictamen del Consejo de Estado n° 1.598/2002, de 31 de octubre). Exigía primordialmente la concurrencia de un interés público (dictamen n° 55.586, de 10 de enero de 1991), en cuya apreciación la Administración tenía un amplio margen de discrecionalidad. La potestad de modificación de los contratos tenía ciertos límites: unos, formales, requerían el consentimiento del contratista cuando superaba el 20% de la cuantía del contrato y, eventualmente, la intervención del órgano consultivo correspondiente y, otros, materiales. Estos fueron establecidos por la doctrina administrativa, que afirmó que el límite del *ius variandi* estaba en aquellos casos en los que la modificación era de tal magnitud que implicaba un nuevo contrato (dictamen del Consejo de Estado n° 50.461, de 12 de noviembre de 1987) o comportaba en realidad un contrato distinto o un proyecto nuevo (dictámenes del Consejo de Estado n° 51.698, de 25 de febrero de 1998 y 4.350/97, de 6 de noviembre). La concurrencia de *"necesidades nuevas o causas imprevistas"* no precisaba que estas fueran inherentes al contrato, sino que

podían ser externas a él, debidas a acontecimientos extraños a la relación contractual. Y, respecto del interés público, se consideró que cabía apreciarlo cuando la modificación comportaba alguna ventaja o concurría alguna necesidad para la Administración pública.

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en su artículo 202, dispuso que, "*una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el mismo por razones de interés público y para atender causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente. Estas modificaciones no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato*".

Esta regulación supuso una acotación de los supuestos en los que podía hacerse uso del *ius variandi*, toda vez que:

- Primero, en el plano de las exigencias materiales que habilitaban la modificación, además de la concurrencia del interés público, era necesaria la atención de causas imprevistas, cuya necesidad debía estar justificada en el expediente. La aparición de "*necesidades nuevas*" ya no ofrecía sustento a la reforma por la Administración de los términos pactados.

- Segundo, quedaba vedado que la modificación contractual afectase a las condiciones esenciales del contrato. Aun cuando, en aras del principio de igualdad y concurrencia entre licitadores, este límite material al ejercicio del *ius variandi* ya estaba presente en la doctrina del Consejo de Estado, su plasmación legal estaba llamada a contribuir a la observancia de tales principios.

- Y, tercero, en el plano formal, se exigía que la posibilidad de que el contrato fuera modificado se recogiera en los pliegos y en el documento contractual.

Sobre este régimen tuvo un impacto decisivo la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que estableció una regulación mucho más rigurosa y estricta que la anterior. Como se ponía de manifiesto en el dictamen n° 215/2010, de 18 de marzo, sobre el anteproyecto de dicha ley, tal cambio de enfoque guardaba "conexión con el dictamen motivado que la Comisión Europea remitió al Reino de España (en el seno de la fase precontenciosa del procedimiento por incumplimiento del Derecho comunitario), al considerar que el régimen de modificación de los contratos con posterioridad a su adjudicación, tal y como está regulado en la Ley de Contratos del

Sector Público, infringía los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia derivados del artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios". Conforme a esta regulación, son dos los supuestos en los que se admite la modificación contractual (cuyo régimen se aplica a todos los contratos del sector público y no solamente a los contratos administrativos, como en la normativa anterior):

Por una parte, cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación. Para la operatividad de esta modificación, no basta con que se haya advertido expresamente en alguno de tales documentos, sino que es preciso, además, que se hayan detallado, de forma clara, precisa e inequívoca, las condiciones en que puede hacerse uso de dicha posibilidad, así como el alcance y límites de los cambios contractuales, con indicación expresa del porcentaje del precio del contrato al que como máximo pueden afectar y los aspectos procedimentales.

Por otra parte, cuando, no estando la modificación prevista en los pliegos o en el anuncio de licitación, esté justificada por una serie de causas tasadas, no altere las condiciones esenciales de la licitación y no exceda el 10% del precio de adjudicación.

La regulación recogida en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, en su redacción dada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, se incorporó posteriormente, de manera íntegra, al vigente TRLCSP» (Dictamen núm. 1115/2015, p. 193 a 196, los entrecomillados y las cursivas son del Consejo de Estado).

Una vez vistas las determinaciones jurídico-formales establecidas legalmente sobre las modificaciones contractuales, y recapituladas por el Consejo de Estado, esa visión teórica puede complementarse con la empírica descrita en la relación de *experiencias de contraste* de ayuntamientos y otras entidades locales (epígrafes 9.2 y 9.3, respectivamente), entre cuyos aspectos seleccionados se encuentra, en los casos en que así se ha recogido en los pliegos, el relativo a las prescripciones que habrán de regir en relación con las modificaciones previstas en el contrato.

4.9.4. La modificación del contrato en la Directiva 2014/23/UE

4.9.4.1. Introducción y regulación

Aparte de la novedad que supone la *Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión*, de 26.2.2014, constituye otra singularidad el hecho de que aborde la modificación de los mismos, figura que, por otra parte, es también regulada en la *Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública*, como tendremos ocasión de comentar.

La Directiva 2014/23/UE afronta la modificación de los contratos de concesión sobre la base de una profusa justificación (CDO 75, 76, 77, 78 y 79), que se plasma en la regulación contenida en el art. 43.

a) Justificación (Considerandos de la Directiva):

«75)

Los contratos de concesión suelen incluir regímenes técnicos y financieros duraderos y complejos, que con frecuencia están sujetos a vaivenes de las circunstancias. Así pues, teniendo en cuenta la jurisprudencia aplicable del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es necesario aclarar las condiciones en las que la modificación de una concesión efectuada durante su ejecución da lugar a un nuevo procedimiento de concesión. Es obligatorio un nuevo procedimiento de concesión cuando se introducen en la concesión inicial cambios fundamentales, en particular referidos al ámbito de aplicación y al contenido de los derechos y obligaciones mutuos de las partes, incluida la distribución de los derechos de propiedad intelectual e industrial. Tales cambios demuestran la intención de las partes de renegociar condiciones esenciales de dicha concesión. Así ocurrirá, en particular, cuando se considere que las condiciones modificadas hubieran influido en el resultado del procedimiento si hubieran formado parte del procedimiento original. En todo momento debe ser posible introducir modificaciones de la concesión que den lugar a una pequeña modificación del valor del contrato que no rebase un determinado nivel, sin que sea necesario efectuar un nuevo procedimiento de concesión. Para ello, con el fin de garantizar la seguridad jurídica, la presente Directiva debe prever umbrales de minimis, por debajo de los cuales no se exigirá un nuevo procedimiento de adjudicación. Deben ser posibles las modificaciones de la concesión por encima de esos umbrales sin que sea necesario efectuar un nuevo procedimiento de adjudicación en la medida en que esas modificaciones se ajusten a algunos requisitos. Tal sería el caso, por ejemplo, de modificaciones que se hubieran hecho necesarias debido a la necesidad de atender peticiones de los poderes adjudicadores o entidades adjudicadoras en relación con el requisito de seguridad y teniendo presentes las especificidades de las actividades de que se trate, como por ejemplo la explotación de instalaciones turísticas y de deportes de montaña, en caso de que la legislación haya evolucionado con el fin de hacer frente a los riesgos correspondientes, en la medida en que esas modificaciones se atengan a los requisitos establecidos en la presente Directiva.

(76)

Los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras pueden encontrarse con circunstancias exteriores que no podían prever cuando adjudicaron la concesión, en particular si la ejecución de la concesión se extiende durante un largo período de tiempo. En este caso se necesita un cierto grado de flexibilidad para adaptar la concesión a las nuevas circunstancias sin necesidad de un nuevo procedimiento de adjudicación. El concepto de circunstancias imprevisibles hace referencia a aquellas circunstancias que no podrían haberse previsto aunque el poder adjudicador o la entidad adjudicadora hubiera preparado con razonable diligencia la adjudicación inicial, teniendo en cuenta los medios a su disposición, la naturaleza y las características del proyecto concreto, las buenas prácticas en el ámbito de que se trate y la necesidad de garantizar una relación adecuada entre los recursos empleados en la preparación de la adjudicación y su valor previsible. Ahora bien, esto no puede aplicarse en los casos en que la modificación acarrea una alteración de la naturaleza del conjunto de la concesión, por ejemplo si se sustituyen las obras que deban ejecutarse o los servicios que deban prestarse por otros diferentes o si se modifica de forma fundamental el tipo de la concesión ya que, en ese caso, puede presumirse una hipotética influencia en los resultados. En el caso de las concesiones adjudicadas a efectos del ejercicio de una actividad distinta de las enumeradas en el anexo II, el posible aumento de valor que no resulte en un nuevo procedimiento de adjudicación no debe superar el 50 % del valor de la concesión original. En caso de que se apliquen varias modificaciones sucesivas, esta limitación se aplicará al valor de cada una de ellas. Estas modificaciones consecutivas no deben tener por objetivo el de eludir lo dispuesto en la presente Directiva.

77)

Con arreglo a los principios de igualdad de trato y transparencia, el licitador adjudicatario no debe ser sustituido por otro operador económico sin la convocatoria de una nueva concesión, por ejemplo cuando se rescinda una concesión con motivo de deficiencias en la ejecución. No obstante, el licitador adjudicatario que ejecute la concesión podría, en particular cuando el contrato se haya adjudicado a un grupo de operadores económicos, experimentar ciertos cambios estructurales, como reorganizaciones puramente internas, absorciones, concentraciones y adquisiciones o declaración de insolvencia, durante la ejecución de la concesión. Estos cambios estructurales no deben exigir automáticamente nuevos procedimientos de adjudicación de la concesión ejecutada por el licitador en cuestión.

(78)

En cada contrato, los poderes adjudicadores y las entidades adjudicadoras deben tener la posibilidad de prever modificaciones por medio de cláusulas de revisión o de opción, aunque tales cláusulas no deben darles una discrecionalidad ilimitada. La presente Directiva debe, por ello, establecer en qué medida pueden preverse modificaciones en la concesión inicial. Debería aclararse, por consiguiente, que mediante cláusulas de revisión o de opción redactadas con suficiente claridad pueden disponerse indexaciones de precios, o garantizar que, por ejemplo, el equipo de telecomunicaciones que deba entregarse durante un período determinado siga siendo idóneo, también en caso de modificación de los protocolos de comunicación u otros cambios tecnológicos. Debe ser posible asimismo, de acuerdo con cláusulas suficientemente claras, disponer las adaptaciones de las concesiones que sean necesarias con motivo de dificultades técnicas surgidas durante el funcionamiento o el mantenimiento. Cabe recordar, por último, que las concesiones pueden incluir, por ejemplo, tanto intervenciones de mantenimiento habitual como de mantenimiento

extraordinario que resulten necesarias para asegurar la continuidad de un servicio público.

(79)

Los poderes adjudicadores y las entidades adjudicadoras pueden afrontar situaciones en las que resulten necesarios obras o servicios adicionales. En tales casos, y siempre que se cumplan los requisitos de la presente Directiva, ha de considerarse justificada una modificación de la concesión inicial sin necesidad de un nuevo procedimiento de adjudicación de concesión.»

b) Regulación

«Artículo 43 Modificación de los contratos durante su período de vigencia

1. Las concesiones podrán modificarse sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de concesión de conformidad con la presente Directiva en cualquiera de los casos siguientes:

a) cuando las modificaciones, con independencia de su valor pecuniario, estuvieran ya previstas en la documentación inicial de la concesión, en cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas, entre las que puede haber cláusulas de revisión de precios u opciones. Estas cláusulas determinarán el alcance y la naturaleza de las posibles modificaciones u opciones, así como las condiciones en que se puede recurrir a ellas. No contendrán modificaciones u opciones que puedan alterar el carácter global de la concesión;

b) para obras o servicios adicionales, a cargo del concesionario original, que resulten necesarios y que no estuviesen incluidos en la concesión original, cuando un cambio de concesionario:

i) no sea factible por razones económicas o técnicas tales como requisitos de intercambiabilidad o interoperatividad con el equipo existente, servicios o instalaciones adquiridos en el marco de la concesión inicial; así como

ii) genere inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el poder o entidad adjudicador.

No obstante, en el caso de las concesiones adjudicadas por el poder adjudicador a efectos del ejercicio de una actividad distinta de las enumeradas en el anexo III, el posible aumento de valor no podrá superar el 50 % del valor de la concesión original. En caso de que se apliquen varias modificaciones sucesivas, esta limitación se aplicará al valor de cada una de ellas. Estas modificaciones consecutivas no podrán tener por objetivo el de eludir la presente Directiva;

c) cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:

i) que la necesidad de modificación se derive de circunstancias que un poder o entidad adjudicador diligente no podía prever;

ii) que la modificación no altere el carácter global de la concesión;

iii) en el caso de las concesiones adjudicadas por el poder adjudicador a efectos del ejercicio de una actividad distinta de las enumeradas en el anexo II, el posible aumento de valor no podrá superar el 50 % del valor de la concesión original. En caso de que se apliquen varias modificaciones sucesivas, esta limitación se aplicará al valor de cada una de ellas. Estas modificaciones consecutivas no podrán tener por objetivo el de eludir lo dispuesto en la presente Directiva;

d) cuando un nuevo concesionario sustituya al designado en un principio como adjudicatario por el poder adjudicador adjudicadores o la entidad adjudicadora como consecuencia de:

i) una opción o cláusula de revisión inequívoca de conformidad con la letra a);

- ii) la sucesión total o parcial del concesionario inicial, a raíz de una reestructuración empresarial, en particular por absorción, fusión, adquisición o insolvencia, por otro operador económico que cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente, siempre que ello no implique otras modificaciones sustanciales del contrato ni tenga por objeto eludir la aplicación de la presente Directiva; o bien*
- iii) la asunción por el propio poder o entidad adjudicador de las obligaciones del concesionario principal para con sus subcontratistas, siempre que esta posibilidad esté prevista en la legislación nacional;*
- e) cuando las modificaciones, con independencia de su valor, no sean sustanciales a efectos del apartado 4.*

Los poderes adjudicadores o las entidades adjudicadoras que hayan modificado una concesión en los casos previstos en las letras b) y c) del presente apartado deberán publicar un anuncio al respecto en el Diario Oficial de la Unión Europea. Este anuncio contendrá la información establecida en el anexo XI y se publicará de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 33.

2. Por otra parte, también se podrá modificar una concesión sin necesidad de verificar si se cumplen o no las condiciones enunciadas en el apartado 4, letras a) a d), y sin que sea preciso iniciar un nuevo procedimiento de concesión de conformidad con la presente Directiva si el valor de la modificación es inferior a los dos valores siguientes:

i) el umbral indicado en el artículo 8 (fijado inicialmente en 5.186.000 EUR fue sustituido por el de 5.225.000, en aplicación del Reglamento delegado (UE) 2015/2172 de la Comisión de 24.11.2015), y

ii) el 10 % del valor inicial de la concesión.

Sin embargo, la modificación no podrá alterar la naturaleza global de la concesión. Cuando se efectúen varias modificaciones sucesivas, el valor se calculará sobre la base del valor neto acumulado de las sucesivas modificaciones.

3. A efectos del cálculo del precio mencionado en el apartado 2 y en las letras b) y c) del apartado 1, el precio actualizado será el valor de referencia si la concesión incluye una cláusula de indexación. Si la concesión no incluye una cláusula de indexación, el valor actualizado se calculará teniendo en cuenta la inflación media en el Estado miembro del poder adjudicador o la entidad adjudicadora.

4. Una modificación de una concesión durante su período de vigencia se considerará sustancial a efectos del apartado 1, letra e), cuando tenga como resultado una concesión materialmente diferente, en cuanto a su carácter, de la celebrada en un principio. En cualquier caso, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1 y 2, una modificación se considerará sustancial cuando se cumpla una de las condiciones siguientes:

a) que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento inicial de adjudicación de la concesión, habrían permitido la selección de solicitantes distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente, o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de adjudicación de la concesión;

b) que la modificación altere el equilibrio económico de la concesión a favor del concesionario en un modo que no estaba previsto en la concesión inicial;

c) que la modificación amplíe considerablemente el ámbito de la concesión;

d) cuando un nuevo concesionario sustituya a aquel al que el poder adjudicador o la entidad adjudicadora había adjudicado inicialmente la concesión en otros casos que los previstos en la letra d) del apartado 1.

5. Será prescriptivo iniciar un nuevo procedimiento de adjudicación de concesiones de conformidad con la presente Directiva para introducir en las disposiciones de una concesión, durante su periodo de vigencia, modificaciones distintas de las previstas en los apartados 1 y 2.»

4.9.4.2. Comentarios

Sobre la regulación de la modificación contractual por la Directiva 2014/23/UE pueden formularse las consideraciones siguientes:⁴⁴³

1ª El primer aspecto a resaltar es el de su *equivoca ordenación sistemática*, que en lugar de seguir el orden lógico de enunciar, primero, la regla general y luego las excepciones, lo trastoca, agravado a su vez por una sucesión continua de afirmaciones y excepciones, todo lo cual da como resultado un precepto de lectura y comprensión difíciles. Se entenderá por ello que, tras la lectura del art. 43 de dicha Directiva según su tenor literal, se acometa la tarea de intentar desentrañar el sentido y alcance jurídico de las determinaciones sobre las modificaciones, las cuales, por otra parte, son sustancialmente coincidentes con la regulación del art. 72 de la otra Directiva, la 2014/24/UE relativa a la contratación pública.⁴⁴⁴

2ª La *regla general* se concreta en la *prohibición de cualquier modificación sustancial de la concesión*, límite a partir del cual es obligatorio un nuevo procedimiento de licitación (D 23, art. 43.1.e) .4 y .5 y CDO 75, 2º inciso). Esta regla general resulta del contraste de los apartados señalados del art. 43, pero, sobre todo, de la *jurisprudencia aplicable del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, la cual es *tenida en cuenta por la Directiva* como en ella se afirma (CDO 75, 2º inciso).⁴⁴⁵

Es muy relevante destacar esta regla general pues se impone como un requisito previo, cuyo cumplimiento resulta inexcusable para entrar a analizar los supuestos de modificación, tal como ha señalado la Doctrina.⁴⁴⁶

⁴⁴³ Referencias bibliográficas: DÍEZ SASTRE (2013); GALLEGU CÓRGOLES (2015: 25-58); GIMENO FELIU (2014b:179-187 Y 2016c: 50-65); VÁZQUEZ MATILLA (2015: 89-100) Y VILLALBA PÉREZ (2014:15-17).

⁴⁴⁴ Ese ha sido el resultado final, toda vez que, inicialmente, la Directiva de concesiones tenía una configuración, auspiciada por el Parlamento, mucho más flexible respecto de las modificaciones contractuales, que sin embargo no fue aceptada ni por el Consejo ni por la Comisión, siendo objeto de una adaptación a la de la Directiva de contratación, que siempre partió del planteamiento de la excepcionalidad de la modificación; véase sobre el detalle del proceso, GALLEGU CÓRGOLES (2015-: 26-27).

⁴⁴⁵ De esa jurisprudencia donde se afirma la imposibilidad de modificaciones que afecten al *contenido o condiciones esenciales* del contrato destacan las SSTJUE de 13.1.2005 (Asunto C-84/2003, Comisión/España, apartado 49), 29.4.2004 (A 496/1999, Succhi di Frutta SpA, ap. 41, 116, 118 a 121) y 19.6.2008 (A C-454/2006, Presstext, ap. 30, 40, 43, 45, 63 y 69).

⁴⁴⁶ DÍEZ SASTRE (2013:2); GALLEGU CÓRGOLES (2015: 25-31); GIMENO FELIU (2014b: 179-181 y 2016c: 52 y 53); VÁZQUEZ MATILLA (2015: 89-92) Y VILLALBA PÉREZ (2014:15)

Sentado lo anterior, se considerará sustancial una modificación cuando (D 23, 43.4):

2^a.a) la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento inicial de adjudicación de la concesión, habrían permitido la selección de solicitantes distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente, o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de adjudicación de la concesión;

2^a.b) la modificación altere el equilibrio económico de la concesión a favor del concesionario en un modo que no estaba previsto en la concesión inicial;

2^a.c) la modificación amplíe considerablemente el ámbito de la concesión;

2^a.d) un nuevo concesionario sustituya a aquel al que se había adjudicado inicialmente la concesión, salvo en los casos de sucesión previstos en el art 43. 1, d), objeto de análisis posterior;

2^a.e) o tenga como resultado una concesión materialmente diferente, en cuanto a su carácter, de la celebrada en un principio.

La regla general de no alteración del contenido esencial, sin embargo, tiene la excepción de las modificaciones por debajo de los umbrales de *mínimis*, como luego se verá.

3^a Salvado el requisito de la no alteración sustancial de la concesión, se prevén diversos supuesto de *modificación del contrato* para cuya interpretación y aplicación, no obstante, debe procederse «*teniendo en cuenta la jurisprudencia aplicable del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*» (CDO 75, inicio).

Tales supuestos que se analizarán a continuación son los siguientes:

- modificaciones previstas en el contrato;
- obras o servicios adicionales;
- circunstancias imprevisibles;
- sustitución del concesionario;
- y otras modificaciones no sustanciales.

4^a Con independencia de su valor pecuniario, *se admiten las modificaciones cuando estuvieran ya previstas* en la documentación inicial de la concesión, en cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas, entre las que puede haber cláusulas de

revisión de precios u opciones. Estas cláusulas determinarán el alcance y la naturaleza de las posibles modificaciones u opciones, así como las condiciones en que se puede recurrir a ellas. Con todo, estas modificaciones, también denominadas *convencionales*, no contendrán modificaciones u opciones que puedan alterar el carácter global de la concesión (D 23, 43.1.a).⁴⁴⁷

5ª Cabe la modificación para *obras o servicios adicionales*, a cargo del concesionario original, que resulten necesarios y no estuviesen incluidos en la concesión original, cuando un cambio de concesionario (D 23, art. 43.1 b):

5ª. a) no sea factible por razones económicas o técnicas tales como requisitos de intercambiabilidad o interoperatividad con el equipo existente, servicios o instalaciones adquiridos en el marco de la concesión inicial,

5ª. b) así como genere inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el poder o entidad adjudicador.

No obstante, en el caso de las concesiones adjudicadas por el poder adjudicador a efectos del ejercicio de una actividad distinta de las enumeradas en el anexo II, el posible aumento de valor no podrá superar el 50 % del valor de la concesión original. En caso de que se apliquen varias modificaciones sucesivas, esta limitación se aplicará al valor de cada una de ellas. Estas modificaciones consecutivas no podrán tener por objetivo el de eludir la presente Directiva.⁴⁴⁸

⁴⁴⁷ Como precisa GALLEGO CÓRCOLES, que utiliza la denominación indicada, «no se trata de modificaciones del contrato, sino modificaciones derivadas del contrato y si, como reclama la norma, las condiciones en que se puede operar la alteración del contenido obligacional del contrato se han fijado con la suficiente claridad, precisión y transparencia, el riesgo de distorsión de la competencia no es significativo» (2015: 32). Sobre la no alteración del carácter global, «debe entenderse como límite a cambios de objeto o de un importe desproporcionado»(GIMENO FELIU, 2014: 181); también para GALLEGO CÓRCOLES «aunque el artículo considera en principio admisibles estas modificaciones “con independencia de su valor”, en mi opinión se sobrepasaría el límite relativo a la naturaleza global si se prevén cambios que alteren cuantitativamente de forma considerable el contrato.

La propia Directiva enumera supuestos susceptibles de prever en la concesión. Así, «pueden disponerse indexaciones de precios, o garantizar que, por ejemplo, el equipo de telecomunicaciones que deba entregarse durante un período determinado siga siendo idóneo, también en caso de modificación de los protocolos de comunicación u otros cambios tecnológicos. Debe ser posible asimismo, de acuerdo con cláusulas suficientemente claras, disponer las adaptaciones de las concesiones que sean necesarias con motivo de dificultades técnicas surgidas durante el funcionamiento o el mantenimiento. Cabe recordar, por último, que las concesiones pueden incluir, por ejemplo, tanto intervenciones de mantenimiento habitual como de mantenimiento extraordinario que resulten necesarias para asegurar la continuidad de un servicio público» (CDO. 75).

⁴⁴⁸ Como señala GALLEGO CÓRCOLES, «si el contrato incluye una cláusula de indexación, el valor de referencia será el precio actualizado (y, si la concesión no la incluye,) el valor

6ª La Directiva acepta la modificación como consecuencia de circunstancias imprevisibles (art. 43.1.c), cuyo concepto *«hace referencia a aquellas circunstancias que no podrían haberse previsto aunque el poder adjudicador o la entidad adjudicadora hubiera preparado con razonable diligencia la adjudicación inicial, teniendo en cuenta los medios a su disposición, la naturaleza y las características del proyecto concreto, las buenas prácticas en el ámbito de que se trate y la necesidad de garantizar una relación adecuada entre los recursos empleados en la preparación de la adjudicación y su valor previsible»* (CDO. 76).

Con todo, la aplicación de esta causa se encuentra sujeta a dos límites:

6ª. a) Que la modificación no altere el carácter global del contrato.⁴⁴⁹

6ª. b) En el caso de las concesiones adjudicadas a efectos del ejercicio de una actividad distinta de las enumeradas en el anexo II de la Directiva, el posible aumento de valor no podrá superar el 50 % del valor de la concesión original. En caso de que se apliquen varias modificaciones sucesivas, esta limitación se aplicará al valor de cada una de ellas. Estas modificaciones consecutivas no deben tener por objetivo el de eludir lo dispuesto en la Directiva.⁴⁵⁰

7ª La *sustitución del concesionario* se acepta cuando un nuevo concesionario sustituya al designado en un principio como adjudicatario por el poder adjudicador adjudicadores o la entidad adjudicadora como consecuencia de (D 23, 43.1.d):

actualizado se calculará teniendo en cuenta la inflación media en el Estado miembro del poder adjudicador o de la entidad adjudicadora (art. 43.3)» (2015: 37-38).

Las actividades enumeradas en el anexo II citado son las siguientes: gas y calefacción; electricidad; puesta a disposición o explotación de redes que presten un servicio público en el campo del transporte por ferrocarril, sistemas automáticos, tranvía, trolebús, autobús o cable; explotación de una zona geográfica a fin de facilitar instalaciones aeroportuarias o portuarias marítimas o interiores u otras instalaciones propias de un terminal a transportistas por vía aérea, marítima o por rutas de navegación interior; servicios postales y otros servicios en los términos del apartado 5. b); y actividades relativas a la explotación de una zona geográfica con vistas a la extracción de petróleo o gas y la prospección o extracción de carbón u otros combustibles sólidos.

⁴⁴⁹ La misma Directiva ofrece ejemplos de alteraciones. Así, *«si se sustituyen las obras que deban ejecutarse o los servicios que deban prestarse por otros diferentes o si se modifica de forma fundamental el tipo de la concesión ya que, en ese caso, puede presumirse una hipotética influencia en los resultados»* (CDO. 76).

⁴⁵⁰ Las actividades enumeradas en el anexo II se han detallado en nota anterior.

7ª. a) una opción o cláusula de revisión inequívoca de conformidad con los términos vistos (art 43.1. a),

7ª. b) la sucesión total o parcial del concesionario inicial, a raíz de una reestructuración empresarial, en particular por absorción, fusión, adquisición o insolvencia, por otro operador económico que cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente, siempre que ello no implique otras modificaciones sustanciales del contrato ni tenga por objeto eludir la aplicación de la Directiva,

7ª.c) o bien la asunción por el propio poder o entidad adjudicador de las obligaciones del concesionario principal para con sus subcontratistas, siempre que esta posibilidad esté prevista en la legislación nacional.

8ª El catálogo de supuestos se cierra con una cláusula abierta a la posibilidad de *otras modificaciones de la concesión cuando no sean sustanciales* (D 23, 43.1.e), y para cuya delimitación se remite a los supuestos en que la modificación se considera sustancial (D 23, 43.4, detallados al enunciar la regla general en la consideración 2ª). Pese a su apariencia de inicio, su margen a mi entender es muy escaso, atendida la dificultad de superar los requerimientos de estos supuestos, cuyo carácter es el de presunciones *iuris et de iure*, al estar enunciadas en el propio articulado de la Directiva.⁴⁵¹

Desde el punto de vista lógico debe admitirse, pues parte de la premisa de que la *modificación no es sustancial*, aunque en la práctica la exégesis para acreditar esta característica se verá condicionada por la presunciones contrarias del art. 43.4 de la Directiva (posibilidad de que hubiera otros licitadores u ofertas distintas, alteración del equilibrio económico de la concesión, aplicación considerable de su ámbito o resultado materialmente diferente si se produjera la modificación).

9ª Sin verse sujeta al requerimiento de la no esencialidad, se permite la *modificación de la concesión por debajo de determinados umbrales mínimos* (D 23, art. 43.2); concretamente, si el valor del contrato es inferior, cumulativamente, a los dos valores siguientes:

- el umbral indicado en el art. 8 (inicialmente, 5.186.000 eur, 5.225.000, en aplicación del Reglamento delegado 2015/2172/UE de la Comisión de 24.11.2015);
- el 10% del valor inicial de la concesión.

⁴⁵¹ En el mismo sentido, GALLEGO CÓRCOLES (2015: 48).

Sin embargo, se establecen dos limitaciones a la modificación:

- que no podrá alterar la naturaleza global de la concesión,
- que, cuando se efectúen varias modificaciones, el valor se calculará sobre la base del valor neto acumulado de las sucesivas modificaciones.

Varias son las reflexiones respecto de la configuración de esta posibilidad:

9ª.a) En primer término, la justificación de la propia Directiva: «*En todo momento debe ser posible introducir modificaciones de la concesión que den lugar a una pequeña modificación del valor del contrato que no rebase un determinado nivel, sin que sea necesario efectuar un nuevo procedimiento de concesión. Para ello, con el fin de garantizar la seguridad jurídica, la presente Directiva debe prever umbrales de minimis, por debajo de los cuales no se exigirá un nuevo procedimiento de adjudicación*» (CDO. 75).

Esta justificación lleva incluso a eximir del requisito del carácter no esencial de la modificación, toda vez que introduce el inciso de «*sin necesidad de verificar si se cumplen o no las condiciones enunciadas en el apartado 4, letras a) a d)*», que establecen dicho carácter, lo que ha sido objetado por la Doctrina.⁴⁵² Y, si bien es cierto que los umbrales tienen el carácter de *minimis* a escala comunitaria, si los situamos en el ámbito local, las cifras resultantes son realmente considerables.⁴⁵³

9ª.b) Con todo, debe insistirse en la limitación que supone el hecho de que la modificación *no podrá alterar la naturaleza global de la concesión*, expresión que, aunque constituya un concepto jurídico indeterminado, no puede distar mucho de lo que suponga *no modificar sustancialmente la concesión*, con lo que la supuesta excepción a esta exigencia queda muy reducida en su aplicación práctica.

⁴⁵² Así, «*se considera que esto es una grave novedad, porque no debiera permitirse la modificación del contrato sin que existiera una circunstancia imprevisible que lo motive. Incluso puede decirse que la Directiva incita a modificar el contrato hasta ese umbral*» (VÁZQUEZ MATILLA, 2015: 97, en relación con el CDO. 107 de la Directiva 2014/24/UE, de redacción análoga al que comentamos). También es crítica con la ausencia de motivación GALLEGO CÓRCOLES (2015: 45-47)

⁴⁵³ Así, el importe de 5.225.000 (cifra que sustituyó a la de 5.186.000 euros en aplicación del Reglamento delegado 2015/2172/UE de la Comisión de 24.11.2015) es de por sí superior al de los presupuestos de muchos municipios y, respecto de la mayoría que los que no, supondría un porcentaje superior al 10% de los recursos ordinarios, lo que atribuye la competencia de su adjudicación al Pleno de la Corporación (ex TRLCSP, DA 2ª.1 y .2).

9ª.c) Por otra parte, el *límite del 10% del valor* se refiere al *inicial de la concesión* y, cuando se efectúen varias *modificaciones sucesivas*, el valor se calculará sobre la base del *valor acumulado* de las sucesivas que se produzcan.⁴⁵⁴

10ª Finalmente, se establece la obligación de que en los supuestos de modificaciones relativas a las *obras o servicios adicionales* y a las *circunstancias imprevisibles* se deberá publicar un anuncio en el DOUE (D 23, 43.1 *in fine*, en relación con el 33 y el anexo XI). Constituye un mecanismo de transparencia más, aunque ciertamente sus efectos o consecuencias pueden quedar algo difuminados, como se ha resaltado por la Doctrina.⁴⁵⁵

Como recapitulación puede señalarse que la regulación de las modificaciones contractuales en las Directivas 2014/23 y 24/UE sorprende un tanto, atendido que supone una disminución de la rigidez que hasta la fecha había mostrado la jurisprudencia comunitaria respecto de las mismas. Centrándonos en la de concesiones, la propia Directiva apela para justificar el tratamiento normativo al *fin de garantizar la seguridad jurídica* (CDO. 75), así como a que *se necesita un cierto grado de flexibilidad para adaptar la concesión a las nuevas circunstancias sin necesidad de un nuevo procedimiento de adjudicación* (CDO. 76). Y aunque no se cita expresamente, esas apelaciones traslucen una *cierta dosis de realismo*, necesario por otra parte al tratarse de una figura –y aquí sí que se hace énfasis–, la concesión, que *se extiende durante un largo período de tiempo* (CDO. 76).

⁴⁵⁴ A diferencia, pues, de lo que sucede con las *obras y servicios adicionales* o las *circunstancias imprevisibles*, en los que el límite del 50% se aplica a cada una de las modificaciones por separado (D 23, 43.2.b) y c). Según GALLEGO CÓRCOLES, «el valor de referencia será el precio actualizado» (2015: 46). Deduzco que la actualización se deriva del término valor *neto*, en su acepción que lo vincula con la inflación y el *valor presente neto* (*net present value/NPV*). Cabría, no obstante, otra interpretación: la del valor neto como importe sin contar el IVA, lo que tendría su lógica, atendidos los posibles cambios que puede experimentar los tipos de dicho impuesto. Lo cierto es que esta es la única vez que la Directiva utiliza la expresión *valor neto* y, realmente, no lo vincula con la necesidad de que el precio esté actualizado, esto es, el requerimiento que se sitúa en el párrafo siguiente y se refiere, exclusivamente, a los supuestos del art. 43.2.b) y c), de los que este supuesto de *minimis* difiere como se acaba de evidenciar en el párrafo anterior. Aunque con reservas, me inclino por esa segunda interpretación, que al ser más restrictiva confiere más garantía.

⁴⁵⁵ Así, GALLEGO CÓRCOLES lo califica de tímido, señalando la transcendencia de que, además, sea notificado a los licitadores, como también en relación con el recurso especial de contratación (2015: 54-57); en el mismo sentido GIMENO FELIU, con cita de jurisprudencia al respecto (2015: 183-187 Y, en un trabajo posterior, en el que analiza la legislación de Aragón y su funcionalidad, así como las diferentes opiniones al respecto (2016c: 53-58).

La Doctrina en general no ha celebrado desde luego el nuevo planteamiento, y se precave recordando que la propia Directiva afirma que *tiene en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea* (CDO. 75, inicio).⁴⁵⁶

4.9.4.3 La opinión del Consejo de Estado

Por su incuestionable trascendencia es oportuno reproducir la opinión del Consejo de Estado sobre la regulación de las modificaciones contractuales. El Alto órgano consultivo formula las consideraciones siguientes (Dictamen núm. 1116/2015, de 10.3.2016, p 197 a 200):

«Con la Directiva 2014/24/UE el Derecho europeo se adentra por primera vez en el ámbito de la modificación de los contratos públicos, en orden a preservar las condiciones en que se llevó a cabo la licitación.

Ello no significa que el ordenamiento comunitario haya permanecido ajeno a esta cuestión hasta la nueva directiva, habida cuenta de que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (T JUE), con la finalidad expresada, ya había impuesto límites a la modificación de los contratos. De esta jurisprudencia es representativa la Sentencia de 19 de junio de 2008 (asunto *Presstext Nachrichtenagentur*), con arreglo a la cual, a fin de garantizar la transparencia de los procedimientos y la igualdad de los licitadores, las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de este constituyen una nueva adjudicación "cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato". En este sentido, la modificación de un contrato en vigor puede considerarse sustancial, entre otros supuestos, "cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente

⁴⁵⁶ El más crítico con la Directiva es VÁZQUEZ MANTILLA, para quien «el balance del proceso legislativo es negativo» (2015: 90). GIMENO FELIU resalta la *manera confusa* en que la nueva normativa intenta fijar los límites y reglas que pueden amparar un modificado y recomienda cierta precaución respecto de la innovación que supone (2014b: 79), e insiste en que el régimen de los modificados debe interpretarse conforme a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (CDO. 107 de la D 2014/24/UE) y del control que en este sentido van a efectuar los órganos de recursos contractuales en España (2015c). DíEZ SASTRE, en fin, califica «de forma generosa (...) la posibilidad de modificar los contratos» recogida en la propuesta de la Directiva (2013).

admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada"; "cuando amplía el contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos"; o "cuando cambia el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario del contrato de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial".

No hay que olvidar, por lo demás, que, antes de la aprobación de la Directiva 2014/24/UE, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, reformó el régimen de modificación de los contratos administrativos, ante un procedimiento en ciernes por incumplimiento del Reino de España, por no ajustarse, al entender de la Comisión Europea, la entonces Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, a los principios comunitarios de la contratación pública.

A partir de la jurisprudencia del TJUE, que, como señala el considerando centésimo séptimo, inspira la nueva regulación, el artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE disciplina la modificación de los contratos durante su vigencia.

De acuerdo con este precepto, los contratos y los acuerdos marco sujetos a la directiva podrán modificarse sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de contratación en cinco supuestos:

i) Previsión en los pliegos: con independencia de su valor pecuniario, las modificaciones contractuales son admisibles cuando estuvieran ya previstas en los pliegos iniciales de la contratación, en cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas. Dichas cláusulas han de fijar el alcance y la naturaleza de las posibles modificaciones u opciones, así como las condiciones en que pueden utilizarse. Como límite, no caben modificaciones u opciones que puedan alterar la naturaleza global del contrato o del acuerdo marco.

ii) Obras, servicios o suministros adicionales: tales prestaciones, cuando resulten necesarias y no estuviesen incluidas en la contratación original, podrán encargarse al contratista primitivo, en el supuesto de que su sustitución no sea factible por razones económicas o técnicas y genere inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el poder adjudicador. Ahora bien, el incremento del precio resultante de la modificación del contrato no puede exceder del 50% del valor del contrato inicial; en caso de que se introduzcan varias modificaciones sucesivas, dicha limitación se

aplicará al valor de cada una de ellas, sin que tales modificaciones consecutivas puedan tener por objeto eludir las disposiciones de la directiva.

iii) Circunstancias imprevistas: ante la necesidad de una modificación que se derive de circunstancias que un poder adjudicador diligente no hubiera podido prever, siempre que no se altere la naturaleza global del contrato, dicha modificación es factible hasta un incremento del precio igual o inferior al 50% del valor del contrato o acuerdo marco inicial. En caso de modificaciones sucesivas, se aplicará la misma regla que en el caso anterior.

iv) Sustitución del adjudicatario: la alteración subjetiva del contrato se permite cuando un nuevo contratista sustituya al designado en un principio como adjudicatario por el poder adjudicador como consecuencia de cualquiera de las siguientes tres circunstancias:

- una opción o cláusula de revisión inequívoca contenida en los pliegos;

- la sucesión total o parcial del contratista inicial, a raíz de una reestructuración empresarial, en particular por absorción, fusión, adquisición o insolvencia, por otro operador económico que cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente, siempre que ello no implique otras modificaciones sustanciales del contrato ni tenga por fin eludir la aplicación de la directiva, o

- la asunción por el propio poder adjudicador de las obligaciones del contratista principal para con sus subcontratistas, siempre que esta posibilidad esté prevista en la legislación nacional.

v) Modificaciones no sustanciales

En todo caso, se entiende que son modificaciones no sustanciales aquellas cuyo valor es inferior a las dos cifras siguientes: los umbrales económicos de los contratos sujetos a regulación armonizada y el 10% del valor inicial del contrato en el caso de los contratos de servicios o de suministros o el 15% en el caso de los contratos de obras. Por encima de estos umbrales, será preciso evaluar si la modificación es sustancial, lo que sucederá siempre que tenga como resultado un contrato o acuerdo marco de naturaleza materialmente diferente a la del celebrado en un principio. A estos efectos, una modificación es considerada, en cualquier caso, sustancial cuando se cumpla una

o varias de las condiciones siguientes: que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación; que la modificación altere el equilibrio económico del contrato o del acuerdo marco en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato o acuerdo marco inicial; que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato o del acuerdo marco; o que el contratista inicialmente designado como adjudicatario por el poder adjudicador sea sustituido por un nuevo contratista en circunstancias distintas de las anteriormente expresadas.

Fuera de los cinco supuestos enumerados, de conformidad con el artículo 72.5 de la Directiva 2014/24/UE, es prescriptivo iniciar un nuevo procedimiento de contratación para introducir modificaciones en las disposiciones de un contrato público o un acuerdo marco durante su vigencia» (Dictamen núm. 1116/2015, p 197-200, los entrecorridos y las cursivas son del Consejo de Estado).

4.9.5. Incidencia de las prescripciones generales sobre modificación de los contratos en el ALCSP

4.9.5.1. Introducción

Del planteamiento que adopta el ALCSP sobre las modificaciones contractuales pueden destacarse los aspectos siguientes:

1º Se establecen unas prescripciones generales, aplicables a todos los contratos, que se complementan con unas determinaciones específicas para cada uno de ellos. Las primeras se localizan en los art. 201 a 205 (Libro Segundo, Título I, Capítulo I, Sección 3ª, Subsección 4ª del ALCSP) y se analizarán en este epígrafe, mientras que lo serán en el siguiente las relativas a la concesión de servicios (art. 288).

2º Tal como se ha visto en el epígrafe anterior, el de las modificaciones de los contratos es un ámbito que las Directivas han abordado con intensidad. De ahí, pues, que sus prescripciones deban ser observadas al ser objeto de transposición, lo que en dicho ámbito se traduce en la imposibilidad de minorar los requisitos que establecen las Directivas respecto de las modificaciones contractuales. Cabría, eso sí, aumentar

las exigencias y tal es la opción elegida en el ALCSP, como se comprobará en el análisis que se desarrollará a continuación.⁴⁵⁷

3º Junto al comunitario, el Anteproyecto considera el antecedente de la regulación general contenida en el TRLCSP/2011, relativa a los *supuestos de modificación de los contratos* (art. 105), *modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación* (106), *procedimiento* (108) y *potestad de modificación del contrato* (219).

4º A diferencia del único precepto que recogen las Directivas, la regulación de la modificación de los contratos se contiene en cuatro en el ALCSP. Ciertamente, los arts. 43 y 72 de las Directivas 2014/23 y 24/UE, (sobre concesiones y contratación pública, respectivamente) son en extremo largos, pero al incluirse en un solo precepto conforman un todo lógico, lo que tiene especial trascendencia respecto de la regla general de la *prohibición de alterar el contenido sustancial del contrato* (apartado 4 de los arts. 43 y 72 citados). En el Anteproyecto, y pese al esfuerzo de estructuración sistemática, la distribución en diferentes preceptos y la ausencia de una afirmación expresa de la vigencia de esa regla general plantea algunos equívocos, como se comentará después.

La regulación de las modificaciones contractuales en el ALCSP es objeto de un análisis detallado por el Consejo de Estado en su Dictamen núm. 1116/2015, de 10.3.2016 (p. 200 a 209), y respecto de la cual manifiesta que «es posible emitir un juicio global favorable» (p. 205). Las observaciones particulares efectuadas por el Alto órgano consultivo serán reproducidas al hilo del análisis de los diferentes preceptos del Anteproyecto, dejando para el final, a modo de recapitulación, las consideraciones generales que efectúa.

⁴⁵⁷ Que el régimen del Anteproyecto es más restrictivo que el de las Directivas es una realidad incuestionable, y por ello era del todo lógico que el texto de abril de 2015 lo advirtiera:

«Respecto de la parte correspondiente a la ejecución de los contratos, hay que hacer una especial referencia a la novedad que supone el régimen de modificación del contrato, **más restrictivo que el que establecen las nuevas Directivas comunitarias**» (EM, IV, pfo. 21).

Lo sorprendente es que, sin que el régimen de modificación se haya acomodado totalmente al de la Directiva en el texto de octubre de 2015, sí se haya suprimido la mención a la diferencia:

«Respecto de la parte correspondiente a la ejecución de los contratos, hay que hacer una especial referencia a la novedad que supone el régimen de modificación del contrato, **en línea con lo establecido en las Directivas comunitarias**» (EM, IV, pfo. 27).

4.9.5.2. Potestad de modificación del contrato.

A) Regulación en el ALCSP

«Artículo 201. Potestad de modificación del contrato

1. Sin perjuicio de los supuestos previstos en esta Ley respecto a la sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y ampliación del plazo de ejecución, los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en esta Subsección, y de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 189.

2. Los contratos administrativos celebrados por los órganos de contratación sólo podrán modificarse durante su vigencia cuando se dé alguno de los siguientes supuestos:

a) Cuando así se haya previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, en los términos y condiciones establecidos en el artículo 202;

b) Excepcionalmente, cuando sea necesario realizar una modificación que no esté prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares, siempre y cuando se cumplan las condiciones que establece el artículo 203.

En cualesquiera otros supuestos, si fuese necesario que un contrato en vigor se ejecutase en forma distinta a la pactada, deberá procederse a su resolución y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes, en su caso previa convocatoria y sustanciación de una nueva licitación pública de conformidad con lo establecido en esta Ley, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 211 respecto de la obligación del contratista de adoptar medidas que resulten necesarias por razones de seguridad, servicio público o posible ruina.

3. Las modificaciones del contrato deberán formalizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 151.»

B) Comentarios

Sobre el artículo transcrito puede formularse los comentarios siguientes:

1º Ausente de cualquier referencia en las Directivas, la mención sobre la *potestad de modificación del contrato* solo se localiza en el título del precepto, pues en su contenido se fijan las limitaciones a las que se ve sometida, evidenciando así su contraste con planteamientos anteriores.

2º El apartado primero tiene como antecedentes el primer inciso del art. 105.1 del TRLCSP, en lo que se refiere a la *sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y ampliación del plazo de ejecución*, objeto de regulación específica, y en el 219.1 la afirmación sobre la sujeción de la modificación contractual a la *conurrencia de razones de interés público* y a *los casos en las formas previstas en los art. 201 a 205*.

3º El apartado segundo desarrolla con mayor precisión el resto del art. 105.1 del Texto refundido, y contiene las previsiones de gran trascendencia siguientes:

3ºa) La distinción entre las *modificaciones previstas en el PCAP* y las *no previstas*, calificadas de excepcionales, objeto de regulación en los art. 202 y 203, respectivamente.

3ºb) La afirmación de que *si fuese necesario que un contrato en vigor se ejecutase en forma distinta a la pactada, deberá procederse a su resolución y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes, en su caso previa convocatoria y sustanciación de una nueva licitación pública.*

Esa exigencia se ve acompañada de la remisión en tal caso al cumplimiento por el contratista de la obligación de adoptar medidas que resulten necesarias por razones de seguridad, servicio público o posible ruina.⁴⁵⁸

4º Finalmente, el apartado tercero consigna que *las modificaciones del contrato deberán formalizarse* conforme a lo dispuesto en el art. 151, reproduciendo lo que prescribe el 219.2 del TRLCSP, obligación formal que tiene también sus consecuencias en orden a su impugnación como se verá después.

C) Observaciones del Consejo de Estado

Respecto del art 201 del ALCSP, sobre la *potestad de modificación de los contratos*, el Alto órgano consultivo efectúa las siguientes observaciones (Dictamen núm.1116/2015, de 10.3.2016, p 205 y 206):

«Según su apartado 1, los contratos administrativos podrán ser modificados por razones de interés público en los casos previstos en dicha subsección, *"de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 189"*.

Lo cierto es que, además de resultar aplicables las previsiones procedimentales que rigen, en general, para el ejercicio de las prerrogativas de la Administración, en el caso de la modificación contractual también habrán de ser consideradas las particularidades que en el orden formal enuncia el artículo 205.

⁴⁵⁸ El Anteproyecto de abril de 2015 se remitía para este particular al art. 211.5, con cita errónea del apartado que debía entenderse referido al 6º, tanto por su repetición como porque su antecedente lo constituye el 225.6 del TRLCAP; el error fue corregido en el ALCSP/O/2015.

Por ello, el artículo 201.1 in fine debe someter el ejercicio del ius variandi al "procedimiento regulado en el artículo 189, **con las particularidades previstas en el artículo 205**".

En este plano procedimental, debe llamarse la atención sobre el hecho de que el dictamen del Consejo de Estado, en virtud del artículo 189 citado, sea preceptivo en los casos de modificación del contrato, *"cuando no estuvieran previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido"*. Ello supone, en cierta medida, el retorno al régimen tradicional en nuestro Derecho (en línea con la redacción original de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y la legislación anterior), en el que el límite del 20% tiene una doble virtualidad: marca el umbral a partir del cual la reforma es potestativa para el contratista y deviene preceptiva la intervención de la Comisión Permanente del Consejo de Estado» (los entrecorridos, las cursivas y las negritas son del Consejo de Estado).

Del todo oportuna es la inclusión de la referencia al art. 205 del propio Anteproyecto, sobre las especialidades procedimentales, que será objeto de análisis en el epígrafe 4.9.5.6.

4.9.5.3 Modificaciones previstas en el PCAP

A) Regulación

«Artículo 202. Modificaciones previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares

1. Los contratos de las Administraciones Públicas podrán modificarse durante su vigencia cuando, con independencia del porcentaje del precio inicial que represente la modificación, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se hubiere advertido expresamente de esta posibilidad, en la forma y con el contenido siguiente:

a) La cláusula de modificación deberá estar formulada de forma clara, precisa e inequívoca.

b) Asimismo, en lo que respecta a su contenido, la cláusula de modificación deberá precisar con el detalle suficiente: su alcance, límites y naturaleza; las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva; y el procedimiento que haya de seguirse para realizar la modificación. La cláusula de modificación establecerá, así mismo, que la

modificación no podrá suponer el establecimiento de nuevos precios unitarios no previstos en el contrato.

La formulación y contenido de la cláusula de modificación deberá ser tal que en todo caso permita a los candidatos y licitadores comprender su alcance exacto e interpretarla de la misma forma y que, por otra parte, permita al órgano de contratación comprobar efectivamente el cumplimiento por parte de los primeros de las condiciones de aptitud exigidas y valorar correctamente las ofertas presentadas por éstos.

2. En ningún caso los órganos de contratación podrán prever en el pliego de cláusulas administrativas particulares modificaciones que puedan alterar la naturaleza global del contrato inicial. En todo caso, se entenderá que se altera ésta si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios que se van a adquirir por otros diferentes o se modifica el tipo de contrato.»

B) Comentarios

Sobre la referida regulación cabe expresar los comentarios siguientes:

1º) Los antecedentes del precepto vienen constituidos por el art. 106 del TRLCSP y las determinaciones de la Directivas 2014/23/UE (art. 43.1.a y CDO. 78) y 2014/24/UE (72.1.a y CDO. 111).

Respecto de la regulación del Texto refundido ya no se incluyen las referencias al *anuncio de licitación*, toda vez que ahora se circunscribe la posibilidad a la inclusión de la previsión en el PCAP, ni al *límite del porcentaje* que se exige en el TRLCSP, que cabe suponer eliminado en atención al hecho de que las modificaciones previstas en el ALCSP son posibles con independencia del porcentaje del precio inicial que represente la modificación.

2º) En la primera parte del 202.1 del ALCSP se reproducen las determinaciones de las Directivas, integrando contenidos del 106 del TRLCSP, con lo que se hace énfasis en que:

2ºa) Se haya advertido expresamente la posibilidad de la modificación del contrato.

2ºb) La cláusula de modificación deberá estar formulada de forma clara, precisa e inequívoca.

2ºc) En cuanto al contenido de cláusula, deberá preciar con el detalle suficiente:

- su alcance, límites y naturaleza;
- las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma por referencias a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva;
- y el procedimiento que haya de seguirse para realizar la modificación.

2ºd) La cláusula de modificación establecerá, así mismo, que la modificación no podrá suponer el establecimiento de nuevos precios unitarios no previstos en el contrato.⁴⁵⁹

3º) En el último apartado del 202.1 del Anteproyecto, se añaden todavía dos exigencias, que provienen del 2º párrafo del art. 106 del TRLCSP, sobre la formulación y contenido de la *cláusula de modificación*, de manera que deberá ser tal que.⁴⁶⁰

3ºa) En todo caso permita a los candidatos y licitadores comprender su alcance exacto e interpretarla de la misma forma.

3ºb) Y, por otra parte, permita al órgano de contratación comprobar efectivamente el cumplimiento por parte de los candidatos de las condiciones de aptitud exigidas y valorar correctamente las ofertas presentadas por los licitadores.

4º) El apartado 2 del art. 202 del ALCSP es traslación de los requerimientos de la Directiva, en cuya virtud:

4ºa) *En ningún caso* los órganos de contratación podrán prever en el PCAP *modificaciones* que puedan alterar la *naturaleza global del contrato inicial*.⁴⁶¹

4ºb) En todo caso, se entenderá que se altera ésta si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios que se van a adquirir por otros diferentes o se modifica el tipo de contrato.⁴⁶²

5º) Una vez formulados los comentarios sobre las modificaciones previstas en el PCAP cabe resaltar la *inexistencia de límites objetivos* a las mismas, omisión

⁴⁵⁹ Este último párrafo no figuraba en el texto de abril de 2015 y fue incorporado en el de octubre siguiente, como una muestra más del rigor exigido respecto de las modificaciones previstas en el contrato. Por otro lado, debe consignarse que tal requisito no se incluye en la regulación de las Directivas 2014/23 y 24/UE (43 y 72, *a contrario sensu*), lo que constituye otra manifestación del carácter más restrictivo del régimen de modificación contractual del Anteproyecto.

Formulada estas precisiones en cuanto al fondo, se echa en falta una mayor precisión en el uso de los términos y la repetición, después del empleo del verbo *se establecerá*, del sustantivo *el establecimiento*, que bien pudiera haberse sustituido por *la fijación* u otra expresión análoga.

⁴⁶⁰ Se corresponden con las implicaciones que demanda el *principio de transparencia* (STJUE de 29.4.2004, A 496/1999, *Succhi di Frutta SpA*, ST 111).

⁴⁶¹ D 2014/23/UE (art. 43.1.a *in fine*) y 2014/24/UE (72.1.a *in fine*).

⁴⁶² Esta presunción *iures et de iure* se recoge igualmente en las D 2014/23 y 24/UE (CDO 76 y 109, respectivamente).

acentuada con el inciso *con independencia del porcentaje del precio inicial que represente la modificación*.

Sin embargo, hay que convenir que el hecho de que no se fijen no quiere decir que no existan, bien que para negar las extralimitaciones de la aplicación las cláusulas de modificación habrá que acudir a la regla general de la *prohibición de la alteración sustancial del contrato*,

Como se recordará, dicha regla general es manifestación de la *jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea* y a ella se apela y se consagra en las Directivas.⁴⁶³ Hubiera sido deseable que el ALCSP la hubiera recogido expresamente, aunque ciertamente su posible significado viene a ser equivalente en la práctica con el límite de que *las cláusulas no podrán prever modificaciones que puedan alterar la naturaleza global del contrato inicial*, fijado en el art. 202.2 del Anteproyecto.⁴⁶⁴

Señalado lo anterior, hay que recordar que las Directivas contiene diversas precisiones sobre las *modificaciones que se consideran esenciales* (D 2014/23/UE, art. 43.4, y 2014/UE, 72.4), como ya se ha tenido oportunidad de analizar (epígrafe 4.9.4.2). De otro lado, esas precisiones se recogen en el art. 203.2.c) del ALCSP, como se verá más adelante (epígrafe 4.9.5.4.B.5).

En cualquier caso, la aplicación de esas limitaciones obliga a incorporar a la gestión una exégesis a desarrollar por el operador, no exenta de complejidad ante la inexistencia de un límite porcentual y susceptible de excesos, como ya se ha señalado por organismos cualificados.⁴⁶⁵

⁴⁶³ Concretamente en las 2014/23/UE, sobre concesiones (art. 43.1.e y .4 y .5 y CDO 75, 2º inciso) y 2014/24/UE, sobre contratación pública (72.1.e, .4 y .5 y CDO 107, 2º inciso); véase el epígrafe 4.9.4.2, consideración 2ª.

⁴⁶⁴ Esa equivalencia ya la señaló BAÑO LEÓN (2012:144).

⁴⁶⁵ Así, la *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* (CNMC) formula la siguiente observación sobre el anteproyecto: «la indefinición del porcentaje pecuniario que podrá ser modificado se considera excesiva e innecesariamente discrecional, además de suponer un retroceso en relación con la legislación vigente. Se considera que la no vinculación de la modificación tanto con el objeto como con la cuantía del contrato puede desvirtuar la naturaleza de la misma, entendiéndose que esta circunstancia podría derivar en la inclusión por parte de los pliegos, con arreglo al actual APL, de modificaciones que incluso superasen el valor conjunto del contrato» (IPN/CNMC/010/15, de 16.7, p. 65).

4.9.5.4 Modificaciones no previstas en el PCAP

A) Regulación

«Artículo 203. Modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares: prestaciones adicionales, circunstancias imprevisibles y modificaciones no sustanciales.

1. Las modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares o que, habiendo sido previstas, no se ajusten a lo establecido en el artículo anterior, solo podrán realizarse cuando la modificación en cuestión cumpla los siguientes requisitos:

a) Que encuentre su justificación en alguno de los supuestos que se relacionan en el apartado segundo de este artículo.

b) Que se limite a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.

2. Los supuestos que eventualmente podrían justificar una modificación no prevista, siempre y cuando ésta cumpla todos los requisitos recogidos en el apartado primero de este artículo, son los siguientes:

a) Cuando deviniera necesario añadir obras, suministros o servicios adicionales a los inicialmente contratados, siempre y cuando se den los dos requisitos siguientes:

1º. Que el cambio de contratista o bien obligaría al órgano de contratación a adquirir obras, servicios o suministros con características técnicas diferentes a los inicialmente contratados, cuando estas diferencias den lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso o de mantenimiento que resulten desproporcionadas; o bien generaría inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el órgano de contratación; o que por alguna otra razón de tipo económico o técnico no fuera posible el cambio de contratista.

*2º. Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente **con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo**, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.*

b) Cuando la necesidad de modificar un contrato vigente se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, siempre y cuando se cumplan las tres condiciones siguientes:

1º. Que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever.

2º. Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato.

*3º. Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente **con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo**, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.*

c) Cuando las modificaciones no sean sustanciales. En este caso se tendrá que justificar especialmente la necesidad de las mismas, indicando las razones por las que esas prestaciones no se incluyeron en el contrato inicial.

Una modificación de un contrato se considerará sustancial cuando tenga como resultado un contrato de naturaleza materialmente diferente al celebrado en un principio. En cualquier caso, una modificación se considerará sustancial cuando se cumpla una o varias de las condiciones siguientes:

1º. Que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación

2º. Que la modificación altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato inicial

3º. Que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato. En todo caso, se considerará que se amplía de modo importante el ámbito del contrato cuando las modificaciones supongan una alteración en su cuantía que exceda, aislada o conjuntamente, del 15 por ciento del precio inicial del mismo, IVA excluido, si se trata del contrato de obras, o de un 10 por ciento, IVA excluido, cuando se refiera a los demás contratos.

Para el cálculo del precio mencionado en las letras a) y b) de este apartado se tomará en cuenta el precio actualizado, si el contrato incluye cláusula de revisión de precios. En los contratos de concesión de obras o de concesión de servicios, si la concesión no incluye cláusula de revisión de precios, el valor actualizado se calculará teniendo en cuenta la inflación media medida conforme al índice de precios de consumo.»⁴⁶⁶

B) Comentarios

B.1) Configuración

Respecto de la configuración del art. 203 del ALCSP sobre modificaciones no previstas en el PCAP es oportuno adelantar las siguientes consideraciones:

1ª) Los antecedentes del precepto son los siguientes:

1ªa) De las Directiva 2014/23/UE, sobre concesiones: art. 42 ap. 1 (letras b), c) y e) ap. 4 y ap. 5 y CDO 75, 76 y 79.

1ªb) De la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública: art. 72.ap.1 (letras b), c) y e), ap. 4 y ap. 5 y CDO 107, 108 y 109.

1ªc) Del TRLCSP: art. 107 (modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación) y 171.b y 174.b (procedimiento negociado en los supuestos de obras y servicios complementarios, respectivamente).

2ª) Este art. 203 del Anteproyecto regula los supuestos de modificaciones de las obras, suministros o servicios adicionales, circunstancias imprevisibles y otras modificaciones no sustanciales, recogidas en las Directivas, con un régimen más restrictivo como se detallará.

3ª) De otro lado, el precepto no incorpora el supuesto de las modificaciones por debajo de los umbrales de mínimos, que es ignorado por el Anteproyecto.

⁴⁶⁶ La expresión *con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo*, referidas a las modificaciones que conjuntamente no excedan del 50% del precio inicial, fue incorporada en los apartados 2.a).2 y 2.b.3 del art. 203 en el texto de octubre de 2015.

4ª) El art. 203 del ALCSP no incluye las determinaciones relativas a la *sustitución del contratista*, previstas en las Directivas 2014/23/UE (art. 43.1.d y .4.c y CDO 77) y la 2014/72/UE (72.1.d y 4.c y CDO 110). Tales determinaciones en todo caso deben remitirse a la regulación de la figura de la *cesión del contrato*, recogida en el art. 212 del ALCSP y ya analizada (epígrafe 4.7.8.3).

5ª) Aunque no se mencione expresamente hay que insistir en que, de acuerdo con los argumentos ya expuestos, rige igualmente para estos supuestos la regla general de la *imposibilidad de que las modificaciones no previstas afecten al contenido esencial del contrato*.

B.2) Carácter tasado y objetivo de las modificaciones no previstas.

El apartado primero del art. 203 del Anteproyecto establece un *numerus clausus* respecto de las causas de modificaciones no previstas en el PCAP. Efectivamente, ese carácter tasado se afirma al exigir que las mismas *sólo podrán realizarse cuando la modificación encuentre su justificación en alguno de los supuestos que se relacionan en el apartado segundo de este artículo* (art. 203.1.a de ALCSP).

La segunda limitación, con un carácter doble, se concreta en la exigencia del requisito de que la modificación *se limite a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria* (art. 203.1.b del Anteproyecto), y tiene su antecedente en el TRLCSP (107.2.2º inciso).

Y cabe atribuir a ese requerimiento sobre la *necesaria concurrencia de una causa objetiva*, la *no incorporación* en el Anteproyecto del supuesto de las *modificaciones por debajo de los umbrales de minimis*, previsto en las Directivas y que constituía la excepción a la regla general sobre la no alteración del contenido esencial del contrato.⁴⁶⁷

B.3) Obras, suministros y servicios adicionales

El Anteproyecto admite la modificación cuando *deviniera necesario añadir obras, suministros o servicios adicionales a los inicialmente contratados*, separándose

⁴⁶⁷ Véase al respecto el epígrafe 4.9.4.2 (consideración 9ª) donde se analiza el supuesto en cuestión, y se recoge la crítica de la Doctrina sobre el mismo.

parcialmente de las Directivas,⁴⁶⁸ en el supuesto de que el cambio de contratista (art. 203.2.a.1º del ALCSP):

- o bien obligaría al órgano de contratación a adquirir obras, servicios o suministros con características técnicas diferentes a los inicialmente contratados, cuando estas diferencias den lugar a incompatibilidades o dificultades técnicas de uso o de mantenimiento que resulten desproporcionadas;
- o bien generaría inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el órgano de contratación;
- o que por alguna otra razón de tipo económico o técnico no fuera posible el cambio de contratista.

A la concurrencia de uno de esos supuestos se añade el requisito de que la modificación del contrato *implique una alteración en su cuantía que no exceda del 50% de su precio inicial* (ALCSP, art. 203.2.a.2º), porcentaje que es el mismo que el de las Directivas.⁴⁶⁹

Pero es respecto de su cálculo donde el Anteproyecto, en el apartado señalado, introduce un régimen más restrictivo, al establecer que la modificación no exceda, *aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme al art. 203*, del 50% del precio inicial, mientras que las Directivas admiten que *en el caso de que se apliquen varias modificaciones esta limitación se aplicará al valor de cada una de ellas*.⁴⁷⁰

⁴⁶⁸ D 2014/23 y 24/UE (art. 43 y 72, respectivamente, apartado común 1.b).i) e ii).

⁴⁶⁹ D 2014/23 y 24/UE (art. 43 y 72, respectivamente, apartado común 1.b), *in fine*.

⁴⁷⁰ Se permitía, pues, superar ese porcentaje del 50%, aunque se añadía que *esas modificaciones consecutivas no podrán tener por objetivo el de eludir la presente Directiva*. Con el ALCSP ya no hace falta examinar si concurre o no fraccionamiento; las referencias son a las Directivas 2014/23 y 24/UE (art. 43 y 72, respectivamente, apartado común 1.b), *in fine*. Aunque valora esa restricción, la *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* (CNMC) propone limitarla más:

«En este sentido debe por tanto considerarse como positiva la limitación adicional impuesta por el APL de modo que este 50% se entienda como máximo para el total de las posibles modificaciones realizadas. No obstante, en línea con las argumentaciones expuestas se recomendaría la reducción de este límite, con el fin de no desvirtuar la naturaleza de la figura. Asimismo, la redacción del articulado debería recalcar el carácter optativo de este recurso a las modificaciones así como un uso ponderado y excepcional de las mismas que no tendrá que ir alineado con el máximo legalmente permitido» (IPN/CNMC/010/15, p 66).

A esa demanda de la CNMC parece responder la concreción sobre que la limitación conjunta se relacione *con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo 203* del Anteproyecto, expresión que no figuraba en el texto de abril de 2015 y se incorporó en el de octubre siguiente.

Mayor trascendencia tiene la observación que recoge el Consejo de Estado en su Dictamen núm. 1116/2015, de 10.3.2016, que señala respecto del art. 203 del ALCSP lo siguiente:

«El apartado 2.a) de este precepto regula el supuesto de modificación por obras, suministros o servicios adicionales.

Es importante subrayar que este supuesto sustituye al más conocido en nuestro ordenamiento de las obras, suministros y servicios complementarios (artículos 171.b), 173.c) y 174.b) del TRLCSP, respectivamente), que se caracteriza por permitir su adjudicación por el procedimiento negociado sin publicidad a favor del contratista original, siempre que concurren determinadas circunstancias (que no pudiera haberse previsto su necesidad por un poder adjudicador diligente, que la ejecución se confíe al empresario al que se adjudicó el contrato principal de acuerdo con los precios que rijan para este o que, en su caso, se fijen contradictoriamente, y que la prestación no pueda separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar grandes inconvenientes al órgano de contratación).

Por consiguiente, el anteproyecto aspira a eliminar la posible contratación separada de estas prestaciones distintas pero conectadas al contrato original a través del procedimiento negociado sin publicidad, para que sean, en su caso, articuladas a través de la modificación de este. El límite al que quedan sujetos en la normativa en vigor tanto los proyectos de obras complementarios como los servicios complementarios es del 50% del importe primitivo del contrato, lo que coincide con el tope porcentual para añadir obras, suministros o servicios adicionales, con arreglo al artículo 72.1.b) de la Directiva 2014/24/UE y el artículo 203.2.a).2º del texto remitido en consulta.

Ahora bien, respecto del supuesto habilitante para este tipo de reforma contractual, el artículo 72.1.b) de la Directiva exige que cambiar de contratista no sea factible por razones económicas o técnicas tales como requisitos de intercambiabilidad o interoperatividad con el equipo existente, con servicios o con instalaciones adquiridos en el marco del procedimiento de contratación inicial, y genere inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el poder adjudicador. De acuerdo con la literalidad de la Directiva, ambas condiciones han de concurrir de forma acumulativa, es decir, para que pueda prosperar la modificación, la sustitución del

contratista ha de suponer el reemplazo de las prestaciones originales -por no ser factible su continuación por un operador económico distinto del adjudicatario primigenio- y ello entrañar a su vez graves inconvenientes o elevados costes para el poder adjudicador.

Por su parte, el artículo 203.2.a) 1º del anteproyecto configura el supuesto habilitante en los siguientes términos: *"Que el cambio de contratista o bien obligaría al órgano de contratación a adquirir obras, servicios o suministros con características técnicas diferentes a los inicialmente contratados, cuando estas diferencias den lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso o de mantenimiento que resulten desproporcionadas; o bien generaría inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el órgano de contratación; o que por alguna otra razón de tipo económico o técnico no fuera posible el cambio de contratista"*. Se aprecia que las condiciones en las que, según el anteproyecto, sería factible la modificación contractual para la incorporación de prestaciones adicionales, en lugar de ser acumulativas, son alternativas, toda vez que basta con que se produzcan, bien dificultades de tipo económico o técnico como consecuencia de la sustitución del contratista, bien inconvenientes significativos o incremento sustancial de costes, para que la reforma pueda seguir adelante.

La utilización de una formulación disyuntiva, en vez de un nexo copulativo, introduce en el anteproyecto una laxitud contraria al artículo 72.1.b) de la Directiva 2014/24/UE. Como se ha dicho, la relajación de las condiciones exigibles por el Derecho europeo para la modificación contractual no es admisible. En consecuencia, procede reformular el artículo 203.2.a).1º del anteproyecto para que la incorporación de prestaciones adicionales a los contratos administrativos exija simultáneamente los dos presupuestos contemplados en el precepto citado de la directiva comunitaria» (Dictamen núm. 1116/2015, p. 206 a 208; los entrecomillados y las cursivas son del Consejo de Estado).

Obviamente, deberá ser incorporada en el proyecto de ley la reformulación del precepto en el sentido de requisitos acumulativos señalado por el Alto órgano consultivo.

B.4) Circunstancias sobrevenidas e imprevisibles.

El Anteproyecto recoge como causa de la necesidad de la modificación que derive de circunstancias sobrevenidas que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato (art. 203.2.b, primer inciso), añadiendo esa referencia al carácter sobrevenido que no figura en las Directivas.⁴⁷¹ La causa la sujeta a tres requisitos (ALCSP, art. 203.b, 2º inciso):

1º Que la necesidad de la modificación se derive de circunstancia que una Administración diligente no hubiera podido prever.

2º Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato.

3º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente **con otras modificaciones acordadas conforme al art. 203**, del 50% de su precio inicial, IVA incluido.

Todos los requisitos son coincidentes con los de las Directivas, excepción hecha de la limitación sobre el conjunto de porcentajes que, como sucedía en el apartado anterior, se somete a un régimen más restrictivo en el Anteproyecto al referirlo, como máximo incluso en el caso de modificaciones sucesivas y conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a art. 203 del mismo, al 50%.⁴⁷²

B.5) Otras modificaciones no sustanciales

Sobre la regulación contenida en el art. 203.2.c) del Anteproyecto cabe formular las siguientes consideraciones:

1ª La causa es que *las modificaciones no sean sustanciales*, exigencia que, como es sabido, es predicable de todas las modificaciones, con la excepción en la Directiva del supuesto de *mínimis* que no ha sido recogido en el Anteproyecto.

⁴⁷¹ A contrario D 2014/23 y 24/UE (art. 43 y 72, respectivamente, apartado común 1.c).

⁴⁷² Las referencias a la Directivas son las siguientes: respecto a la mención a la diligencia, las D 2014/23 y 24/UE (CDO 76 y 109, respectivamente); en cuanto a los requisitos, en la de concesiones (art. 43.1.c) y en la de contratación pública (art. 72.1.c).

Como en el caso del apartado anterior ya comentado, la introducción en el ALCSP/O/2015 de esta limitación sobre la consideración conjunta de las causas previstas en el referido precepto cabe atribuirla a la satisfacción del requerimiento formulado por la CNMC (IPN/010/15, p. 66).

2ª En el ALCSP se aprovecha para recoger los supuestos en que la *modificación de un contrato se considerará sustancial* (art. 203.1.c).⁴⁷³

2ªa) Cuando tenga como resultado un contrato de *naturaleza materialmente diferente* al celebrado en un principio.

2ªb) Que introduzca *condiciones* que de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de *candidatos distintos* de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una *oferta distinta* a la aceptada inicialmente o habrían atraído a *más participantes* en el contrato inicial.

2ªc) Que la modificación *altere el equilibrio económico* del contrato en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato inicial.

2ªd) Que la modificación *amplíe de forma importante el ámbito* del contrato.

Como especificación de este límite se detalla que, en todo caso, se considerará que se amplía de modo importante el ámbito del contrato cuando las modificaciones *supongan una alteración en su cuantía que exceda, aislada o conjuntamente, del 15% inicial del mismo, IVA excluido, si se trata del contrato de obras o de un 10%, IVA excluido, cuando se refiera a los de demás contratos.*⁴⁷⁴

2ªe) Finalmente, el Anteproyecto, extremando el rigor, incorpora una obligación más a documentar en el expediente de contratación: *se tendrá que justificar especialmente la necesidad de las modificaciones, indicando las razones por las que esas prestaciones no se incluyeron en el contrato inicial* (art. 203.1.c, 1º inciso, del ALCSP).⁴⁷⁵

B.6) Actualización del precio.

El artículo que comentamos contiene dos reglas en relación con las modificaciones referidas a las *obras, suministros y servicios adicionales* y las *circunstancias sobrevenidas e imprevisibles* y el *cálculo del precio* (art. 203.2, *in fine* ALCSP):

⁴⁷³ En los mismo términos las Directivas 2014/23 y 24/UE (art. 43 y 72 respectivamente, apartado común 4).

⁴⁷⁴ Esta precisión tiene su antecedente en el supuesto de *mínimis* previsto en la D 2014/24/UE (art. 72.2.ii).

⁴⁷⁵ Recáigase en el *equilibrio* que deberá mantenerse: en el expediente habrá que acreditar que las modificaciones no son sustanciales, pero se tendrá que justificar, especialmente, que son necesarias e indicar las razones por las que las prestaciones no se incluyeron en el contrato inicial. Discúlpenme por la *boutade*, pero en esta suerte de *confesión* solo falta el *dolor de los pecados* y el *propósito de enmienda!*

- Se tomará en cuenta el precio actualizado si el contrato incluye cláusula de revisión de precios.
- En los contratos de concesión de obras o de servicios, si no incluye cláusula de revisión de precios, el valor actualizado se calculará teniendo en cuenta la inflación media medida conforme al índice de precios al consumo.

Se trata de unas reglas que reproducen las de las Directivas, con la única modificación de la mención de *revisión de precios* en lugar de *indexación*.⁴⁷⁶

A esa conexión directa con las Directivas cabe atribuir el mantenimiento de tales reglas, sin perjuicio de la incidencia que respecto de las mismas deba tener el régimen de revisión de precios y la legislación de desindexación, cuya problemática ya ha sido analizada (epígrafe 4.8.5).

B.7) Reconducción de los supuestos incluidos en el TRLCSP

Al efectuar el análisis de los diferentes supuestos recogidos en el art. 203 del ALCSP se han ido concordando los contenidos incorporados del TRLCSP, cuyo art. 107 regula las *modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación*. Como se recordará, este precepto contiene un detalle de circunstancias que justifican la modificación, las cuales no han sido reproducidas, textualmente, en el Anteproyecto, aunque son reconducibles a los supuestos del mismo analizados.

Así, puede establecerse la siguiente correlación:

1.) Circunstancias sobrevenidas e imprevisibles.

Son subsumibles en las *circunstancias sobrevenidas e imprevisibles* del art. 203.2.b) del Anteproyecto, los supuestos contenidos en el art. 107.1 del Texto refundido siguientes:⁴⁷⁷

1.1) *Errores de entidad e imprevisibles del proyecto* (letras a) y b).⁴⁷⁸

⁴⁷⁶ Así, las D 2014/24 y 23/UE (art. 72.3 y 43.3, respectivamente).

⁴⁷⁷ Sobre su análisis me remito al epígrafe anterior (4.9.3.3.A.e) y a la bibliografía de referencia: COLÁS TENAS (2011) y VÁZQUEZ MATILLA (2013 y 2015:155-171).

- 1.2) *Fuerza mayor o caso fortuito* que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos (letra c).
- 1.3) *Avances técnicos* derivados de la aplicación de la *cláusula de progreso* (letra d).⁴⁷⁹
- 1.4) Ajuste a especificaciones como consecuencia del *factum principis* (letra e).⁴⁸⁰

2.) Modificaciones no sustanciales

A los efectos de integrar el supuesto de *modificaciones no sustanciales* previsto en el art. 203.2.c) del ALCSP, resultarían ilustrativos de su no integración los *casos en que se alteran las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato* y que, sobre la base de la identidad entre *sustanciales* y *esenciales*, se detallan en el art. 107.3 del TRLCSP:

- «a) Cuando la modificación varíe sustancialmente la función y características esenciales de la prestación inicialmente contratada.
- b) Cuando la modificación altere la relación entre la prestación contratada y el precio, tal y como esa relación quedó definida por las condiciones de la adjudicación.
- c) Cuando para la realización de la prestación modificada fuese necesaria una habilitación profesional diferente de la exigida para el contrato inicial o unas condiciones de solvencia sustancialmente distintas.
- d) Cuando las modificaciones del contrato iguallen o excedan, en más o en menos, el 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato; en el caso de modificaciones sucesivas, el conjunto de ellas no podrá superar este límite.
- e) En cualesquiera otros casos en que pueda presumirse que, de haber sido conocida previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores que tomaron parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas.»⁴⁸¹

⁴⁷⁸ «a) Inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas.

b) Inadecuación del proyecto o de las especificaciones de la prestación por causas objetivas que determinen su falta de idoneidad, consistentes en circunstancias de tipo geológico, hídrico, arqueológico, medioambiental o similares, puestas de manifiesto con posterioridad a la adjudicación del contrato y que no fuesen previsibles con anterioridad aplicando toda la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas .»

⁴⁷⁹ «d) Conveniencia de incorporar a la prestación avances técnicos que la mejoren notoriamente, siempre que su disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la adjudicación del contrato.»

⁴⁸⁰ «e) Necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato.»

⁴⁸¹ Salvo el último caso, que sí coincide con el del ALCSP (art. 203.2.c.1º) y las Directivas 2014/23 y 24/UE (art. 43 y 72, respectivamente, apartado común 4.a), el resto de los

4.9.5.5 Obligatoriedad de las modificaciones del contrato

A) Regulación

«Artículo 204. Obligatoriedad de las modificaciones del contrato

1. En los supuestos de modificación del contrato recogidas en el artículo anterior, las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para los contratistas cuando impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía que no exceda del 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido.
2. Cuando de acuerdo con lo dispuesto en el apartado anterior la modificación no resulte obligatoria para el contratista, la misma solo será acordada por el órgano de contratación previa conformidad por escrito del mismo, **resolviéndose el contrato, en caso contrario, de conformidad con lo establecido en la letra g) del apartado 1 del artículo 209.**»⁴⁸²

B) Comentarios

Sobre las previsiones del precepto transcrito cabe formular las siguientes consideraciones:

1ª En principio, el ámbito de aplicación del art. 204 del ALCSP se circunscribe a las *modificaciones del contrato no previstas en el PCAP*, pues se remite al artículo anterior (el 203), que es el que las regula. Con todo, también tiene su trascendencia respecto de las *modificaciones previstas*, objeto del art. 202 del Anteproyecto, como se razonará después.

2ª El efecto directo respecto de las *modificaciones no previstas* es el de acotar su obligatoriedad para con el contratista en un doble sentido:

2ª.a) que la alteración en su cuantía no exceda del 20% del precio inicial, IVA excluido;

2ª.b) y que ese límite rige acumulativamente para sucesivas modificaciones si las hubiera, y –aunque este precepto no lo recoja- consideradas conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme al art. 203 del Anteproyecto.⁴⁸³

relacionados constituyen sendos ejemplos a tener en cuenta en la tarea de integración, por contraste, de las modificaciones no sustanciales.

⁴⁸² El inciso final del art. 204.2 se incorporó en el texto del Anteproyecto de octubre de 2015.

3ª Sobre el signo del límite de la alteración cabe concluir que comprende tanto el positivo como el negativo, esto es, que la modificación puede llegar, sin superarlos, hasta el aumento o la disminución del 20%, y con el deber del contratista de aceptarla.⁴⁸⁴

La lógica y la experiencia demuestran que las modificaciones al alza son aceptadas mayoritariamente por los contratistas atendida la oportunidad de incremento del negocio que conllevan. No sucede lo mismo, por las razones inversas, con la reducción, por lo que el límite establecido por el Anteproyecto actúa como garantía para el contratista, que fija en un porcentaje de hasta el 20% el que tiene el deber de soportar.

Especial relevancia tiene esta garantía que se acaba de comentar atendida la vinculación entre las *modificaciones a la baja* y la *crisis económica*, y las experiencias que se han desarrollado en España en los últimos años. Sobre este particular interesa destacar dos aspectos:

- La apelación a la configuración *ex lege* para reforzar las causas de interés público justificadoras de la reducción, llevada a cabo por algunas Comunidades Autónomas, instrumento que, lógicamente por su rango normativo, no han podido utilizar las entidades locales.
- La polémica abierta en la doctrina sobre la *legalidad de tales medidas*, su posible incardinación en el concepto *circunstancias sobrevenidas e imprevisibles* y, en fin, sobre a qué parte, Administración o contratista, corresponde la *asunción del coste de la reducción* o, en su caso, el porcentaje de reparto.⁴⁸⁵

⁴⁸³ Como se ha adelantado ya, esta precisión se incorporó a los apartados 2.a).2 y 2.b).3 del art. 203 en el texto del Anteproyecto de octubre de 2015, que, sin embargo, no ha hecho lo propio en la mención correlativa de este art. 204.1 que se analiza.

⁴⁸⁴ El antecedente del art. 107.3.d) del TRLCSP establece el límite «cuando las modificaciones *iguales o excedan, en más o en menos*, el 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato». No es imprescindible el énfasis que introduce el precepto citado. El uso del término *alteración* por el art. 204.1 del Anteproyecto que comentamos cubre perfectamente los dos sentidos de la misma.

⁴⁸⁵ Sobre la cuestión, véase: CANTERA CUARTANGO (2012); ESCRIBIELA MORALES (2012); GALLEGU CÓRCOLES (2012); GIMENO FELIU (2010b); MARTÍNEZ FERNÁNDEZ (2012); MESA VILA (2012); TORNOS MAS (2011: 111-112) Y VÁZQUEZ MATILLA (2015: 135-143).

4ª El primer correlato a las previsiones vistas hasta ahora es que, cuando la *modificación exceda del 20% del precio inicial del contrato*, su aplicación requerirá que sea *acordada por el órgano de contratación previa conformidad por escrito del contratista* (art. 204.2 del Anteproyecto).

El tramo de esta modificación voluntariamente aceptada por el contratista discurrirá por encima del 20% y hasta el 50%, y se circunscribirá a las *obras, suministros o servicios adicionales* y a las *circunstancias sobrevenidas e imprevisibles* (ALCSP, art. 203.2.a.2º y .b.3º), debiéndose descartar el supuesto de las *otras modificaciones no sustanciales* atendidas sus limitaciones porcentuales inferiores en cualquier caso al 20%.⁴⁸⁶

5ª La *alternativa* en el supuesto de que el contratista no acepte la *modificación superior al 20%* no es otra que la *resolución del contrato*, lo que se recoge, expresamente, en el propio art. 204.2 (incorporación en el ALCSP/O/2015), así como al prever como *causa* de la misma *cuando dándose las circunstancias establecidas en el artículo 203 impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del contrato, en cuantía superior, en más o en menos, al 20% del precio inicial del mismo, con exclusión del IVA* (art. 209.1.g del ALCSP), reiterándose el carácter potestativo para el contratista de esta causa de resolución al regular su aplicación (art. 210.2.2º pfo. del Anteproyecto).⁴⁸⁷

6ª Los propios términos del art. 204 del ALCSP, en la medida en que sólo fija condiciones a la obligatoriedad de las modificaciones *no previstas*, denota el *carácter obligatorio* para el contratista de las *modificaciones incluidas en el PCAP*, cuyo deber de aceptación por el mismo es igualmente deducible de la vinculación contractual al pliego.

No obstante lo dicho, el Consejo de Estado es del parecer que conviene aclarar este extremo. Así, respecto de este art. 204, manifiesta que «en virtud de su apartado 1, "en los supuestos de modificación del contrato recogidas en el artículo anterior, las

⁴⁸⁶ El art. 203.2.c).3º del ALCSP considera que amplía de forma importante el ámbito del contrato y, en consecuencia, tiene carácter sustancial la modificación que excede del 15% del precio inicial en obras o del 10% en los demás contratos.

⁴⁸⁷ El celo de los redactores lleva a incluir la precisión de que la alteración de la modificación puede ser *en más o en menos* en la causa de resolución prevista en el art. 209.1.g del ALCSP.

modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para los contratistas cuando impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía que no exceda del 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido". De esta forma, son conceptuadas como obligatorias para el contratista las modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares que no superen el 20% del precio inicial. Nada se dice en este apartado acerca de si revisten o no igual carácter las reformas que tengan su fundamento en dicho pliego, a que se refiere el artículo 202. Considera el Consejo de Estado que esta cuestión ha de ser aclarada. La solución que parece más acertada es dotar también de carácter obligatorio a tales reformas, considerando, primero, que así se prevé en el ordenamiento vigente (artículo 219.1 del TRLCSP) y, segundo, que, al estar contempladas en el pliego, las modificaciones fundadas en él no son desconocidas para el adjudicatario» (Dictamen núm. 1116/2015, de 10.3.2016, p 208; los entrecomillados y las cursivas son suyos).

4.9.5.6 Procedimiento de modificación del contrato

A) Regulación

«Artículo 205. Procedimiento

- 1. En el caso previsto en el artículo 202 las modificaciones contractuales se acordarán en la forma que se hubiese especificado en los pliegos de cláusulas administrativas particulares.*
- 2. Antes de proceder a la modificación del contrato con arreglo a lo dispuesto en el artículo 203, deberá darse audiencia al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas, si éstos se hubiesen preparado por un tercero ajeno al órgano de contratación en virtud de un contrato de servicios, para que, en un plazo no inferior a tres días, formule las consideraciones que tenga por conveniente.*
- 3. Los órganos de contratación que hubieran modificado un contrato que esté sujeto a regulación armonizada en los casos previstos en las letras a) y b) del apartado 2 del artículo 203 deberán publicar en el Diario Oficial de la Unión Europea el correspondiente anuncio de modificación conforme a lo establecido en esta Ley. Asimismo los órganos de contratación que hubieran modificado un contrato durante su vigencia, con independencia de si éste está o no sujeto a regulación armonizada y de la causa que justifique la modificación, deberán publicar en todo caso un anuncio de modificación en el perfil de contratante del órgano de contratación en el plazo de 5 días desde la aprobación de la misma.*
- 4. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en el artículo 189.»*

B) Comentarios

Como su antecedente el art. 108 del TRLCSP, el precepto transcrito adolece de una sistemática deficiente y es incompleto, por lo que es aconsejable reordenar las fases del *procedimiento de modificación del contrato* de conformidad con los trámites y criterios siguientes:

1º En el caso de las *modificaciones contractuales previstas*, éstas se acordarán en la forma que se hubiese especificado en el PCAP (ALCSP, 205.1 en relación con el 202.1).

2º Para el supuesto de las *modificaciones no previstas* deberá darse *audiencia al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas*, si se hubiesen preparado por un tercero ajeno al órgano de contratación en virtud de un contrato de servicios, para que en un plazo de tres días, formule las consideraciones que tenga por conveniente (ALCSP, 205.2 en relación con el 203).

Sobre la finalidad de esta previsión se la ha vinculado con la verificación de «si la modificación fuera estrictamente necesaria», lo que tiene pleno sentido.⁴⁸⁸ También a mi juicio, y en la fase de inicio del expediente, la *audiencia* al contratista redactor puede tener carácter precautorio y advertirle y garantizar sus derechos ante las eventuales *responsabilidades e indemnizaciones* que pudieran exigírsele como consecuencia de los *errores y deficiencias del proyecto o las especificaciones*, regulados en el propio Anteproyecto (312, a 314), que reproduce los contenidos del TRLCSP (310 a 312).

3º De aplicación tanto a las modificaciones previstas como a las que no, deberán seguirse los trámites siguientes.

3º.a) *Audiencia del contratista* (ALCSP, 189.1; antecedente TRLCSP, 211.1).

3º.b) Emisión de los correspondientes *Informes*, por la Secretaria y la Intervención si los referimos al ámbito local (TRLCSP, 211.2 y DA 2ª.8 y ALCSP, 189.2 y DA2ª.8).

3º.c) *Acuerdo del órgano de contratación* aprobando la modificación, que pone fin a la vía administrativa y es inmediatamente ejecutivo (ALCSP, 189.4; TRLCSP, 211.4).

⁴⁸⁸ VÁZQUEZ MATILLA (2015: 170), que añade, en referencia al supuesto del *ajuste a nuevas normas o especificaciones* (ex TRLCSP, 107.1.e), «si la nueva normativa no obliga a la adaptación, por ejemplo de una concreta modalidad de edificio construido con anterioridad a su entrada en vigor, no parece que sea conveniente que sea obligada la adaptación y, en consecuencia, la modificación del contrato» (idem).

3º.d) *Reajuste de la garantía definitiva* del contrato para que guarde la proporción con el nuevo precio modificado (ALCSP, 109.3; TRLCSP 99.3).

3º.e) *Notificación de la modificación del contrato a todos los licitadores y candidatos*, atendido que la misma está sujeta a recurso especial de contratación/REC (ALCSP, 201.3 en relación con el 151.3 y 44.2.d).

La sujeción al REC de los modificados en una de las innovaciones más relevantes, superando así una de las objeciones más severas al TRLCSP que no la contempla (art. 40 *a contrario sensu*). Y esa medida se completa con la notificación a licitadores y candidatos con lo cual se refuerza el sistema de control y transparencia de las modificaciones contractuales.

3º.f) *Publicación de un anuncio sobre la modificación del contrato en el perfil del contratante* del órgano de contratación en el plazo de 5 días desde la aprobación de la misma (ALCSP, 205,3, 2ºpfo.).

Esa publicación es la que determina el *inicio del plazo de 15 días hábiles para interponer el REC* por entender que la modificación debió de ser objeto de una nueva adjudicación (ALCSP, 50.1.e). Esta medida, junto con la anterior, constituye el cierre del sistema de control y transparencia, toda vez que su trascendencia ya no se circunscribe a licitadores y candidatos, sino que se amplía considerablemente el *universo de posibles recurrentes*, al admitirse la *legitimación de cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso* (ALCSP, 48).⁴⁸⁹

Debe significarse, por último, que la eventual interposición del REC no suspende la tramitación de la modificación (ALCSP, 53 *a contrario*), lo que parece una medida prudente atendida la amplitud con la que se configura el recurso.

3º.g) Transcurrido un mínimo de 15 días hábiles desde la remisión a licitadores y candidatos de la notificación del acuerdo del órgano de contratación, *formalización de la modificación del contrato* (ALCSP, 201.3 en relación con el 151.3 y 44.2.d; TRLCSP, 219.2 y 156, salvo en lo concerniente al transcurso del plazo mínimo).

4º De aplicación exclusiva a las *modificaciones no previstas*, con posterioridad a los Informes jurídicos y antes de la adopción del acuerdo por el órgano de contratación,

⁴⁸⁹ En su Informe sobre el Anteproyecto, la *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* (CNMC) «recomienda la incorporación de un inciso en el art. 205.3, en el que se indique la necesidad de publicación de dicho modificado en el Boletín oficial correspondiente, indicando además de las ya citadas causas que justifican dicha modificación, el alcance e importe del mismo» (IPN/CNMC/010/15, de 16.7, p 67).

será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva cuando la cuantía de la modificación, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20% del precio inicial del contrato, IVA excluido (ALCSP 189.3).

En este punto el Anteproyecto se aparta del Texto refundido, cuya previsión abarca tanto las modificaciones previstas como las que no cuando la cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior al 10% del precio primitivo del contrato, cuando éste sea igual o superior a 6.000.000 de euros (TRLCSF, 211.3.b).

Por otra parte, atendido que en el Anteproyecto la intervención del órgano consultivo se circunscribe a las *modificaciones no previstas superiores al 20% del precio inicial del contrato*, parece lógico que en el expediente que se tramite deba constar ya la *conformidad del contratista*, toda vez que al superar el porcentaje indicado, como ya se ha analizado, la modificación no tiene carácter obligatorio para el mismo (ALCSP, 204 y 189.3).

5º De aplicación reservada a las *modificaciones no previstas* en los supuestos de *obras, suministros y servicios adicionales y circunstancias sobrevenidas e imprevisibles*, y siempre que se trate de contratos sujetos a regulación armonizada, deberá publicarse el correspondiente anuncio de la formalización de la modificación contractual en el DOUE (ALCSP, 205.3.1º pfo. en relación con el 152 y DA 5ª.1).

El Anteproyecto incorpora aquí una de las novedades de las Directivas 2014/23 y 24/UE (art. 43 y 72, respectivamente, apartado común 1 *in fine*), lo que refuerza aún más los mecanismo de control y transparencia.

6º Como comentario general puede decirse que el balance de la nueva regulación procedimental es ciertamente positivo. La introducción de mecanismos de transparencia respecto de los modificados contractuales (notificación a licitadores y candidatos, publicidad en el perfil del contratante y sujeción al recurso especial de contratación) conforman un sistema que permite un conocimiento y control de los mismos, poderosos correctivos estos para evitar, por un lado, las facilidades para cometer abusos en la utilización de la figura de la modificación y, de otro, la frustración de las legítimas aspiraciones de los contratistas para concurrir a licitaciones presididas por los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad (ALCSP, Preámbulo, III, 1º pfo.).

7º Formuladas las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado señala una objeción al título del art. 205: «como precisa el apartado 4 de este precepto, lo dispuesto en él "se entiende sin perjuicio de lo establecido en el artículo 189". Por ello mismo, la rúbrica del artículo 205 ("Procedimiento") no resulta acertada, ya que su objetivo no es, en puridad, disciplinar el cauce procedimental para el ejercicio del *ius variandi*, sino introducir especialidades procedimentales dentro del cauce previsto con carácter general en el artículo 189 para el uso por la Administración de sus prerrogativas contractuales. Desde esta perspectiva, sería preferible hablar de "especialidades procedimentales" o emplear una expresión similar» (Dictamen núm. 1116/2015, de 10.3.2016, p 209; los entrecomillados y las cursivas son suyos).

4.9.5.7. Recapitulación: consideraciones generales y valoración del Consejo de Estado

Además de las observaciones particulares señaladas al hilo de los preceptos comentados, el Consejo de Estado formula unas consideraciones generales respecto de la regulación de las modificaciones contractuales contenida en el Anteproyecto, cuya reproducción supone una excelente recapitulación de la misma. El Alto órgano consultivo se pronuncia en los siguientes términos (Dictamen núm. 1116/2015, de 10.3.2016, p. 200 a 205):

«El anteproyecto se refiere a la modificación de los contratos en la Subsección 4a de la sección examinada (artículos 201 a 205). Ahora bien, dicha regulación es parcial pues solo contempla las alteraciones objetivas del vínculo convencional. La cuestión relativa a la sustitución del adjudicatario no está contemplada en los citados artículos 201 y siguientes del texto y debe introducirse la correspondiente regulación.⁴⁹⁰

Respecto de su ámbito de aplicación, esta regulación afecta, en primer término, a los contratos administrativos, que son los destinatarios primigenios de las previsiones contenidas en la sección relativa a los efectos, cumplimiento y extinción. Ahora bien, en virtud del artículo 26 del anteproyecto, también se someterán a tales previsiones tanto los contratos privados de la Administración dedicados a servicios financieros, a la creación e interpretación artística y literaria o los espectáculos, y a la suscripción a

⁴⁹⁰ Como se recordará, la modificación subjetiva ha sido analizada con ocasión de la cesión de contratos (epígrafe 4.7.8.3)

revistas, publicaciones periódicas o bases de datos, como los contratos privados celebrados por los poderes adjudicadores distintos de las Administraciones públicas, en todos estos casos siempre que se trate de contratos sujetos a regulación armonizada. Por lo tanto, en comparación con el TRLCSP en vigor, la aplicación de este régimen de modificación contractual está más acotada. En efecto, ya no afecta a todos los contratos del sector público, sino solamente a aquellos sujetos a las directivas europeas. Esta solución resulta razonable y plenamente acorde al origen comunitario de dicho régimen.

En cuanto a su contenido, el texto consultado mantiene la dicotomía entre modificaciones previstas (artículo 202) y no previstas (artículo 203) en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En este segundo caso, a su vez, encuentran cobertura tres de los supuestos recogidos en el artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE: las obras, suministros o servicios adicionales; la reforma contractual por circunstancias imprevistas; y las modificaciones no sustanciales. En definitiva, dejando al margen las alteraciones subjetivas, los artículos 202 y 203 del anteproyecto reproducen el abanico de opciones que el Derecho europeo ofrece para modificar los contratos públicos sin necesidad de acudir a una nueva licitación, coincidiendo, en líneas generales, las condiciones requeridas para la operatividad de cada una de ellas con las enumeradas en el artículo 72 de la Directiva de referencia.

Como excepción, se advierte el endurecimiento de las condiciones para la modificación de los contratos, particularmente en dos aspectos.

Por una parte, el artículo 72.1.b) y c) de la Directiva 2014/24/UE fija en el 50% del valor del contrato el límite tanto para las modificaciones consistentes en obras, servicios o suministros adicionales como para las fundadas en circunstancias imprevistas, señalando que, de tratarse de modificaciones sucesivas, dicho límite se aplicará al valor de cada una de ellas, siempre que con ello no se pretenda eludir las disposiciones europeas. En cambio, en ambos supuestos el artículo 203.2.a) y b) impide que la modificación contractual implique una alteración en su cuantía que exceda, *"aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo"*, del 50% del precio inicial. Es fácil apreciar la restricción que entraña la norma en tramitación respecto de la directiva comunitaria, en la medida en que, por ejemplo, ante una primera modificación por circunstancias imprevistas del 45% del precio inicial, a la que siguiera la aparición de otro hecho completamente distinto que no se hubiera podido prever por una Administración diligente y que exigiera una

segunda modificación del 10%, la disposición europea la admitiría, pero quedaría frustrada por la nacional, al superarse, conjuntamente, el límite del 50%.

Por otra parte, también en lo que se refiere a las modificaciones no sustanciales las posibilidades de reforma son más reducidas en el anteproyecto. La directiva de referencia distingue dos etapas: en una primera, por el valor limitado de la modificación (inferior a dos umbrales, los generales de la contratación sujeta a armonización y los porcentuales en función del tipo de contrato -10% del valor inicial del contrato en el caso de los contratos de servicios o de suministros o el 15% en el caso de los contratos de obras-) la modificación es factible sin necesidad de una evaluación de los demás criterios; en una segunda, superado cualquiera de los umbrales indicados, sí es precisa dicha evaluación, con vistas a emitir un juicio acerca de si la modificación es o no sustancial, siendo posible la reforma únicamente en caso negativo.

Así se explica en el considerando centésimo séptimo: "En todo momento debe ser posible introducir modificaciones en el contrato que representen un cambio menor de su valor hasta un determinado valor sin que sea necesario seguir un nuevo procedimiento de contratación. Para ello, con el fin de garantizar la seguridad jurídica, la presente Directiva debe disponer umbrales *de minimis*, por debajo de los cuales no sea necesario un nuevo procedimiento de contratación. Las modificaciones del contrato por encima de dichos umbrales deberían ser posibles sin la necesidad de seguir un nuevo procedimiento de contratación, en la medida en que cumplan las correspondientes condiciones establecidas en la presente Directiva".

Al abordar esta cuestión, el artículo 203.2.c) del anteproyecto prescinde del juicio inicial para señalar que la modificación será sustancial y, por ende, inviable sin nueva licitación cuando concorra alguna de las circunstancias que enumera, entre ellas: "*Que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato. En todo caso, se considerará que se amplía de modo importante el ámbito del contrato cuando las modificaciones supongan una alteración en su cuantía que exceda, aislada o conjuntamente, del 15 por ciento del precio inicial del mismo, IVA excluido, si se trata del contrato de obras, o de un 10 por ciento, IVA excluido, cuando se refiera a los demás contratos*".

Así, lo que en la directiva es un umbral de *de minimis*, por debajo del cual se acepta la introducción de cambios en los contratos durante su vigencia sin otra consideración,

en el anteproyecto se transforma en un límite porcentual máximo, pues por encima la reforma sí será sustancial e inadmisibles por este concreto cauce (sin perjuicio de que pueda prosperar de concurrir alguno de los demás supuestos, esto es, que esté previsto en los pliegos o que, sin estarlo, se trate de obras, servicios o suministros adicionales u obedezca a circunstancias imprevisibles, en las condiciones y con los límites aplicables en cada caso).

En la ponderación global del régimen anteproyectado, lo primero que cabe constatar es la reversión de la tendencia que siempre había manifestado la evolución legislativa, toda vez que, por primera vez, una regulación de la modificación de los contratos públicos es más laxa que la anterior. En efecto, siguiendo las pautas europeas, la reforma de los contratos públicos es admisible en más supuestos y con unos límites porcentuales mayores en el anteproyecto que en el vigente TRLCSP.

Como señala el informe de valoración de las alegaciones, "en materia de modificaciones resulta ciertamente complicado encontrar un equilibrio entre la necesidad de controlar que las modificaciones que se produzcan no sean más de las estrictamente indispensables, evitando de esta forma abusos derivados de la voluntad de no resolver un contrato y acudir a un nuevo procedimiento de licitación. Pues bien, decíamos que resulta difícil encontrar el pretendido equilibrio entre lo anterior y la certeza de que, en ocasiones por distintas circunstancias resulta verdaderamente necesario modificar un contrato, no pudiendo regularse un sistema tan excesivamente rígido que no permita hacerlo en favor de la correcta ejecución de un contrato que, no debe olvidársenos, está llamado a satisfacer intereses públicos".

La dificultad de encontrar dicho equilibrio resulta indudable. No debe obviarse que, ante modificaciones que no quepa incardinar en alguno de los supuestos habilitantes, tanto el TRLCSP como el anteproyecto prevén la resolución del contrato por imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados. Ello no solamente supone un retraso en la satisfacción del interés público a que responde el contrato firmado, dada la procedencia de extinguir el pacto primigenio y tramitar una nueva licitación, sino también un coste económico, al ganar el adjudicatario original el derecho a una indemnización del 3% del importe de la prestación dejada de realizar (artículo 225.5 del TRLCSP; artículo 211.4 del anteproyecto).

Por este motivo, una vez decidida por el legislador europeo la positivización del régimen de modificación de los contratos públicos (que hasta la Directiva 2014/24/UE

era simplemente objeto de interpretación jurisprudencial), cualquier endurecimiento de este régimen ha de articularse con la máxima cautela, en la medida en que supone limitar las posibilidades de reformas contractuales de que en otros países miembros sí dispondrán sus poderes adjudicadores. Con todo, este juicio será siempre de oportunidad, toda vez que dicho endurecimiento no plantea duda alguna respecto a su viabilidad jurídica. En otras palabras, siendo la Directiva un instrumento que obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios (artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), tiene cabida dentro del margen de discrecionalidad del que disfruta el legislador la incorporación de condiciones más estrictas para la modificación de los contratos públicos, habida cuenta de que no encierran riesgo alguno para el principio de igualdad de trato de los licitadores que, en última instancia, se intenta preservar con esta regulación. En cambio, la relajación de las condiciones de la Directiva 2014/24/UE sí debe entenderse prohibida por el Derecho europeo.

Hecha esta aclaración, la valoración de la regulación estudiada ha sido dispar en el procedimiento. Así, algunos participantes en audiencia (como la Confederación Nacional de la Construcción) han solicitado que se ajustara estrictamente a la Directiva, mientras que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha expresado un juicio favorable a la acotación de la opción de reforma contractual, planteando incluso una disminución del límite porcentual del 50 en los casos de prestaciones adicionales y circunstancias imprevistas.

A juicio del Consejo de Estado, no resulta reprochable, en términos de oportunidad, el endurecimiento que el anteproyecto supone en los dos aspectos antes diseccionados. De un lado, porque la fijación de límites porcentuales que operen de forma tanto aislada como conjunta es tradicional en nuestro Derecho y evita un difícil juicio acerca de si las modificaciones sucesivas obedecen o no a una misma circunstancia o necesidad. De otro lado, porque la conversión de uno de los umbrales de *minimis* (el porcentual) en un límite máximo impide modificaciones contractuales por encima del mismo que no estén previstas en los pliegos ni respondan a necesidades adicionales o circunstancias imprevistas, a partir de una siempre comprometida valoración de si tales modificaciones tienen o no como resultado un contrato de naturaleza materialmente diferente al celebrado en un principio.

En suma, habida cuenta de que el anteproyecto ofrece un marco en el que prima la seguridad jurídica, es posible emitir un juicio global favorable. Con todo, se echa en falta en la memoria del análisis de impacto normativo una explicación más detenida de las cuestiones que acaban de ser estudiadas, con identificación de los ajustes respecto de la normativa europea y su justificación» (Dictamen núm. 1115/2016, p. 200 a 205; los entrecomillados y las cursivas son del Consejo de Estado).

4.9.6. Modificación del contrato de concesión de servicios públicos y mantenimiento del equilibrio en el ALCSP.

4.9.6.1.Regulación

Las determinaciones específicas sobre la modificación del contrato de concesión de servicios se contienen en el art. del Anteproyecto que dispone lo siguiente:

«Artículo 288. Modificación del contrato y mantenimiento de su equilibrio económico
1. La Administración podrá modificar las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios, únicamente por razones de interés público y si concurren las circunstancias previstas en la Subsección 4ª de la Sección 3ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley.

2. Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, se deberá compensar a la parte correspondiente de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato.

3. En el caso de que los acuerdos que dicte la Administración respecto al desarrollo del servicio carezcan de trascendencia económica, el concesionario no tendrá derecho a indemnización por razón de los mismos.

4. Se deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

a) Cuando la Administración realice una modificación de las señaladas en el apartado 1 del presente artículo concurriendo las circunstancias allí establecidas.

b) Cuando actuaciones de una Administración Pública competente, por su carácter obligatorio para el concesionario determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.

Fuera de los casos previstos en las letras anteriores, únicamente procederá el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 237 de la presente Ley.

5. En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios, la reducción del plazo de la concesión y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Así mismo, en los casos previstos en el apartado anterior, podrá ampliarse el plazo del contrato por un período que no exceda de un 15 por

ciento de su duración inicial, respetando los límites máximos de duración previstos legalmente».

4.9.6.2 Comentarios

Sobre las determinaciones transcritas y en relación con el alcance que debe atribuírseles respecto de la modificación del contrato de concesión de servicios deben formularse las consideraciones siguientes:

1ª El art. 288 del Anteproyecto, aparentemente, mantiene la estructura formal de sus antecedentes normativos (TRLCSLP, 282, y LCSP, 258, tras su modificación por la L 2/2011, de Economía Sostenible), pero debe avanzarse que las novedades son varias y de gran alcance. Para analizarlas hay que partir del estado inicial de la LCSP/2007 y la evolución acaecida, de la que deben destacarse estos aspectos:

1ª.1) En la redacción originaria de la LCSP/2007, el art. 258.4 contemplaba las tres causas de alteración del equilibrio económico:

- a) Cuando la Administración modifique, por razones de interés público, las características del servicio contratado (el denominado *ius variandi*).
- b) Cuando actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato (el *factum principis*).
- c) Cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato, entendiendo por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 231 de dicha Ley.⁴⁹¹

Causas todas ellas que comportaban el deber de la Administración de «*restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda*» (art. 258.4, primer inciso).⁴⁹²

⁴⁹¹ Como ya se puso de manifiesto, el hecho de circunscribir esta tercera causa a la *fuerza mayor* no se correspondía con la regulada en la legislación local, las *circunstancias sobrevenidas e imprevisibles* (RS, 127.2.2º.b y 128.3.2º y sus correlativos autonómicos), de una amplitud mayor y respecto de las cuales se planteaba el efecto derogatorio producido por LCSP/2007, atendida su naturaleza de legislación básica.

⁴⁹² Sobre los derechos económicos del concesionario, véase de ALBI CHOLBI (1960: 528-533 y 560-576); BLANQUER CRIADO (2012: 1017-1056); BLANQUER CRIADO (2013: 1014-1074); FUERTES LÓPEZ (2013); GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO (2004: 395-415); GIMENO FELIU (2014b: 141-155); GÓMEZ-ACEBO & POMBO (2014:89-91); MARTÍNEZ-ALONSO (2009: 639-641); MESTRE DELGADO (2003: 1503-1518 y 2011: 2132-2151); SOSA WAGNER (2004: 221-233) y VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA (2005: 693-732).

1ª.2) Con la modificación de la Ley 2/2011, de *Economía Sostenible*, reflejada luego en el TRLCSP/2011, la apelación al *ius variandi* se condicionó a que se llevara a cabo de acuerdo con lo establecido en el título V del libro I, esto es, los art. 105 a 108, sobre *modificación de los contratos*, del Texto refundido (art. 282.1 y .4.a). De todas formas, la remisión era ya imprecisa, pues los referidos preceptos no regulaban, en rigor, el ejercicio por la propia Administración del *ius variandi*, sino el nuevo régimen de modificación que, alejándose de aquel concepto, se centra en los supuestos que integran, respectivamente, las *modificaciones previstas* y las *no previstas*.

1ª.3) Por su parte, el *factum principis* mantuvo su redacción originaria tanto en la L 2/2011 como en el TRLCSP (art. 282.4.b), y lo mismo sucedió con la *fuerza mayor* (282.4.c) TRLCSP).⁴⁹³

1ª.4) Pues bien, la regulación del Anteproyecto afecta directamente al *ius variandi*, a algunas características del *factum principis* y, en menor medida, a la *fuerza mayor*.

2ª) El art. 288 del ALCSP admite la *modificación de las características del servicio contratado*, pero ya no como una manifestación de la potestad del *ius variandi* en su sentido tradicional, sino acotándola, estrictamente, al cumplimiento de dos requisitos (apartado 1):

- que obedezca a razones de interés público,
- que concurren las circunstancias previstas en los art. 201 a 205, sobre *modificación de contratos* (Subsección 4ª de la Sección 3ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo del ALCSP).

Resumiendo estas circunstancias, de acuerdo con el Anteproyecto, se trata de:

2ª.a) *Modificaciones previstas en el PCAP*, y de acuerdo con las exigencias establecidas y sin que pueda alterarse la naturaleza global del contrato inicial (art. 201 y 202).

2ª.b) *Modificaciones no previstas en el PCAP*, circunscritas a los supuestos de:

- *obras, suministros o servicios adicionales* (203.2.a);

⁴⁹³ El RServicios de 1955 reconoce el derecho del concesionario a la revisión de tarifas y la subvención cuando «*circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinaren, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión*» (art. 127.2.2º.b y 128.3.2º); en sentido análogo, recogen esa previsión el ROASCat (249.b *in fine* y 250.2.b) y RBASO Aragón (278.2 *in fine*).

- *circunstancias sobrevenidas e imprevisibles* (203.2.b);
- *otras modificaciones no sustanciales* (203.2.c).

Y con estricto cumplimiento de los requerimientos exigidos y las limitaciones impuestas, sin que se pueda alterar el contenido esencial del contrato y limitándose a introducir las variaciones indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria (203.1 y correlativas determinaciones del apartado 2).

3ª) A tenor de lo expuesto se concluye que el *ius variandi* referido a la modificación del contrato de concesión de servicios, en contraste con las regulaciones anteriores a la L 2/2011, queda severamente limitado y condicionado, conclusión que es afirmada por la Doctrina.⁴⁹⁴ Así, a pesar de que el Anteproyecto siga utilizando la expresión *potestad de modificación del contrato* (art. 201), más ajustado sería utilizar el término de *facultad*, indicativo de que se trata de una opción a ejercitar por parte de la Administración de acuerdo con los límites impuestos.

4ª) De llevarse a cabo las modificaciones, cabe distinguir dos supuestos:

4ªa) Si *afectan al régimen financiero del contrato*, se deberá compensar a la parte correspondiente de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados básicos en la adjudicación del contrato (ALCSP, 288.2).

4ª.b) Si los acuerdos que dicta la Administración respecto al desarrollo del servicio carecen de trascendencia económica, el concesionario no tendrá derecho a indemnización (ALCSP, 288.3).

En ambos casos se trata de previsiones que reproducen sus antecedentes del TRLCSP (art. 282.2 y .3, respectivamente), y sirven de preludio para abordar la cuestión del *restablecimiento del equilibrio económico* y sus supuestos.

5ª) Al consignar el deber del *restablecimiento económico del contrato* se contiene la precisión *en beneficio de la parte que corresponda*, lo que indubitadamente reconoce que puede ser en favor tanto del concesionario como de la Administración titular del servicio (ALCSP, 288.4, primer inciso).

⁴⁹⁴ Así, véase en especial GALLEGO CÓRCOLES (2015), GIMENO FELIU (2015c) y VÁZQUEZ MATILLA (2015).

6ª) La concreción del deber del restablecimiento económico se prevé, en primer término, en el supuesto de las *modificaciones contractuales*, ya se trate de las previstas o no en el PCAP, en los términos antes señalados (ALCSP, 288.4.a).

Es de reseñar que, a tenor de estos términos, se introduce el supuesto de las *circunstancias sobrevenidas e imprevisibles* (ALCSP, 203.2.b), por lo que conceptualmente viene a coincidir en parte con la tradicional legislación local (RS, 127.2.2º.b y 128.3.2º y sus correlativos autonómicos), salvando así parcialmente la omisión de esta figura en la legislación básica desde la LCSP hasta el TRLCSP. Y digo parcialmente por cuanto los términos de la nueva determinación del Anteproyecto se circunscriben a las *modificaciones no previstas*, con un alcance que por definición debe ser menor atendido su régimen más restrictivo (véase el epígrafe 4.9.5.4), que el que tradicionalmente ha venido rigiendo en el ámbito local, a tenor del Reglamento de Servicios de 1955 y sus correlativos autonómicos.

7ª) En segundo lugar, el deber del restablecimiento económico se consigna *cuando actuaciones de la Administración pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario, determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato* (ALCSP, 288.4.b).

Se trata de la figura ya comentada del *factum principis*, y respecto de su antecedentes del TRLCSP (art. 282.4.b), el precepto transcrito introduce dos novedades. En primer lugar, la de destacar el *carácter obligatorio para el concesionario*, lo que perfila con mayor nitidez este requisito del *hecho del príncipe* que ya venía siendo exigido a tenor de su configuración jurisprudencial y por la doctrina científica y del Consejo de Estado, como ya se apuntó (epígrafe 4.9.2.2.b).

La segunda novedad consiste en la adición del calificativo *concedente* a la mención de la Administración que realiza las actuaciones que determinen de forma directa la ruptura sustancial del contrato, lo que vendría a unificar la Administración titular del servicio y la autora del hecho que provoca dicha ruptura. Sorprende esta determinación, pues –como ya se vio- tradicionalmente se partía del criterio de la *ajeneidad* de la Administración que provoca el desequilibrio y, a lo sumo, se admitía que, en determinados supuestos, ésta pudiera coincidir con la titular del servicio, pero

siempre sobre la base de que las medidas o decisiones que daban lugar a la ruptura del equilibrio se adoptaban al margen del contrato.⁴⁹⁵

A tenor del redactado del Anteproyecto, sin embargo, la *Administración concedente* es, forzosamente, la que adopta las actuaciones que provocan el desequilibrio, lo que no se corresponde con la configuración tradicional del *factum principis* e incluso con la lógica que debe imperar en la actualidad. Dicho de otra manera, con la regulación propuesta solo cabe apreciar la concurrencia de esta causa del desequilibrio económico cuando la medida provenga de la propia Administración contratante, con descarte por tanto de aquellas otras que pudieran ser adoptadas por otras Administraciones y que incidieran en la economía del contrato. Frente a esa propuesta hay que oponer que lo esencial de esta causa es, de una lado, que se trate de decisiones que se toman al margen del contrato, aunque inciden en él, y, de otro, que el origen de tales decisiones se identifica con la Administración, sea o no la contratante. Y en este segundo supuesto es especialmente relevante la realidad de la configuración de España como un Estado muy descentralizado, con tres niveles de Administraciones territoriales diferenciados y autónomos. De acuerdo con esta lógica jurídico-política, no debe descartarse de antemano que las medidas adoptadas por uno de esos niveles administrativos incida en los contratos de los otros dos, y que, si la incidencia altera sustancialmente el equilibrio económico de los mismos, deba restablecerse en aplicación del principio del *mantenimiento de la justa equivalencia de las prestaciones contractuales*.⁴⁹⁶

⁴⁹⁵ El supuesto clásico del *factum principis* es el que refleja el Informe de la JCCA AGE núm. 59/03, de 7.6.2004: la Administración autonómica incrementó el canon de vertido de residuos, lo que incidió en el contrato formalizado por un Ayuntamiento con el concesionario del servicio público de recogida de residuos, obligado al pago del canon, lo que provocó la ruptura del equilibrio económico de la concesión. La regla general es que la Administración que adopta el *factum* sea distinta de la titular del servicio, sin perjuicio de la excepción de que puedan coincidir.

⁴⁹⁶ Se trata de un principio esencial de la contratación pública, cuya aplicación es reconocida de manera indubitada y alegada con frecuencia, tal como – a título de ejemplo- se constata en:

a) Acuerdo núm. 76/2015, de 20.7, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón/TACPA (FJ 3r):

«La denominada **«honesta equivalencia de prestaciones»** entre lo que el contratista da y lo que recibe a cambio (formulación doctrinal perfectamente interiorizada por la jurisprudencia), se quiebra con la cláusula objeto de impugnación, ya que en todo contrato público debe garantizarse, durante su ejecución, el respeto de las reglas de retribución, como un deber del poder adjudicador concedente y un derecho del contratista. Y, por ello, debe ser declarada ilegal.»

b) Informe núm. 24/2013, de 25.11, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón (consideración jurídica/CD II, pfo 9 y 10):

«**Ese equilibrio o equivalencia de prestaciones, determinado inicialmente en el momento de celebrar el contrato, debe mantenerse posteriormente durante el tiempo que dure su ejecución, en aplicación del principio general de vigencia de las condiciones contractuales**

De ordinario, el escenario en el que las medidas adoptadas por una Administración incidirán en los contratos de otras se concretará en las acordadas por la Administración General del Estado (AGE) que repercutirán en los de las Administraciones autonómicas y locales (así, por ejemplo, como consecuencia de decisiones tomadas en ejecución de la competencia exclusiva sobre «bases y coordinación de planificación general de la actividad económica», ex CE, 149.1.13), y en la propia AGE (así, que el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas adopte una medida general o promueva una decisión legislativa de este carácter, en aplicación de la competencia señalada, que suponga la ruptura sustancial de la economía de uno o más contratos formalizados por otro departamento ministerial, por ejemplo, el de Fomento). Aunque también no será inhabitual que medidas adoptadas

rebus sic stantibus. En los contratos de concesión el aleas comercial tiene un doble alcance: hay un alea comercial ordinario que es el propio de toda explotación, y cuya alteración en ningún caso es causa de revisión; pero junto a él hay lo que podríamos llamar un aleas garantizado, en el sentido de que la Administración asume en todo caso los riesgos de pérdidas por debajo de un máximo —máxime en casos de imprevisibilidad—, pero también controla y limita la ventura de unos beneficiós extraordinarios por encima del máximo calculado.

El restablecimiento del equilibrio de las prestaciones se configura, por tanto, como la técnica que permite devolver a las partes a la situación inicial, cuando, durante la ejecución del contrato, falla el reparto de riesgos pactado. No hay, en todo caso, una modificación de las condiciones de explotación, sino un ajuste de las mismas a una realidad fáctica o jurídica no prevista, que inaplica la regla del pacta sunt servanda (estar a lo pactado) y que obliga a, sin alterar la idea del riesgo, limitar éste cuando es claramente desproporcionado.»

c) En fin, el criterio jurisprudencial al cual alude el anterior Informe 24/2013 (CD II, pfo. 7 y 8):

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

Y así lo ha admitido nuestra jurisprudencia al afirmar que toda concesión tiene que celebrarse en **condiciones de equivalencia en cuanto a las prestaciones**, y que esa equivalencia se garantiza en su devenir a través del mantenimiento del equilibrio financiero. Como señala el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 19 de septiembre de 2000, «*el equilibrio económico de la concesión debe entenderse como la búsqueda de una igualdad entre las ventajas concedidas al concesionario y las obligaciones que le son impuestas, compensando así los beneficios probables y las pérdidas previsibles, persiguiendo una honesta equivalencia entre lo concedido y lo exigido al mismo*».

También la Doctrina se ha pronunciado sobre el particular: «La figura del contrato administrativo ha sustentado la paridad de las partes en un principio esencial a la institución contractual administrativa; el equilibrio económico-financiero del contenido del contrato en los términos que se celebró y, de esta forma, cualquier alteración del contenido obliga a reequilibrar las contraprestaciones debidas por la Administración Pública» (COSCULLUELA MONTANER, 2011: 380); véase asimismo ARIÑO ORTÍZ (1968) y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ (2011).

por una Administración autonómica tengan consecuencias en las locales de su territorio (así, en los ámbitos de medio ambiente, por ejemplo) o respecto de la propia AGE (respecto de las autopistas que esta gestiona de resultas de actuaciones en carreteras de la Comunidad, como ya ha sucedido y luego se verá). Es por todo ello que considero que el *factum principis* debe entenderse aplicable a las medidas adoptadas fuera del marco contractual, pero que alteran el equilibrio económico del contrato, por parte de una Administración, coincida o no con la que es parte en el mismo como persona jurídica individualizada.⁴⁹⁷

⁴⁹⁷ Sobre la base de que el redactado actual del TRLCSP (282.4.b) es coincidente con la propuesta del ALCSP (288.4.b), GIMENO FELIU aboga por su modificación: «Esta decisión de no “cambiar” la regulación del *factum principis* no parece una buena solución. En mi opinión, deben englobar cualquier decisión administrativa (o legislativa) que altere de forma imprevisible el adecuado reparto de riesgos y permita no distorsionar indebidamente la tasa interna de rentabilidad. La concesión se explota por el contratista a riesgo y ventura, de tal manera que el reparto de riesgos pactado no debe ser alterado ni modificado, lo que no impide –más bien lo contrario- el reequilibrio financiero, pues, como ya ha advertido el Consejo de Estado, a propósito del principio de riesgo y ventura, «el fundamento de este principio es triple: en primer lugar, el principio de seguridad jurídica (Dictamen número 50.293, de 5 de noviembre de 1987); en segundo lugar, el principio de concurrencia y la necesidad de no desvirtuar las garantías presentes en la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas (pues una erosión del principio de riesgo y ventura podría hacer ilusorias las garantías que en la licitación se ofrecieron a aquellos licitadores que no resultaron adjudicatarios), y en tercer lugar, la protección de los intereses de la Hacienda pública» (Dictamen de 13 de marzo de 2003 (Expediente 3.344/2002). No reconocer tal opción para el equilibrio del contrato conllevaría importantes dosis de inseguridad jurídica que condicionarán las inversiones en estos contratos. Y en nada se rompe el principio de igualdad o eficiencia pues permite dar seguridad para garantizar la correcta ejecución del contrato y su plan financiero con independencia de quien resulte adjudicatario» (2016: 27 y 2016: 74 y 75).

Sobre el restablecimiento del equilibrio económico, también se pronuncia en el sentido de volver al concepto tradicional de la doctrina del *factum principis* (FP) JIMENEZ MARCONI (2015), y entenderlo contextualizado en el Estado español, donde hay pluralidad de Administraciones públicas con pluralidad de competencias y, por tanto, superar la sentencia del Tribunal Supremo de la Autopista Madrid-Toledo de 2011 donde viene a decir que el derecho derivado del FP lo genera exclusivamente la Administración contratante, pero no otra Administración que pudiera influir negativamente en el contrato; añade que esta es una sentencia aislada del Tribunal Supremo y que el legislador debería volver a una interpretación más auténtica y acorde con la situación en la que nos movemos; y concluye que las Administraciones deben coordinarse para no adoptar decisiones que acaben perjudicando al Estado en su conjunto.

La sentencia a la que alude JIMÉNEZ MARCONI hay que entender que es la STS de 16.5.2011 (Ar 4351) por la que el Alto Tribunal estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo deducido por la entidad mercantil «Autopista Madrid-Toledo Concesionaria Española de Autopistas, SA», contra la desestimación por silencio de la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato de concesión de obra pública para la construcción, conservación y explotación de la Autopista de peaje Madrid-Toledo instada ante la Administración General del Estado (AGE), titular de la misma, ante el desdoblamiento de la carretera M-407 y conversión en la autovía libre de peaje A-40 de Castilla-La Mancha por parte de la Comunidad Autónoma de Madrid, en primer termino, y la no construcción de la Autopista Toledo-Ciudad Real-Córdoba, por parte de la AGE, en segundo.

El Tribunal Supremo no estima la concurrencia del *factum principis* respecto del desdoblamiento (FJ 5º) y sí, en cambio, por lo que se refiere a la no construcción (FJ 6º y 7º), esto es, sí en relación con la AGE, Administración concedente, y no por lo que se refiere a la otra Administración actuante, la Comunidad de Madrid. Y lo hace en los siguientes términos:

«QUINTO

Para resolver este recurso examinaremos primero si, como sostiene ATM y niega el Abogado del Estado, las dos circunstancias sobrevenidas a la concesión de las que se ha hablado producen en su equilibrio económico un impacto del que deba responder la Administración, para luego pronunciarnos sobre si es inadmisibles la pretensión de ATM de reconocimiento de una situación jurídica individualizada. Examen que haremos siguiendo el orden que la recurrente ha establecido. Es decir, comenzaremos por el **desdoblamiento de la M-407**.

Parece claro que su entrada en funcionamiento ha restado tráfico a la AP-41. En sus informes el perito dice que ha causado un impacto muy elevado y en el acto de ratificación celebrado el 1 de diciembre de 2010 fue más tajante y llegó a decir que era prácticamente definitivo para impedir la viabilidad de la concesión. El Abogado del Estado relativiza sus conclusiones y critica tanto los datos de tráfico que maneja como su valoración económica, según se ha indicado antes. Es cierto, por lo demás, que no sabemos cuál habría sido el efecto sobre la AP-41 de una carretera M-407 mejorada pero sin desdoblarse teniendo en cuenta que el tramo transformado en autovía que es paralelo a la AP-41 mide sólo 11,6 km. No obstante, antes de plantear cuál es la verdadera incidencia de la transformación de esta vía en la concesión, es menester despejar la **cuestión principal**: la de **si se trata de un hecho imprevisible que, por alterar sustancialmente las condiciones en que se estableció la concesión, genera el derecho de ATM a que la Administración restablezca su equilibrio**.

La respuesta a esa pregunta ha de ser negativa. Dejando al margen los elementos de prueba en que el Abogado del Estado sustenta su afirmación de que ATM conoció el proyecto de desdoblamiento de la carretera madrileña, nos parecen decisivas para descartar que estemos ante un hecho imprevisible y extraordinario las siguientes razones.

La carretera M-407 existía con anterioridad a la licitación de la concesión y era conocido que estaba prevista su mejora por constar así en los planes publicados con anterioridad.

Por otro lado, no debe considerarse algo fuera de lo común que las Administraciones competentes procuren mejorar las infraestructuras del transporte y, en particular, las carreteras. Es su responsabilidad hacerlo para aumentar las condiciones de seguridad y agilidad en beneficio de los ciudadanos. Tampoco debe considerarse fuera de lo previsible que esa mejora consista en desdoblarse las calzadas conforme se incrementa el tráfico pues se viene haciendo desde hace años en distintas vías o tramos de vías. Por otro lado, hay coincidencia en que **la decisión de transformar la M-407 en autovía se tomó por la Comunidad de Madrid a causa o después del período de información pública de su Estudio Informativo de abril y mayo de 2001. Y, si bien la presentación pública del proyecto correspondiente se produjo en enero de 2004, unas semanas más tarde del vencimiento del plazo de presentación de ofertas para la adjudicación de la concesión, parece difícil que empresas que operan en el sector no tuvieran noticia de ello.**

En cualquier caso, como hemos dicho, no nos parece que tal desdoblamiento sea un hecho extraordinario e imprevisible que deba quedar fuera del riesgo y ventura del contratista. De lo contrario, se estaría coartando la responsabilidad de las Administraciones competentes de mejorar las infraestructuras existentes, en especial cuando, como ocurre en este caso, ha sido otra Administración la que, atendiendo a los intereses públicos relacionados con la red de carreteras autonómicas ha decidido llevar a cabo el desdoblamiento de la M-407, es decir de 11,6 km.

Esta razón es bastante para rechazar las pretensiones de ATM basadas en la incidencia de la M-407 en la AP-41. No obstante, **cabe añadir que ni de la cláusula 8 del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares, ni de la redacción de la cláusula 36.3.5 del nuevo pliego-tipo, ni del principio de coordinación o de la Ley 25/1988, ni del artículo 248.2 b) del Real Decreto Legislativo 2/2000 resulta que habría debido responder la Administración General del Estado por actuaciones de la Comunidad de Madrid.**

De la primera no resulta otra cosa que la exclusión de la obligación de la Administración de restablecer el equilibrio de la concesión por actuaciones de las Administraciones Públicas contempladas en planes aprobados antes del anuncio del concurso para la adjudicación de la concesión. Extraer la conclusión de que por las no previstas en los planes conocidos antes de ese momento deba responder el Estado aunque sean obra de una Comunidad Autónoma es un paso para el que no basta el razonamiento a contrario porque una cosa es que la Administración concedente deba responder por lo que ya existe y es conocido en el momento de convocar el concurso, pues forma parte de la realidad en la que va a insertarse la concesión, y otra, bien distinta, que deba responder por decisiones posteriores de otros sujetos. Esa cláusula 8 del Pliego no permite extraer la conclusión que quiere ATM. Tampoco

sirve para ello la cláusula 36.3.5 del pliego tipo según la cual "en ningún caso será causa de restablecimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión ni de la exigencia de ningún tipo de responsabilidad al Ministerio de Fomento la alteración de las redes de carreteras autonómicas o locales durante la vigencia del contrato". Esta previsión es más la explicitación de lo que ya estaba implícito en la anterior que la confirmación de la tesis de la recurrente.

En cuanto al principio de coordinación que aplica a las carreteras del Estado la Ley 25/1988 y, en todo caso, es consustancial a la acción de la Administración según el artículo 103.1 de la Constitución (RCL 1978, 2836), no consideramos que tenga la virtualidad que le atribuye AMT. Ciertamente, estas infraestructuras han de integrarse en redes de carreteras y la coordinación ha de guiar las actuaciones de las distintas Administraciones Públicas en la materia. Pero de ahí no se sigue que una de ellas, en este caso la General del Estado, deba asumir las consecuencias de decisiones tomadas en el ámbito de sus competencias por la Comunidad de Madrid, decisiones encuadradas en sus planes de mejora de las carreteras existentes para atender a las necesidades que consideró preferentes. La iniciativa de AMT de dirigirse a las autoridades estatales y autonómicas competentes para expresar su preocupación por el desdoblamiento de la M-407 no altera lo que se acaba de decir ya que el mencionado principio de coordinación cuyo alcance precisa la sentencia de 22 de noviembre de 2005 (recurso 154/2000) (RJ 2005, 9856) no habilitaba al Estado para impedir a la Comunidad de Madrid llevar adelante sus planes. En este sentido, ha de subrayarse que no se ha discutido la competencia de ésta para realizarlos ni se ha dicho que fueran contrarios al ordenamiento jurídico, no constando, por lo demás, que AMT los impugnara. Y, si se le quieren atribuir a la Administración concedente los eventuales perjuicios derivados de las actuaciones de otra distinta, habrá de mediar algo más que la sola producción de un menoscabo a causa de hechos ajenos a ella ya que no se ha establecido un principio general de responsabilidad objetiva para la misma, como confirma el precepto que vamos a considerar a continuación.

El artículo 248 del Real Decreto Legislativo 2/2000, no extiende la responsabilidad de la Administración concedente por supuestos como el que aquí examinamos. Dice así:

"Artículo 248. Mantenimiento del equilibrio económico del contrato

1. El contrato de concesión de obras públicas deberá mantener su equilibrio económico en los términos que fueron considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario, de conformidad con lo dispuesto en el apartado siguiente.

2. La Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

a) Cuando la Administración modifique, por razones de interés público, las condiciones de explotación de la obra.

b) Cuando causas de fuerza mayor o actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión. A estos efectos, se entenderá por causa de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 144 de esta ley.

c) Cuando se produzcan los supuestos que se establezcan en el propio contrato para su revisión, de acuerdo con lo previsto en los artículos 230.1.e) y 233.1.d) de esta ley.

3. En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas establecidas por la utilización de la obra, la ampliación o reducción del plazo concesional, dentro de los límites fijados en el artículo 263, y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. En el supuesto de fuerza mayor previsto en el apartado 2.b), la Administración concedente asegurará los rendimientos mínimos acordados en el contrato siempre que aquella no impidiera por completo la realización de las obras o la continuidad de su explotación".

El apartado b) del número 2 en el que AMT ve el apoyo a su reclamación no se refiere a Administraciones distintas de la concedente. Como dice el Abogado del Estado, se refiere a la misma que el apartado a). **El sujeto es en ambos supuestos el mismo,** conclusión lógica desde el momento en que se está refiriendo el artículo a las relaciones entre concedente y concesionario y en su texto solamente la fuerza mayor apunta a actuaciones ajenas a las partes de la relación jurídica existente entre ellos.

En fin, la aplicación de los principios generales del Derecho que invoca AMT tampoco lleva al resultado que defiende una vez establecido que no nos encontramos ante un hecho imprevisible cuyas consecuencias no deban ser soportadas por la concesionaria.

SEXTO

Distinta es la conclusión a la que se llega respecto de la falta de construcción de la autopista Toledo- Ciudad Real-Córdoba.

La previsión de la misma no se ha discutido. Tampoco que en la documentación presentada por la Administración se contemplara la AP-41 como el primer tramo del nuevo corredor a Andalucía ni que las previsiones de la oferta presentada por AMT contaban con el tráfico de dicho corredor. La única cuestión a resolver a este respecto es la de si su inclusión en el Plan Estratégico de Infraestructuras para el Transporte 2000-2007 y las actuaciones sucesivas del Ministerio de Fomento anteriores a la convocatoria del concurso para la adjudicación de la concesión de la AP-41 relatadas en la segunda demanda conducen a excluir que la falta de construcción de la autopista a Córdoba desde Toledo sea un hecho extraordinario e imprevisible del que no debe responder el concesionario o, si, por el contrario, se trata de un acontecimiento incluido en el riesgo y ventura al que debe hacer frente AMT, como sostiene el Abogado del Estado.

Entiende la Sala que la entrada en servicio de la nueva autopista tenía un peso fundamental en el planteamiento de la AP-41, pese a no hacerse referencia a ella en las cláusulas del contrato entre AMT y la Administración. Tal silencio era lógico, tal como sostiene la segunda demanda, desde el momento en que las partes habían asumido que aquella fue concebida como la primera parte del nuevo acceso a y desde Andalucía. Por tanto, siendo éste un presupuesto esencial en la concepción de la AP-41, no requiere mucho esfuerzo concluir que su ausencia ha de afectar decisivamente al equilibrio económico y financiero de la concesión ya que no podrá contar con el volumen de tráfico que aportaría la posibilidad de desplazarse por Toledo y Ciudad Real a Córdoba y a la N-IV o hacerlo en sentido inverso sin tener que desviarse por Despeñaperros.

La complejidad del procedimiento establecido en la Ley 25/1988 para la construcción de las autopistas a la que se refiere el Abogado del Estado no es óbice a lo que acabamos de decir ya que no desvirtúa el hecho de que el propio Ministerio de Fomento previó y puso en marcha las actuaciones precisas para llevar a la práctica la nueva autopista, incluyendo el sometimiento del proyecto a la declaración de impacto ambiental. Esta fue, como se ha dicho, negativa, sin embargo, en nada afecta tal circunstancia a que se tratara de una infraestructura cuya realización no podía no ser previsible en 2003 que es cuando se convoca el concurso de la AP-41. Y, si el Abogado del Estado nos dice ahora que, a pesar de la declaración de impacto ambiental negativa, no debe descartarse su construcción dentro del período de vida de la concesión, mucho menos debía descartarlo AMT en el momento de la presentación de su oferta que, como se ha reiterado, contemplada el tráfico que aportaría la autopista no construida.

Entendemos, pues, que **el proyecto del que hablamos era, en el momento de presentación de las ofertas para la adjudicación de la AP-41 algo más que un evento hipotético y futuro, que es la condición que le atribuye la segunda contestación a la demanda, y que su ausencia altera el equilibrio económico y financiero de la concesión por lo que procede su restablecimiento.**

SÉPTIMO

Queda por determinar el alcance del fallo que hemos de dictar y, en relación con él, de la inadmisibilidad aducida por el Abogado del Estado de las pretensiones de reconocimiento de una situación jurídica individualizada.

Una vez llegados hasta aquí, es obvio que **procede estimar en parte el recurso contencioso-administrativo ya que solamente deben ser acogidas las pretensiones vinculadas a la inexistencia de la autopista prevista para enlazar Toledo y Ciudad Real con Córdoba y no las relativas al desdoblamiento de la M-407.** Por otro lado, ha de reconocerse que, como dice el Abogado del Estado, los perjuicios, mejor dicho, la valoración económica del tráfico que no circula por la AP-41 como consecuencia de no servir de acceso a o desde Andalucía que ha presentado AMT descansa exclusivamente en estimaciones basadas en los 2.100 vehículos diarios que, según el estudio de ETT, circularían en 2009 en dirección a o desde Ciudad Real y Córdoba y en los incrementos que el perito calculó aplicando a esa cifra los que se iban produciendo en el tráfico de la AP-41. Por esa razón, por tratarse únicamente de estimaciones referidas a todo el período de existencia de la concesión y no de datos reales y efectivos y por encontrarnos todavía en sus primeros años de vida --se extiende hasta 2040-- no cabe tenerlos como probados.

Ahora bien, siendo evidente que la falta de funcionalidad de la AP-41 para comunicar por autopista Madrid y Andalucía ha de traducirse en una merma en el tráfico que por ella discurre

Sentado todo lo anterior, sí es deseable desde luego que el Anteproyecto recupere la configuración no reductiva del *factum principis* y lo haga en forma evidente, para lo cual opino que debería suprimir el calificativo de *concedente* referido a la Administración cuyas actuaciones determinen de forma directa la ruptura sustancial de

y, en consecuencia, en los ingresos de AMT, cabe dar por producidas tales disminuciones y reconocer el derecho de la recurrente a que se restablezca el equilibrio económico y financiero de su concesión en función del impacto producido por esta circunstancia. Derecho que se habrá de concretar una vez determinado el monto de tales menoscabos en el procedimiento de restablecimiento de dicho equilibrio que deberá incoar y llevar a término la Administración General del Estado, según lo previsto en el artículo 248.3 del Real Decreto Legislativo 2/2000 (RCL 2000, 1380, 2126).

Resueltas de este modo las cuestiones principales del litigio, carece de relevancia la inadmisibilidad opuesta por el Abogado del Estado de las pretensiones de reconocimiento de situación jurídica individualizada formuladas por AMT, dados los términos de la estimación parcial que estamos fallando.»

Es esta una de las muchas sentencias vinculadas con las denominadas *radiales* de Madrid, cuyos efectos jurídicos y económico-presupuestarios han alterado el panorama concesional español, hasta el punto de cambiar radicalmente la regulación de la denominada *responsabilidad patrimonial de la Administración* (RPA), como se tendrá la oportunidad de analizar con detalle más adelante (epígrafes 4.15 y 4.16). Con independencia de la valoración que, para el caso concreto, se haga de esta sentencia, y de la incidencia que pudiera atribuirse al conocimiento previo por la empresa licitadora AMT de las previsiones del desdoblamiento de la M-407 por parte de la Comunidad de Madrid, lo cierto es que el fallo se apoya en la consideración de que el apartado b) del artículo 248.2 del TRLCAP citado en el FJ 5º, idéntico al del art. 258.2 del TRLCSP que regula la concesión de obra pública, y análogo al del art. 282.4 del mismo, referido al CGSP, «*no se refiere a Administraciones distintas de la concedente*».

Pese a que hay autores que coinciden en esa apreciación (así, LAVILLA RUBINA, 2014 y FEERNÁNDEZ GARCÍA, 2014: 163 Y 178), opino que dicha interpretación dista de ser concluyente, toda vez que los preceptos de referencia emplean la expresión «*cuando (...) actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión*», la cual en su literalidad admite tanto su vinculación con la concedente, como con otra Administración distinta de ésta.

Sobre la ejecución de esta STS de 16.5.2011, puede consultarse el Dictamen del Consejo de Estado núm. 1465/2012, de 28.2.2013.

Por lo demás, abundan en el criterio de no apreciar el derecho al restablecimiento del equilibrio económico de las concesiones de obras públicas las siguientes sentencias:

- a) STS de 25.1.2013 (Ar 1935), en base a la exclusión como causas posibles del mismo las atinentes al desarrollo o mejora de la red de transportes (FJº 11).
- b) STS de 4.2.2014 (Ar 1852), al no considerar la reducción del tráfico acontecimiento extraordinario que rompa la ecuación financiera de la concesión (FJº 11).
- c) STS de 28.4.2015 (Ar 2203), al sujetarse la compensación económica en las cuentas de la concesionaria al límite de las disponibilidades presupuestarias (FJº 4 y 5).
- d) STS de 8.7.2015 (Ar 3464), referida al hecho de un menor nivel de tráfico respecto del esperado, y la previsión en el pliego de la exclusión como causa de alteración del equilibrio económico el desarrollo o mejora de la red de transportes FJº 1 y 2).

Todas las sentencias referenciadas son citadas por el Consejo de Estado en su Dictamen núm. 1116/2015, de 10.3.2016 (p. 244), para enfatizar la necesidad de «incluir algún mecanismo de control de la adecuación a la realidad de los estudios de viabilidad (...), sentencias) todas ellas relativas a supuestos de solicitud de reequilibrio concesional por no haberse ajustado las estimaciones iniciales a la realidad subsiguiente».

la economía del contrato, o a lo sumo sustituirse por el de *competente*, referido a la Administración autora del acto, que puede coincidir o no con la titular del servicio.⁴⁹⁸

8ª) Fuera de los dos casos anteriores, únicamente procederá el restablecimiento del equilibrio económico cuando causas de *fuerza mayor* determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato, previsión del ALCSP (288.4, *in fine*), que coincide con la de su antecedente en el TRLCSP (282.4, último párrafo).

Como su antecedente del TRLCSP que se acaba de mencionar, el art. 288.4 *in fine* del Anteproyecto precisa que *se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 237*, cuyo tenor es el siguiente:

«Artículo 237. *Fuerza mayor (Antecedente TRLCSP, 214)*

1. *En casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, éste tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios, que se le hubieren producido en la ejecución del contrato.*

2. *Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes:*

a) *Los incendios causados por la electricidad atmosférica.*

b) *Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes.*

c) *Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.»*

La legislación básica, al circunscribirse a estos supuestos de fuerza mayor, es más restrictiva respecto de los derechos del concesionario que la local, que admite como causa del restablecimiento del equilibrio económico las *circunstancias sobrevenidas e imprevisibles* (Reglamento de servicios de 1955, 127.2.2º.b y 128.3.2º y sus correlativos autonómicos), más amplias en su configuración que los supuestos que integran aquélla, toda vez que éstos siempre son susceptibles de subsumir en aquellas circunstancias, mientras que hay casos de éstas que no lo son respecto de los de fuerza mayor, tal como ya se ha tenido oportunidad de precisar (epígrafe

⁴⁹⁸ Un mes antes de someterse a información pública el ALCSP, en marzo de 2015, circuló por la red otro ejemplar del Anteproyecto, que, precisamente, iniciaba el supuesto que analizamos con la expresión siguiente: «cuando actuaciones de *una Administración competente*, (...)»; véase

<http://contratosdelsectorpublico.es/DocumentosWEB/10NormativaSpain/Borrador%20Anteproyecto%20LCSP.pdf>; consulta efectuada el 12.8.2015.

4.9.2.2, c). Y de ahí que la doctrina haya reclamado la incorporación de la figura de las *circunstancias sobrevenidas e imprevisibles* en la legislación básica.⁴⁹⁹

Coincidiendo con esa opción debe señalarse, no obstante y como se ha adelantado, que la diferencia entre ambas legislaciones se ha acortado al incluirse como integrante del supuesto de las *modificaciones no previstas*, precisamente, las *circunstancias sobrevenidas e imprevisibles* (ALCSP, 203.2.b, analizadas en el epígrafe 4.9.5.4.B.4).

9ª) Recapitulando, pues, sobre las causas de alteración del equilibrio económico y de acuerdo con las consideraciones formuladas, su configuración debería quedar enmarcada de la siguiente manera:

- el *ius variandi*, como aquella causa que se articula en el seno de la propia concesión y que se concreta en una modificación que ejercita la Administración contratante;
- el *factum principis*, como aquella medida adoptada al margen del contrato, que determina de forma directa la ruptura sustancial de la economía del mismo, por una Administración en ejercicio de sus competencias, sea o no la concedente;
- las *circunstancias sobrevenidas e imprevisibles*, como última causa que, distinta de las anteriores, y cuya causación es ajena a la Administración, altera el equilibrio económico del contrato, incluyendo entre sus supuestos los definidos como integrantes del concepto legal de fuerza mayor.

10ª) Sobre las *medidas para hacer efectivo al restablecimiento del equilibrio económico del contrato*, el art. 288.5 del Anteproyecto reproduce las enunciadas por el TRLCSP (282.5), a saber:

⁴⁹⁹ Así, GIMENO FELIU objeta al Anteproyecto que «al regular el equilibrio económico de la concesión de obras y servicios (...) no se incorpora como causa de equilibrio el riesgo imprevisible» (2016: 26). Y añade que «debe regularse la cláusula de progreso y su concreto significado obligacional, pues la propia evolución técnica puede conducir a tal desequilibrio que haga inviable la gestión de la concesión, planificada en un entorno de la técnica distinta. Importa promover los avances tecnológicos a toda concesión, pero cuando al inversión afecta a la lógica sobre la que se planificó al inversión debería ajustarse la TIR. Por último, aunque se entienda ahora excluido bien podría regularse los efectos del riesgo imprevisible (lo que evitaría la posterior “judicialización”, con las incertidumbres que comporta). Vid. J.M. GIMENO FELIU, El nuevo paquete legislativo..., ob. cit., pp. 148-15 » (2016: 26).

En esta misma línea de razonamiento, LAVILLA RUBIRA (2014) es de la opinión de que la ley que trasponga la Directiva positivice, de una vez por todas, el riesgo imprevisible como causa de restablecimiento del equilibrio económico, y que así se recoja en la legislación general, toda vez que en la local ya está prevista esta figura (Reglamento de servicios de 1955, art. 127 y 128).

- 10^a.1) La *modificación de las tarifas a abonar por los usuarios*;
- 10^a.2) La *reducción del plazo de la concesión*;
- 10^a.3) Y, en general, cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.

Sobre el sentido de tales medidas, mientras que la primer admite tanto la modificación al alza como a la baja del precio del contrato, mediante el correlativo incremento o disminución de las tarifas, la relativa a la reducción del plazo de la concesión es obvio que presupone un decremento del contenido económico del mismo.

En cuanto a las otras medidas posibles, tal como se apuntó, se encontrarían las de la *compensación económica contingente o puntual al concesionario* y el *otorgamiento de subvenciones que se mantienen a lo largo del tiempo* (véase epígrafe 4.9.2.2.d). También cabría plantearse la *compensación con el canon*, caso de que esta aportación estuviera prevista como un factor más de la ecuación económica del contrato, analizado ya en su momento (epígrafe 4.8.4). En cualquiera de las tres medidas apuntadas, el criterio determinante para apreciar su aceptación es el de acreditar la equivalencia de valores con el importe económico de la modificación aprobada.

11^a) En su último párrafo, el art. 288.5 del Anteproyecto establece, como medida para el restablecimiento del equilibrio económico, que *podrá ampliarse el plazo del contrato por un período que no exceda del 15% de su duración inicial, respetando los límites máximos previstos legalmente*. Sobre la determinación transcrita, y su contraste con el antecedente del TRLCSP (282.5 *in fine*), procede efectuar las anotaciones siguientes:

11^a.a) El porcentaje para el CGSP en el Texto refundido, en cambio, no puede superar el 10% (el 15% se reserva para la concesión de obras públicas, ex TRLCSP, 259.3, y siempre que la retribución del concesionario proviniera en más de un 50% de tarifas abonadas por los usuarios).

11^a.b) Por otro lado, en el TRLCSP, la utilización de la prórroga se circunscribe a los supuestos del *factum principis* y de la *fuerza mayor*, con exclusión del *ius variandi*, esto es, con la misma configuración que el ALCSP, que impide a la misma parte que ha causado el desequilibrio económico, la Administración titular del servicio, hacer uso de este recurso extraordinario y sin coste directo que es la prórroga de la concesión.

12ª) Como se desprende del análisis efectuado, el art. 288 del Anteproyecto sujeta la modificación del contrato de concesión de servicios a los estrictos términos del sistema general establecido en los art. 201 a 205 del mismo, que como ya se ha señalado establece un régimen más restrictivo que el de las nuevas Directivas comunitarias.

Y quizás en el caso de las concesiones de duración considerable (así, por ejemplo, las contratadas por un plazo superior a 10 años), una opción normativa más ponderada sería mantener los supuestos de modificación en los mismo términos fijados por las Directivas. De ser esta la alternativa adoptada por el Anteproyecto, resultaría de aplicación a los supuestos siguientes:

12ª.a) En relación con las *obras o servicios adicionales* que devinieran necesarios, establecer que *el límite del 50% del incremento del precio resultante de la modificación de la concesión, se aplique al valor de cada una de las modificaciones sucesivas que se produzcan; acompañado -eso sí- de la prevención de que estas modificaciones consecutivas no deberán tener por objeto eludir las disposiciones de la ley.*

Piénsese en la aplicación de esta previsión, por ejemplo, a una concesión en la que entre dos modificaciones hubiera mediado un lapso de tiempo suficiente (4 o 5 años), con diferenciación funcional de las obras o los servicios, en el marco de un contrato con una duración de 15 años, y que las modificaciones hubieran supuesto un incremento del 30% y del 35%, respectivamente. La segunda modificación no resultaría admisible según el ALCSP (2881 *versus* 203.2.a), mientras que encajaría perfectamente en la regulación de la Directiva 2014/23/UE (art. 43.1.b).

12ª.b) En términos análogos, y con relación a *circunstancias sobrevenidas e imprevisibles*, procedería admitir que el porcentaje del 50% venga referido a cada una de las modificaciones sucesivas, sin que pueda utilizarse para eludir las determinaciones sobre las modificaciones y de aplicación a concesiones de larga duración.

Como en el supuesto anterior, si entre las dos modificaciones hubiera transcurrido un tiempo considerable y quedaran acreditadas las circunstancias sobrevenidas e imprevisibles, que las modificaciones fueran cada una inferior al 50%, pero acumuladamente superiores a este porcentaje, resultaría conforme con la Directiva 2014/23/UE (art. 43.1.c), pero prohibida la segunda de acuerdo con el Anteproyecto (288.1 *versus* 203.2.b).

12ª.c) Incluso el supuesto de las *modificaciones de mínimis* cabría admitirlo, atendidos los requisitos de ser inferior a 5.225.000 (cifra que sustituyó a la de 5.186.000 euros en aplicación del Reglamento delegado 2015/2172/UE de la Comisión de 24.11.2015) y al

10% del valor inicial del contrato, con el límite de su valor neto acumulado en el caso de modificaciones sucesivas, no alteración de la naturaleza global del contrato y tratándose de concesiones de servicios a largo plazo.

12^a.d) Finalmente, debe recordarse que en el texto del Anteproyecto de octubre de 2015 se incluyó la precisión de que la limitación del 50% debe entenderse conjuntamente con las otras modificaciones acordadas conforme al art. 203 (apartados 2.a.2 y 2.b.3), esto es, que obedezcan a *obras o servicios adicionales* o a *circunstancias sobrevenidas e imprevisibles*. Esta restricción entiendo que tampoco se recoge en las Directivas comunitarias, por lo que podría atemperarse en atención a la concurrencia de los criterios de lapso de tiempo suficiente y confirmación de que no concurre la pretensión de eludir las disposiciones de la ley.

Bien está, en conclusión, que el criterio normativo sea restrictivo respecto de los contratos de obras y suministros, así como los de servicios, públicos o no, cuya duración ordinaria no ha de superar los 5 años (ex ALCSP, 29.4), pero puede resultar disfuncional en el caso de las concesiones de grandes dimensiones materiales y temporales.

4.9.6.3. La opinión del Consejo de Estado

El Consejo de Estado no aborda el derecho al restablecimiento del equilibrio económico con ocasión del estudio de la parte especial de los contratos de concesión, sino antes, al estudiar la definición del contrato de concesión de obras públicas en el art. 14 del ALCSP. El Alto órgano consultivo se pronuncia en los siguientes términos (Dictamen núm. 1116/2015, de 10.3.2016, p 66 a 71):

«La nueva regulación que contiene el anteproyecto presenta perfiles diferenciadores del contrato de concesión de obra pública clásica, cuyos orígenes se remontan a los albores de la modernidad y que fue regulada primero en la Ley de 1877 y posteriormente, tras ser suprimido, por la legislación de 2003. En efecto, en su configuración tradicional, la explotación de la obra era la contraprestación que recibía el concesionario por su construcción y dicha explotación se hacía a su riesgo y ventura, si bien este podía mitigarse -e incluso llegar a casi suprimirse- mediante la articulación de diversos mecanismos.

La regulación proyectada altera estas dos reglas básicas.

En primer término, junto al hecho de que la explotación de la obra pueda ser la contraprestación que recibe el concesionario por su construcción, la nueva regulación permite que la explotación sea el objeto mismo de la concesión. Esta configuración no era extraña a nuestro ordenamiento por cuanto estaba ya acogida en la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción y explotación de autopistas en régimen de concesión, pero no tenía carácter general.

La singularidad de que la explotación de la obra no sea solo la contraprestación que recibe el concesionario por su construcción sino que constituya su objeto mismo tiene como consecuencia que la duración y las condiciones técnicas y económicas de la explotación no tienen como condición retribuir estrictamente la obra hecha sino que adquieren autonomía que la hacen partícipe de determinadas características de la concesión de los servicios. Se trata, en síntesis, de un contrato con un doble contenido: la realización de una obra y su explotación. En sus inicios, es un contrato que participa de las características del de obra y que solo cuando concluye adquiere algunos perfiles propios del antiguo contrato de gestión de los servicios públicos a los efectos de la obligación del contratista. Esta característica hace que la retribución que puede percibir el concesionario por la prestación del servicio no esté ni limitada por el valor de la obra pública construida, ni asegurada su compensación.

En esta última circunstancia, en la que el concesionario de obra pública no tenga asegurada la recuperación de las inversiones hechas ni el pago de los costes en que haya incurrido, se concreta la introducción como elemento definidor de la figura del llamado riesgo operacional (artículo 14.4). Es esta la segunda alteración de las reglas básicas tradicionales.

En el concepto tradicional, la concesión de obra pública pivota sobre su configuración como una *locatio operis* -el riesgo y ventura- que no es sino la expresión normal de la articulación de las prestaciones en el arrendamiento de obra: resultado contra precio fijo o alzado. En otros términos, su esencia radica en el riesgo y ventura que asume el contratista y que significa tres cosas: que la mayor o menor onerosidad sobrevenida no autoriza al contratista a desligarse del contrato; que no le da derecho a pretender su modificación y, en fin, que los riesgos anteriores al pago han de ser soportados por el propio contratista. No obstante, el principio de riesgo y ventura –que alcanza su plenitud para la construcción de la obra pública- cede en la fase de gestión, pues prevalecen en ella otros perfiles más propios del servicio público. Queda modulado por

la idea de compensación económica (equilibrio económico-financiero), hasta el punto de ser uno de los elementos caracterizadores básicos de la figura.

El equilibrio económico de la concesión administrativa es un concepto jurídico indeterminado que informa y caracteriza las relaciones entre la Administración concedente y el concesionario privado no como un mero intercambio de prestaciones sino como una forma de colaboración para la consecución de un mismo fin. Se justifica en el interés público al que atiende el servicio objeto de aquella. Como consecuencia de ello, el equilibrio económico en el seno de una concesión asegura la conmutatividad de las prestaciones y la existencia de una igualdad entre las ventajas que se conceden al concesionario y las obligaciones que le son impuestas en consonancia con la "honesto equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige" (Arret de 11 de marzo de 1910, del Consejo de Estado francés, *Cíe. Française de Tramways -arret Blum-*). El equilibrio económico despliega su eficacia en relación con ambas partes -frente a concepciones trasnochadas que lo ceñían a favor del concesionario- como evidencian los artículos 258 y 282 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Ambas nociones -riesgo y ventura y equilibrio económico financiero- no son incompatibles. Antes al contrario juegan coordinadamente en el ámbito de las concesiones; con una mayor intensidad en las del servicio público y mixtas de obra y servicio público, como son las de autopistas y, en una menor intensidad, en las de obra pública. En efecto, el equilibrio económico constituye un mecanismo que tiene su límite natural en el riesgo y ventura, que sigue constituyendo el elemento definidor básico de la institución concesional. El juego de ambos asegura la vigencia de los principios de reciprocidad, conmutatividad, equivalencia de prestaciones, rendimiento económico para la Administración y el de proporcionalidad entre las prestaciones debidas (*Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de julio de 1998*). El riesgo y ventura impide que el equilibrio económico se convierta en una garantía ordinaria total de los intereses de la empresa, trasladándolos íntegros al erario público en contra de lo que constituye la esencia misma de la institución y sus límites naturales -como ha señalado la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1987-.

Lo que no cabe en este esquema legal hasta hoy vigente, por tanto, es la inexistencia -de manera absoluta- del riesgo y ventura y su sustitución por una aplicación del equilibrio económico que lo deje sin efecto. Así lo puso de manifiesto la exposición de motivos de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de

obras públicas, al decir "la asunción de riesgo en "proporción sustancial" por el concesionario resulta determinante para que el contrato de concesión merezca tal calificación" y lo ha dicho este Consejo en varias ocasiones (entre otros, en el dictamen número 3.375/2001 de 5 de diciembre). Y es que la supresión del riesgo y ventura "ha sido puesta en cuestión doctrinalmente, al estimar, con toda justicia, que hay que dejar a cargo del concesionario lo que se ha llamado el "alea normal del contrato", es decir, la pérdida o el beneficio que hubiera podido preverse normalmente, ya que un seguro total, que garantice al concesionario de todos los riesgos eventuales de la empresa y los traslade a la Administración en su integridad, vendría a establecer un desequilibrio y, en esta hipótesis, contrario a los intereses públicos y a los principios de la justicia eterna (SSTS de 2 de julio de 1873 y de 25 de marzo de 1915), lo que representa un interpretación que conduce al absurdo" (*Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1985*). La inexistencia completa del riesgo y ventura en una relación concesional comporta, en consecuencia, que no se esté ante tal figura sino ante otra distinta; en concreto, ante un contrato de servicios.

En el esquema señalado, el riesgo es compatible, sin embargo, con la asunción por parte del Estado del coste de explotación de la concesión con el fin de disminuir el precio que debe pagar el usuario. Ahora bien, esta remuneración no puede tener el efecto de eliminar el riesgo de explotación que corresponde al concesionario, so pena de su recalificación como contrato. El riesgo tiene, por otra parte, de ordinario su límite en la no pérdida, esto es, en la compensación de la inversión efectuada. Lo que no puede asegurarse es un beneficio, un rendimiento positivo, al concesionario desvinculado causalmente del uso efectivo de la infraestructura. El concesionario puede ver ceñido su beneficio a lo que es la recuperación del coste de la inversión efectuada. En otros términos, aunque la vinculación de las remuneraciones al operador económico por el uso o frecuencia del servicio sea un elemento significativo, lo determinante para apreciar la existencia de una concesión de servicios es que se haya transferido al concesionario la responsabilidad de la explotación. En consecuencia, en los casos en que la retribución al concesionario está vinculada al uso del servicio, pero existen mecanismos de compensación por los que el poder público garantiza un nivel de beneficios no cabe hablar de la existencia de una concesión si desaparece el riesgo de explotación. Depende de la existencia de riesgo de explotación el que el contrato sea de concesión o, en su ausencia efectiva, de servicios.

Pues bien, el esquema expuesto se ve radicalmente modificado en la regulación proyectada a resultas de la incorporación de las previsiones de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero, de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

El artículo 2.1. a) de esta Directiva define la concesión de obras públicas como "un contrato oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar las obras objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago". El apartado b) del mismo precepto define la concesión de servicios como "un contrato 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".

El párrafo segundo del precepto añade que:

"La adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. 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 ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable".

Conforme con la Directiva -que ha recogido en este punto la jurisprudencia comunitaria consolidada sobre la materia (*Sentencias de 10 de septiembre de 2009, asunto Eurwasser, apartados 59 a 67; de 10 de marzo de 2011, asunto Privater y de 10 de noviembre de 2011, Asunto Norma A, Dekan*)-, el rasgo diferencial que caracteriza a la concesión frente a otros contratos es la transferencia real del riesgo en la construcción de la obra o la prestación del servicio, de modo que el concesionario pueda no recuperar la inversión hecha o no cubrir los costes de la explotación.

Estas previsiones son incorporadas al artículo 14 del anteproyecto. En especial, en sus apartados 3 y 4.

Las determinaciones de la nueva regulación trastocan la regulación vigente. Esta hacer pivotar la figura concesional en el siempre delicado equilibrio entre el riesgo y ventura en la ejecución de la obra y la prestación del servicio y el derecho al equilibrio económico de la concesión. Sin embargo, la proyectada va mucho más allá al tomar como gozne de la institución concesional el riesgo operacional. La existencia de un derecho del concesionario al equilibrio económico de la concesión en el derecho español -de tal manera que el margen de beneficio planteado en el estudio económico financiero se mantenga estable en términos económicos durante la vida del otorgamiento- choca frontalmente con el concepto de riesgo operacional y por eso desaparece en el nuevo régimen. Este, como se ha dicho, existe cuando no está garantizado que el concesionario vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes, afirmando que la aplicación de la regulación de concesiones es improcedente en los casos en que se alivie al contratista de cualquier pérdida potencial garantizando unos ingresos mínimos iguales o superiores a los costes. **A la vista de estas previsiones, la nueva regulación priva al concesionario del derecho al equilibrio económico en los términos tradicionales.**

En todo caso, el Consejo de Estado considera adecuada –aun cuando la Directiva no lo impusiera- el establecimiento de una regulación más detallada del contrato de concesión de obra pública; en especial, en lo tocante a la determinación del cálculo del riesgo de explotación debido a las dificultades apreciadas para fijarlo en diversos casos sobre los que ha tenido ocasión de pronunciarse este Cuerpo Consultivo (dictámenes números 1.134/2015 y 1135/2015)» (Dictamen núm. 1116/2015, p 66 a71, los entrecorillados y las cursivas son del Consejo de Estado, la negrita es mía).

Los expresivos y concluyentes términos en que se pronuncia el Consejo de Estado invitan a la reflexión y abren muchas incógnitas sobre el devenir futuro de las concesiones y la funcionalidad de su utilización en la gestión contractual de los servicios públicos.

4.10. Reversión

El Anteproyecto reserva el art. 289 a la figura de la *reversión*. Se trata de una regulación parcial y poco precisa, por lo que resulta aconsejable detallar las notas que caracterizan esta institución.⁵⁰⁰

4.10.1. Concepto y tipología de bienes adscritos a la concesión

La reversión hace referencia al hecho jurídico por el cual pasan a la Administración las obras, instalaciones y demás bienes afectos o adscritos al servicio público de su titularidad, una vez que se produce la extinción del contrato, en cuya virtud los venía utilizando hasta ese momento el prestatario del mismo.

La tipología de bienes adscritos a la concesión es muy variada, y pueden distinguirse las clases siguientes:

- a) Bienes que son *necesarios* para la prestación del servicio y bienes meramente *útiles*.
- b) Bienes aportados o puestos a disposición por la *Administración*.
- c) Bienes incorporados por el *concesionario* o ejecutados por él (obras e instalaciones).
- d) Bienes que *revertirán a la Administración* al término de la concesión.
- e) Bienes que *quedarán en poder del concesionario* al no ser objeto de reversión.

4.10.2. Previsiones normativas y consignación en el pliego

Los aspectos esenciales de la reversión vienen regulados, con carácter general, en los textos normativos siguientes:

- a) Reglamento de servicios de 1955

- «Artículo 115.

⁵⁰⁰ Referencias bibliográficas: ALBI CHOLBI (1960: 639-656), ARIMANY LAMOGLIA (1980), BLANQUER CRIADO (2012: 1420-1444), MESTRE DELEGADO (1992: 294-301 y 2011: 2151-2156), RUÍZ OJEDA (2004: 881-888), SOSA WAGNER (2004: 239-244) y VERA JURADO (1986).

En toda concesión de servicios se fijarán las cláusulas con arreglo a las cuales se otorgare, que serán las que se juzguen convenientes y, como mínimo, las siguientes: (...)

2. Obras e instalaciones que hubiere de realizar el concesionario y quedaren sujetas a reversión, y obras e instalaciones a su cargo, pero no comprendidas en aquella.

3. Obras e instalaciones de la Corporación cuyo goce se entregare al concesionario. (...)

9. Deber del concesionario de mantener en buen estado las obras e instalaciones. (...).

13 Régimen de transición, en el último periodo de la concesión en garantía de la debida reversión o devolución, en su caso, de las instalaciones, bienes y material integrantes del servicio. (...)»

- «Artículo 128

1. Serán obligaciones generales del concesionario (...)

4ª. No enajenar bienes afectos a la concesión que hubieran de revertir a la Entidad concedente, ni gravarlos, sin autorización expresa de la Corporación. (...)»

- «Artículo 131.

1. El pliego de condiciones detallará la situación y el estado de conservación en que habrán de encontrarse las obras y el material afectos a la concesión en el momento de reversión de la misma. (...)».

b) RGLCAP/2001

- «Artículo 67.4

En los contratos de gestión de servicios públicos los pliegos de cláusulas administrativas particulares, además de los datos expresados en el apartado 2, contendrán los siguientes: (...)

f. Especificación de las obras e instalaciones que hubiera de realizar el contratista para la explotación del servicio público, expresando las que habrán de pasar a la Administración a la terminación del contrato, en su caso.

g. Especificación de las obras e instalaciones, bienes y medios auxiliares que la Administración aporta al contratista para la gestión del servicio público. (...)».

c) TRLCSP/2011

- «Artículo 283. Reversión.

1. Cuando finalice el plazo contractual el servicio revertirá a la Administración, debiendo el contratista entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados.

2. Durante un período prudencial anterior a la reversión, que deberá fijarse en el pliego, el órgano competente de la Administración adoptará las disposiciones encaminadas a que la entrega de los bienes se verifique en las condiciones convenidas.»

d) ALCSP/2015

«Artículo 289. Reversión.

1. Finalizado el plazo de la concesión, el servicio revertirá a la Administración, debiendo el contratista entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados.
2. Durante un período prudencial anterior a la reversión, que deberá fijarse en el pliego, el órgano competente de la Administración adoptará las disposiciones encaminadas a que la entrega de los bienes se verifique en las condiciones convenientes.
3. Los bienes afectos a la concesión que vayan a revertir a la Administración en virtud de lo establecido en el presente artículo, no podrán ser objeto de embargo»

Respecto de su antecedente del art. 283 del TRLCSP, la única novedad viene dada por el apartado 3, que constituye una manifestación del *principio de inembargabilidad de los bienes afectos a un servicio público*, al que luego se hará referencia.

Adelantada esta precisión, y como se desprende de la transcripción de las previsiones normativas, la Administración titular del servicio tiene una serie de obligaciones en relación con la reversión, de entre las que cabe destacar, en razón de su trascendencia, las relativas a la consignación en los pliegos particulares, tanto de cláusulas administrativas (PCAP), como de prescripciones técnicas (PPTP), de las referencias a las obras, instalaciones y demás bienes.⁵⁰¹

⁵⁰¹ Esas previsiones también se reproducen en la legislación autonómica. Así en el ROAS/1995 (art. 232.1.b, .c i .h; 235.d y 262) y en el RBASO/2002 (269.d y 286). Especialmente precisa es la regulación de la reversión (ROAS, 262 y RBASO, 286), y de ahí que se reproduzcan sus contenidos (cualquiera de ellos sería conveniente incorporar en el PCAP de la licitación de una concesión):

"Artículo 262. Reversión

262.1 Los bienes y elementos afectados al servicio concedido que sean necesarios para su prestación y que hayan sido objeto de amortización durante el plazo de la concesión, revertirán al finalizar éste a la entidad contratante, sin perjuicio de lo previsto en el pliego de cláusulas de la contratación.

262.2 Con anterioridad a la reversión, en el plazo que se señale en el pliego de cláusulas y, en todo caso, como mínimo, en el de un mes por cada año de duración de la concesión, la gestión del servicio se regulará de la forma siguiente:

a) La entidad local designará un interventor técnico en la empresa concesionaria, el cual vigilará la conservación de las obras y el material e informará a la corporación sobre las reparaciones necesarias para mantenerlos en las condiciones previstas.

b) La desobediencia sistemática del concesionario a las instrucciones dadas por la entidad local sobre la conservación de las obras e instalaciones o la mala fe en su ejecución se considerarán faltas graves a los efectos establecidos en los artículos 253 y siguientes de este Reglamento."

"Artículo 286. Reversión

1. Al finalizar la concesión, el servicio revertirá a la Entidad local concedente, junto con los bienes y elementos afectados al servicio concedido que sean necesarios para su prestación, debiendo el concesionario entregar los bienes, obras e instalaciones en el estado de conservación y funcionamiento adecuados, en los términos previstos en el pliego de cláusulas administrativas particulares y con arreglo al contrato.

4.10.3. Reglas aplicables a la reversión

De conformidad con las previsiones normativas señaladas, las reglas aplicables a la reversión son las siguientes:

1ª Los bienes adscritos al servicio público que resulten necesarios para su prestación revierten a la Administración.

La calificación de su necesidad debería constar en la documentación contractual, preferentemente en el PPTP inicial, como anexo o detallado en el propio pliego, y que debería ser objeto de actualización a lo largo de la vigencia de la concesión.

Con carácter general, la reversión de los bienes es gratuita, toda vez que, como señala el RS/1955, la retribución económica del concesionario se articula para cubrir *la necesaria amortización, durante el plazo de la concesión, del coste de establecimiento del servicio* (art. 126.b y 129.3).

Eventualmente, podría incluirse una indemnización que, en cualquier caso, debería constar en el PCAP inicial, o en la correspondiente adenda al contrato si fue acordada con posterioridad a la formalización del mismo.⁵⁰²

El problema interpretativo puede plantearse si no se han especificado cuáles son los bienes que tienen esa característica de necesarios y que, por tanto, están sujetos a reversión. En tal caso, y sin perjuicio de reconocer su carácter problemático, el criterio

2. Con anterioridad a la reversión, en el plazo que se señale en el pliego de cláusulas y, como mínimo, en el de un mes por cada año de duración de la concesión, la gestión del servicio se realizará de la forma siguiente:

a) La Entidad local designará un interventor técnico en la empresa concesionaria para que inspeccione el estado de conservación de las obras, instalaciones y material del servicio y emita un informe acerca de las reparaciones necesarias para mantenerlos en las debidas condiciones de funcionamiento.

b) El incumplimiento por el concesionario del deber de conservarlos en buen estado se considerará una falta grave a los efectos de lo dispuesto en el artículo 281 de este Reglamento."

⁵⁰² Entiendo admisible esta posibilidad como previsión introducida en compensación, por ejemplo, al acuerdo de no haber autorizado una subida mayor de las tarifas solicitadas por el concesionario.

general es que la reversión es gratuita, y el fundamento de ello no es otro que el de la suficiencia de la retribución, antes señalada, en relación con la reversión.⁵⁰³

Junto a ese argumento cabe añadir, en el caso que analizamos, el relativo a la conformidad que presta el licitador que se presenta al procedimiento, no obstante el silencio que guardan los pliegos, sobre cuáles son los bienes objeto de reversión.⁵⁰⁴

⁵⁰³ Así lo confirma la STS de 29.5.2000 (Ar 5492, FJ 8º):

"El sexto motivo del recurso se funda en la infracción por inaplicación del artículo 115.2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, con cita especial de la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1987 (RJ 1987, 3456), según la cual, la autonomía de la voluntad es la que debe regular la materia de la reversión por lo que, a juicio de la parte recurrente, la falta de fijación de las condiciones en que deba producirse la reversión y su alcance no puede beneficiar a la Administración concedente.

*El motivo debe ser igualmente desestimado. El artículo 115.2 del Reglamento de Servicios exige que en toda concesión de servicios se fijen las obras e instalaciones que hubiere de realizar el concesionario y quedaren sujetas a reversión y las obras e instalaciones a su cargo pero no comprendidas en aquélla. Ahora bien, en los supuestos en que, como ocurre en el enjuiciado, **no ha tenido lugar esa determinación, debe regir el principio de reversión gratuita a la Administración de las instalaciones necesarias para la prestación del servicio, cuya continuación por la Administración es imprescindible**, como hemos expresado en el anterior fundamento de derecho. Por lo que se refiere a la sentencia de 2 de marzo de 1987, en ella se mantiene que, existiendo pacto respecto a que un determinado inmueble debe quedar excluido de la reversión, al mismo han de sujetarse las partes, pero no resuelve la cuestión de si la reversión es o no procedente respecto a las instalaciones necesarias para la prestación del servicio, cuando no ha existido convenio alguno para su exclusión, caso en el que también debemos remitirnos a lo razonado al ocuparnos del precedente motivo del recurso".*

Y lo reitera la STS de 5.6.2001 (Ar 7427, FJ 9º).

*"El motivo, al igual que los precedentes, debe ser igualmente desestimado, pues el artículo 115.2 del Reglamento de Servicios exige que en toda concesión de servicios se fijen las obras e instalaciones que hubiere de realizar el concesionario y quedaren sujetas a reversión y las obras e instalaciones a su cargo pero no comprendidas en aquélla. Ahora bien, en los supuestos en que, como ocurre en el enjuiciado, **no ha tenido lugar esa determinación, debe regir el principio de reversión gratuita a la Administración de las instalaciones necesarias para la prestación del servicio, cuya continuación por la Administración es imprescindible**.*

Tampoco se ha vulnerado el artículo 126.2.b) RSCL, que al referirse al régimen de la concesión, diferencia la retribución económica del concesionario, cuyo equilibrio, a tenor de las bases que hubieren servido para su otorgamiento, deberá mantenerse en todo caso y en función de la necesaria amortización durante el plazo de concesión, del coste de establecimiento del servicio que hubiere satisfecho, así como de los gastos de explotación y normal beneficio industrial, ni se ha vulnerado el artículo 129.3 RSCL que subraya como la retribución prevista para el concesionario deberá ser calculada de modo que permita, mediante una buena y ordenada administración, amortizar durante el plazo de la concesión el costo de establecimiento del servicio y cubrir los gastos de explotación y un margen normal de beneficio industrial.

*La retribución económica del concesionario debe ser pues suficiente para asegurar la amortización, durante el plazo de la concesión, del coste del establecimiento del servicio, porque las instalaciones que son necesarias para dicho establecimiento han de revertir gratuitamente a la Administración al término de la concesión y deben estar amortizadas, **siendo indiferente al respecto que la empresa concesionaria las haya o no amortizado**. El supuesto particular de una sola sentencia, la de la Sala Cuarta de 28 de septiembre de 1987 (RJ 1987, 8265) (en la que la reversión del edificio se encontraba establecida en el contrato), no puede desvirtuar lo razonado ni el criterio legal y jurisprudencial que sirve de base en cuanto al problema debatido a la sentencia impugnada en el presente recurso de casación.(...)"*

⁵⁰⁴ Ese argumento es esgrimido, certeramente, por BLANQUER CRIADO que señala que “si a la vista del contenido del pliego existen dudas sobre el régimen de reversión, antes de presentar la oferta, lo prudente es que el licitador pida aclaraciones a la Administración para despejar cualquier sombra de incertidumbre. El problema es que en apariencia no siempre se pueden hacer esas consultas, sino únicamente cuando estén previstas en el pliego, según resulta de lo establecido en el artículo 133.3 del TRLCSP 3/2011. Ahora bien, si la burocracia se ha olvidado tanto de regular detalladamente el régimen de reversión de bienes, como de abrir el procedimiento a la solicitud de aclaraciones, ello no significa que la Administración pueda prescindir de la buena fe que debe informar toda relación contractual; así se infiere, tanto del artículo 1258 del Código Civil, como del artículo 3.1 de la LPAC 30/1992. Por tanto, siempre que se haga por alguno de los licitadores una consulta para aclarar el régimen de reversión, la Administración deberá proceder de buena fe y despejar las incógnitas e incertidumbres antes de que los concursantes tengan que presentar su oferta para la eventual adjudicación del contrato de gestión del servicio público” (2012: 1442).

El referido precepto 133.3 del TRLCSP dispone lo siguiente:

“El órgano de contratación podrá incluir en el pliego, en función de la naturaleza y complejidad de éste, un plazo para que los licitadores puedan solicitar las aclaraciones que estimen pertinentes sobre su contenido. Las respuestas tendrán carácter vinculante y deberán hacerse públicas en términos que garanticen la igualdad y concurrencia en el proceso de licitación.”

En el ALCSP se refuerzan esas garantías para los licitadores:

a) En primer término, las prescripciones del precepto transcrito se reproducen, en referencia a los PCAP de la concesión de obras, en el art. 248.2 del ALCSP (antecedente art. 34.3 de la Directiva 2014/23/UE):

«Sin perjuicio del derecho de información a que se refiere el artículo 138, el órgano de contratación podrá incluir en el pliego, en función de la naturaleza y complejidad de éste, un plazo para que los licitadores puedan solicitar las aclaraciones que estimen pertinentes sobre su contenido. Este plazo, como mínimo, deberá respetar lo establecido en el apartado 3 del artículo 138. Las respuestas tendrán carácter vinculante y deberán hacerse públicas en términos que garanticen la igualdad y concurrencia en el proceso de licitación.»

b) En segundo término y con carácter general (antecedente art. 34 de la D 2014/23, sobre acceso electrónico a los documentos relativos a las concesiones), el ALCSP dispone lo siguiente:

«Artículo 138. Información a interesados

1. Los órganos de contratación ofrecerán acceso a los pliegos y demás documentación complementaria por medios electrónicos a través del perfil de contratante, acceso que será libre, directo, completo y gratuito, y que deberá poder efectuarse desde la fecha de la publicación del anuncio de licitación o, en su caso, del envío de la invitación a los candidatos seleccionados.

2. Excepcionalmente, en los casos que se señalan a continuación, los órganos de contratación podrán dar acceso a los pliegos y demás documentación complementaria de la licitación, valiéndose de medios no electrónicos. En ese caso el anuncio de licitación o la invitación a los candidatos seleccionados advertirán de esta circunstancia; y el plazo de presentación de las proposiciones o de las solicitudes de participación se prolongará cinco días, salvo en el supuesto de tramitación urgente del expediente a que se refiere el artículo 119.

El acceso no electrónico a los pliegos y demás documentación complementaria de la licitación estará justificado cuando concorra alguno de los siguientes supuestos:

a) Cuando se den circunstancias técnicas que lo impidan, en los términos señalados en la Disposición Adicional Decimoquinta

b) Por razones de confidencialidad, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 133.

c) En el caso de las concesiones de obras y de servicios, por motivos de seguridad excepcionales.

3. Los órganos de contratación proporcionarán a todos los interesados en el procedimiento de licitación, a más tardar 6 días antes de que finalice el plazo fijado para la presentación de ofertas, aquella información adicional sobre los pliegos y demás documentación complementaria que éstos soliciten, a condición de que la hubieren pedido al menos 12 días antes del transcurso del plazo de presentación de las proposiciones o de las solicitudes de participación, salvo que en los pliegos que rigen la licitación se estableciera otro plazo distinto. El plazo de seis días se reducirá a cuatro días en el caso de tramitación de urgencia.

2ª Quedan en propiedad del concesionario aquellos bienes que haya aportado sobre la base de que no habían de ser objeto de reversión.

El punto de partida es que estamos hablando de unos bienes que no resulten imprescindibles para la prestación del servicio, pues en caso de ser necesarios regiría la regla vista en el apartado anterior. Al concesionario le ha resultado conveniente incorporar esos bienes, y cabe entender que de alguna utilidad habrán sido para la gestión, por lo que llegado el término del contrato quedan en su propiedad, al no estar incluidos en la relación de bienes objeto de reversión.⁵⁰⁵

3ª Revierten a la Administración los bienes aportados por ella o puestos a disposición del concesionario.

De ordinario, siempre hay un conjunto de bienes adscritos al servicio público de los que se hace cargo el concesionario, una vez se formaliza el contrato que lo vincula con la Administración del mismo, y cuyo detalle debería constar en el correspondiente inventario, formando parte de la documentación anexa a los pliegos.

Esos bienes tienen naturaleza demanial, atendida su afectación al servicio público, y respecto de los mismos, como ya se ha señalado al transcribir las previsiones normativas, el concesionario tiene lo que, genéricamente, puede calificarse como *deber de conservación*, precisamente por el hecho de que revierten a la Administración al finalizar el contrato.⁵⁰⁶

4ª Inembargabilidad de los bienes afectos a un servicio público

En los casos en que lo solicitado sean aclaraciones a lo establecido en los pliegos o resto de documentación y así lo establezca el pliego de cláusulas administrativas particulares, las respuestas tendrán carácter vinculante y, en este caso, deberán hacerse públicas en el correspondiente perfil de contratante en términos que garanticen la igualdad y concurrencia en el procedimiento de licitación.»

⁵⁰⁵ En el supuesto de que tal relación no conste, y para evitar dudas, el concesionario debería poner de manifiesto ese carácter de bienes meramente útiles, atendida la aplicación del criterio general sobre la reversión gratuita, antes señalado.

⁵⁰⁶ Sobre la calificación como *actos nulos de pleno derecho* de los de enajenación o gravamen de tales bienes, y las acciones a ejercer en tales casos, véase Arimany Lamoglia ((1980: 100 a 137).

Tal como se ha adelantado, el Anteproyecto incorpora una previsión en el sentido de que *“los bienes afectos a la concesión que vayan a revertir a la Administración en virtud de lo establecido en el presente artículo, no podrán ser objeto de embargo»* (ALCSP, 289.3), manifestación del *principio de inembargabilidad de los bienes afectos a un servicio público*, cuyos referentes normativos los encontramos en:

a) La propia Constitución, cuyo art. 132.1 prescribe que: *«la ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación»*.

b) La Ley 30/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, que establece lo siguiente:

«Artículo 30 Régimen de disponibilidad de los bienes y derechos

1. Los bienes y derechos de dominio público o demaniales son inalienables, imprescriptibles e inembargables (...)

3. Ningún tribunal ni autoridad administrativa podrá dictar providencia de embargo ni despachar mandamiento de ejecución contra los bienes y derechos patrimoniales cuando se encuentren materialmente afectados a un servicio público o a una función pública (...)».

Afirmado el carácter inembargable de los bienes afectos a un servicio público, aportados por la Administración o por el concesionario, la previsión antes transcrita que incorpora el Anteproyecto adolece de imprecisión. Así, pese a su dicción literal, entiendo que la inembargabilidad no resultaría de aplicación a los bienes de las concesiones cuyo objeto no tenga el carácter de servicio público, al estar falta de causa la extensión de dicho privilegio. En cambio, no se comprende la razón para excluir a los bienes afectos al servicio público que no estén sujetos a reversión, a los que debería alcanzar la inembargabilidad, en tanto no finalice la concesión, atendidas las garantías legales que los amparan, confirmadas en este aspecto por el propio Tribunal Constitucional.⁵⁰⁷

⁵⁰⁷ Los pronunciamientos del TC sirven al doble propósito: incluir a los bienes afectos al servicio público, estén o no sujetos a reversión, y excluir a los adscritos a una concesión que no sea de servicio público; véanse las STC núm. 166/1998, de 15.7 (FJ 11 a 15), 211/1998, de 27.10 (FJ 3 y 4) y 228/1998, de 1.12 (FJ 3 y 4). Así:

a) La primera de las sentencias citadas declara *“la inconstitucionalidad y nulidad del inciso “y bienes en general” del art. 154.2 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas locales, en la medida en que no excluye de la inembargabilidad los bienes patrimoniales no afectados a un uso o servicio público”* (STC 166/1998, fallo).

5ª Una vez extinguido el contrato y celebrado el correspondiente procedimiento de selección, la reversión de los bienes a la Administración tendrá un carácter momentáneo, más formal que real, toda vez que se hará cargo de ellos el nuevo prestatario del servicio, y ese carácter se acentuará todavía más si el adjudicatario coincide con la persona del anterior concesionario.

La reversión será permanente si la Administración decide, al término de la concesión, prestar directamente el servicio, y también en el supuesto de rescate; para los casos de supresión o imposibilidad de prestación del servicio, sencillamente, los bienes perderán la adscripción o afectación que tenían (para el detalle sobre estas causas específicas de resolución de la concesión y sus efectos, véanse los epígrafes 4.13.3 a 4.16).

4.11. Falta de entrega de contraprestaciones económicas y medios auxiliares (art. 290).

Con reproducción textual de lo que dispone para el CGSP el art. 284 del TRLCSP, el Anteproyecto establece lo siguiente:

-
- b) *La tercera precisa que “debemos recordar una vez más nuestra doctrina de la STC 166/1998, según la cual la inconstitucionalidad del citado art.154.2 L.H.L. por vulneración del art.24.1 C.E. deriva de la genérica extensión de la prohibición de embargo a cualquier bien de la Corporación municipal con independencia de que esté o no materialmente afectado al sostenimiento de un servicio o uso público. Pero, en modo alguno se ha dicho que esa prohibición esté desprovista de justificación constitucional para el supuesto de otros bienes, como los demaniales o los comunales, o los fondos y caudales de los Entes locales” (STC 228/1998, FJ 4º, 1r pfo.).*
- c) *La segunda puntualiza aún más: “Lo dicho en la STC 166/1998 es plenamente aplicable al caso de autos, pues, dilatado por el Ayuntamiento el cumplimiento voluntario y por el específico procedimiento administrativo a seguir en estos casos, de la Sentencia condenatoria, el derecho fundamental del acreedor a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes (art.24.1 C.E.) impone a los órganos judiciales a instancia del particular adoptar las medidas oportunas para garantizar la efectividad de sus resoluciones, entre las que cabe el embargo ejecutivo, siempre que no recaiga sobre ninguno de los bienes o derechos antes enumerados, que gozan de la prerrogativa de inembargabilidad, y que sucintamente son los de dominio público, los comunales, los que integran la Hacienda del Ente local y los bienes patrimoniales materialmente afectados al sostenimiento de un servicio o uso público” (STC 211/1998, FJ 4º, 1r pfo.).*

Sobre la inembargabilidad de los bienes del concesionario afectos al servicio público véase VERA JURADO (1986: 238-243). Sobre el particular encadena las siguientes conclusiones: «todo bien afecto a un servicio público es inembargable aunque su titularidad sea privada (...). En definitiva, los bienes afectos son inembargables por la sencilla razón de que la propia afectación es ya en sí misma un embargo tácito preventivo anterior, en garantía no de un crédito, sino de una actividad pública» (VERA JURADO, 1986: 238-239).

«Artículo 290. Falta de entrega de contraprestaciones económicas y medios auxiliares.

Si la Administración no hiciere efectiva al concesionario la contraprestación económica o no entregare los medios auxiliares a que se obligó en el contrato dentro de los plazos previstos en el mismo y no procediese la resolución del contrato o no la solicitase el concesionario, éste tendrá derecho al interés de demora de las cantidades o valores económicos que aquéllos signifiquen, de conformidad con lo establecido en el artículo 196».

La remisión al art. 196 del ALCSP, en relación con el derecho del concesionario al interés de demora, debe entenderse a su apartado 4 (antecedente, el art. 216.4 del TRLCSP/2011) que prescribe:

«La Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los treinta días siguientes a la fecha de aprobación de las certificaciones de obra o de los documentos que acrediten la conformidad con lo dispuesto en el contrato de los bienes entregados o servicios prestados, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 4 del artículo 208, y si se demorase, deberá abonar al contratista, a partir del cumplimiento de dicho plazo de treinta días los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Para que haya lugar al inicio del cómputo de plazo para el devengo de intereses, el contratista deberá de haber cumplido la obligación de presentar la factura ante el registro administrativo correspondiente en los términos establecidos en la normativa vigente sobre factura electrónica, en tiempo y forma, en el plazo de treinta días desde la fecha de entrega efectiva de las mercancías o la prestación del servicio.

Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 4 del artículo 208 y en el apartado 1 del artículo 241, la Administración deberá aprobar las certificaciones de obra o los documentos que acrediten la conformidad con lo dispuesto en el contrato de los bienes entregados o servicios prestados dentro de los treinta días siguientes a la entrega efectiva de los bienes o prestación del servicio, salvo acuerdo expreso en contrario establecido en el contrato y en alguno de los documentos que rijan la licitación, siempre que no sea manifiestamente abusivo para el acreedor en el sentido del artículo 9 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

En todo caso, si el contratista incumpliera el plazo de treinta días para presentar la factura ante el registro administrativo correspondiente en los términos establecidos en la normativa vigente sobre factura electrónica, el devengo de intereses no se iniciará hasta transcurridos treinta días desde la fecha de su correcta presentación de la factura, sin que la Administración haya aprobado la conformidad, si procede, y efectuado el correspondiente abono».⁵⁰⁸

⁵⁰⁸ Recuérdese que, de las previsiones del precepto transcrito, deben excluirse las referidas al art. 208 del Anteproyecto, por no resultar de aplicación a la concesión de servicios según dispone el art. 284 del mismo, tal como se ha explicado en el epígrafe 4.5.1.4^a, como también las remisiones al 241.1, sobre *recepción y plazo de garantía del contrato de obras*.

El supuesto de hecho del que se parte es el siguiente: la falta de entrega de contraprestaciones económicas (básicamente, el abono del precio establecido) y medios auxiliares transcurridos los plazos previstos.⁵⁰⁹ Cumplidos tales plazos, se abren dos vías: una dentro del contrato y otra fuera, que pasa por la resolución del mismo.

Manteniendo el contrato, el concesionario tendrá derecho al *abono de los intereses de demora y a la indemnización de los costes* de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004.⁵¹⁰ Y ello naturalmente como añadidos al abono de las contraprestaciones

⁵⁰⁹ La determinación del transcurso de esos plazos reviste cierta complejidad tal como se desprende de la lectura del precepto transcrito. El *criterio general* es que el límite temporal se fija en 60 días naturales: 30 para la presentación de la factura, y 30 más para su aprobación por la Administración. A ese criterio, no obstante, se añaden los diversos condicionantes que se recogen en el precepto y que afectan tanto al contratista (incumplimiento de presentar la factura en los términos exigidos), como al acuerdo expreso en contrario establecido en el contrato y en alguno de los documentos que rijan la licitación, siempre que no sea manifiestamente abusivo para el acreedor en el sentido del artículo 9 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Básicamente, las determinaciones aplicables del referido art. 9 se contienen en su apartado 1, que dispone lo siguiente:

«Artículo 9 Cláusulas y prácticas abusivas

1. Será nula una cláusula contractual o una práctica relacionada con la fecha o el plazo de pago, el tipo de interés de demora o la compensación por costes de cobro cuando resulte manifiestamente abusiva en perjuicio del acreedor teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, incluidas:

- a) Cualquier desviación grave de las buenas prácticas comerciales, contraria a la buena fe y actuación leal.
- b) La naturaleza del bien o del servicio.
- c) Y cuando el deudor tenga alguna razón objetiva para apartarse del tipo de interés legal de demora del apartado 2 del artículo 7, o de la cantidad fija a la que se refiere el apartado 1 del artículo 8.

Asimismo, para determinar si una cláusula o práctica es abusiva para el acreedor se tendrá en cuenta, considerando todas las circunstancias del caso, si sirve principalmente para proporcionar al deudor una liquidez adicional a expensas del acreedor, o si el contratista principal impone a sus proveedores o subcontratistas unas condiciones de pago que no estén justificadas por razón de las condiciones de que él mismo sea beneficiario o por otras razones objetivas.

En todo caso, son nulas las cláusulas pactadas entre las partes o las prácticas que resulten contrarias a los requisitos para exigir los intereses de demora del artículo 6, o aquellas que excluyan el cobro de dicho interés de demora o el de la indemnización por costes de cobro prevista en el artículo 8. También son nulas las cláusulas y prácticas pactadas por las partes o las prácticas que excluyan el interés de demora, o cualquier otra sobre el tipo legal de interés de demora establecido con carácter subsidiario en el apartado 2 del artículo 7, cuando tenga un contenido abusivo en perjuicio del acreedor, entendiéndose que será abusivo cuando el interés pactado sea un 70 por ciento inferior al interés legal de demora, salvo que atendiendo a las circunstancias previstas en este artículo, pueda probarse que el interés aplicado no resulta abusivo. Esta posible modificación del interés de demora, de acuerdo con lo previsto en esta Ley, no será de aplicación a las operaciones comerciales realizadas con la Administración.(...)»

⁵¹⁰ Las previsiones de dicha ley son las siguientes:

a) «Artículo 7 Interés de demora

1. El interés de demora que deberá pagar el deudor será el que resulte del contrato y, en defecto de pacto, el tipo legal que se establece en el apartado siguiente.

2. El tipo legal de interés de demora que el deudor estará obligado a pagar será la suma del tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate más ocho puntos porcentuales.

Por tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a sus operaciones principales de financiación se entenderá el tipo de interés aplicado a tales operaciones en caso de subastas a tipo fijo. En el caso de que se efectuara una operación principal de financiación con arreglo a un procedimiento de subasta a tipo variable, este tipo de interés se referirá al tipo de interés marginal resultante de esa subasta.

El tipo legal de interés de demora, determinado conforme a lo dispuesto en este apartado, se aplicará durante los seis meses siguientes a su fijación.

3. El Ministerio de Economía y Hacienda publicará semestralmente en el «Boletín Oficial del Estado» el tipo de interés resultante por la aplicación de la norma contenida en el apartado anterior."

La Resolución de 29 de junio de 2015, de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, por la que se publica el tipo legal de interés de demora aplicable a las operaciones comerciales durante el segundo semestre natural del año 2015 (BOE de 30 junio), fija el tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo (BCE) en el 0,05 %, por lo que el tipo legal de interés para dicho semestre se sitúa en el 8,05 %. La última publicada al cierre de la tesis, la Resolución de 28 de junio de 2016, de la misma Secretaría General, aplicable al segundo semestre natural del año 2016 (BOE de 20 de junio), fija el tipo de interés aplicado por el BCE en el 0,00 %, por lo que el tipo de legal de interés para dicho semestre se sitúa en el 8,00 %.

b) «Artículo 8 Indemnización por costes de cobro

1. Cuando el deudor incurra en mora, el acreedor tendrá derecho a cobrar del deudor una cantidad fija de 40 euros, que se añadirá en todo caso y sin necesidad de petición expresa a la deuda principal. Además, el acreedor tendrá derecho a reclamar al deudor una indemnización por todos los costes de cobro debidamente acreditados que haya sufrido a causa de la mora de éste y que superen la cantidad indicada en el párrafo anterior.

2. El deudor no estará obligado a pagar la indemnización establecida en el apartado anterior cuando no sea responsable del retraso en el pago.»

A diferencia de la concreción porcentual de los intereses de demora, el cálculo de la indemnización por los costes de cobro es objeto de controversia. Haciéndose eco de ella, y con afán de clarificarlo, se ha señalado lo siguiente (ROMAR VILLAR, 2012: COM.13.01):

"La norma no define con detalle el concepto de costes de cobro, por lo que no se precisa su alcance. Parece no haber duda sobre la inclusión en los mismos de los gastos de abogado en reclamación de la deuda, precisamente por que no procede su indemnización cuando hayan sido cubiertos por la condena en costas a la Administración o, por su naturaleza, la de los requerimientos notariales, burofax, etc.

Respecto a otros conceptos sin embargo, no está clara su inclusión o no en el citado concepto y, entre ellos, dado el uso habitual que se hace del mismo y su importancia económica, la de los gastos financieros generados por la necesidad de solicitar un crédito ó el endoso de las certificaciones. No existe informe de las JCCA, ni dictamen del Consejo de Estado, ni sentencias de tribunales que aborde el tema, siendo diversas las (escasas) opiniones de los autores sobre el asunto. Así, para unos, no tienen cabida los gastos generados por la petición del crédito o los de descuento en el endoso, ya que con el abono de los intereses de demora se da cumplida cuenta del perjuicio ocasionado por el retraso en el pago de las facturas emitidas por el contratista de la obra, en tanto para otros, se trata de conceptos diferentes, considerando así que el tipo aplicable –tipo legal-, a los intereses de demora tienen una doble finalidad, por una parte –el tipo aplicado por el BCE- resarcir al contratista por el aumento de precios y, por otra –el incremento del tipo en siete puntos- disuadir, o en su caso sancionar, al deudor, respecto al retraso en el pago, en tanto los gastos financieros que se generan obedecen a la necesidad de financiación que ha tenido la empresa, precisamente, por no haber recibido el pago dentro del plazo señalado. En este sentido, es ilustrativa la STS_nº roj_90_1997 que, en un supuesto en el que el contratista acreditó la necesidad de pedir un crédito para hacer frente al retraso en el pago por la Administración señala: (...) En cuanto a los intereses del crédito bancario también es aceptado por la sentencia de instancia que considera que la entidad actora se ha visto obligada a acudir a mecanismos de financiación bancaria a causa de no haberse realizado en su momento el pago reclamado, si bien estos intereses deben serle abonados hasta la fecha de 22 de enero de 1.993 en que venció el

económicas o los valores económicos de los medios auxiliares a cuya entrega se obligó la Administración y respecto de la cual no ha dado cumplimiento.

Sobre la otra vía, la alternativa de la resolución de la concesión, como consecuencia de la falta de entrega de contraprestaciones económicas o medios auxiliares, me remito a lo que se dirá después sobre esta causa de resolución (epígrafe 4.13.3.2. y 4.16.2).

4.12. Incumplimiento del concesionario y secuestro de la concesión de servicios públicos (art. 291)

4.12.1. Incumplimiento del concesionario

Sobre este tema de indudable trascendencia, el Anteproyecto establece lo siguiente:

«Artículo 291. Incumplimiento del concesionario.

1. Si del incumplimiento por parte del concesionario se derivase perturbación grave y no reparable por otros medios en el servicio y la Administración no decidiese la resolución del contrato, podrá acordar el secuestro o intervención del mismo hasta que aquélla desaparezca. En todo caso, el concesionario deberá abonar a la Administración los daños y perjuicios que efectivamente le haya ocasionado.

2. En cualquier caso, en los supuestos de incumplimiento por parte del concesionario resultará de aplicación el régimen de penalidades establecidas en el artículo 262 de la presente Ley respecto de la concesión de obras, siempre que resulte compatible con la naturaleza de la concesión de servicios».

Sobre el precepto transcrito cabe formular las siguientes consideraciones:

crédito otorgado; ya que según jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencia de 12 de febrero de 1.990) la obligación indemnizatoria de la Administración no se limita al pago de los intereses legales, sino que se extiende a todos los daños y perjuicios en aplicación de los artículos 1100, 1106 y 1107 del Código Civil al que se remite el artículo 4º de la Ley de Contratos del Estado.

Otra cuestión que tampoco queda clara tras la lectura del artículo 8 de la Ley 3/2004, es conocer si la condena en costas de la Administración elimina la posibilidad de cobro de todos los costes de cobro o, sólo, de aquellos que integran el concepto de costas procesales (honorarios de abogado, procurador, peritos, edictos, certificaciones, notas, testimonios y gastos de notario, que se originan en la tramitación de un procedimiento judicial).

De considerar finalmente, los gastos financieros que genera la solicitud de un crédito o un endoso como un coste de cobro que mantiene su vigencia a pesar de la condena en costas de la Administración, ésta, en su caso, vendría obligada por sentencia a hacer frente a tres tipos de intereses: Los de demora, los financieros del crédito o del descuento del endoso y, los intereses sobre ambos –anatocismo-, desde que son judicialmente reclamados (Art. 1109.1 Código Civil), dado que intereses y costas procesales son conceptos independientes."; véase: http://contratodeobras.com/images/T13_Certificaciones-pago-y-demora_Rv-3; consulta efectuada el 19.9.2015

1ª El primer párrafo reproduce el art. 285 del TRLCSP referido al CGSP, con la única innovación de incorporar el término *secuestro* como sinónimo de la *intervención* en los supuestos de incumplimiento del concesionario, recuperando así esa expresión utilizada por el Reglamento de servicios de las corporaciones locales de 1955 (art. 133.2), y con profusión en la concesión de obras, tanto en el TRLCSP/2011 (art. 131.1.j, 249.1.g, 251, 252.4, 260.3.a, 263, 269.c y 270.4), como en el propio ALCSP (248.1.j, 259.1.g, 261, 262.4, 270.3.a y 273.3.a).⁵¹¹

2ª El segundo párrafo no tiene precedente en el CGSP, y la remisión que efectúa al régimen de penalidades de la concesión de obras, previsto en el art. 262 del Anteproyecto, debe recibirse como un complemento útil respecto del cual conviene precisar lo siguiente:⁵¹²

- esa remisión prevé su aplicación *siempre que resulte compatible con la naturaleza de la concesión de servicios;*

⁵¹¹ En la legislación local autonómica, la intervención de la concesión se regula en el ROASCat/1995 (art. 254.3 y 257) y el RBASOArág/2002 (282.2).

⁵¹² Al respecto, el ALCSP dispone lo siguiente:

«Artículo 262. Penalidades por incumplimiento del concesionario

1. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares establecerán un catálogo de incumplimientos de las obligaciones del concesionario, distinguiendo entre los de carácter leve y grave. Deberán considerarse penalizables el incumplimiento total o parcial por el concesionario de las prohibiciones establecidas en esta Ley, la omisión de actuaciones que fueran obligatorias conforme a ella y, en particular, el incumplimiento de los plazos para la ejecución de las obras, la negligencia en el cumplimiento de sus deberes de uso, policía y conservación de la obra pública, la interrupción injustificada total o parcial de su utilización, y el cobro al usuario de cantidades superiores a las legalmente autorizadas.

2. El órgano de contratación podrá imponer penalidades de carácter económico, que se establecerán en los pliegos de forma proporcional al tipo de incumplimiento y a la importancia económica de la explotación. El límite máximo de las penalidades a imponer no podrá exceder del 10 por cien del presupuesto total de la obra durante su fase de construcción. Si la concesión estuviera en fase de explotación, el límite máximo de las penalidades anuales no podrá exceder del 20 por cien de los ingresos obtenidos por la explotación de la obra pública durante el año anterior.

3. Los incumplimientos graves darán lugar, además, a la resolución de la concesión en los casos previstos en el correspondiente pliego.

4. Además de los supuestos previstos en esta Ley, en los pliegos se establecerán los incumplimientos graves que pueden dar lugar al secuestro temporal de la concesión, con independencia de las penalidades que en cada caso procedan por razón del incumplimiento.

5. Durante la fase de ejecución de la obra el régimen de penalidades a imponer al concesionario será el establecido en el artículo 190 de la presente Ley.

6. Con independencia del régimen de penalidades previsto en el pliego, la Administración podrá también imponer al concesionario multas coercitivas cuando persista en el incumplimiento de sus obligaciones, siempre que hubiera sido requerido previamente y no las hubiera cumplido en el plazo fijado. A falta de determinación por la legislación específica, el importe diario de la multa será de 3.000 euros».

- se fijan unos límites máximos al régimen sancionador que deberá establecerse inexcusablemente en el PCAP de la concesión de servicios (apartado 2 del art. 262);
- las penalidades previstas en el 190 del Anteproyecto sólo resultaran de aplicación si en la concesión de servicios se prevé la ejecución de obras;⁵¹³
- sin negar la virtualidad de la previsión de la *multa coercitiva* (apartado 6 del art. 262), estimo que debería establecerse que la cifra de 3000 euros tuviera el carácter de importe máximo, y que se permitiera al órgano de contratación poder modular el importe de la multa en función de las circunstancias y el incumplimiento concreto del concesionario, atendiendo a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.⁵¹⁴

⁵¹³ Recuérdese que el art. 190 no resulta de aplicación a la concesión simple de servicios (sin obras), tal como prescribe el art. 284 del Anteproyecto (analizado en el epígrafe d).

⁵¹⁴ Como se recordará, como medio de ejecución forzosa, la multa coercitiva viene regulada en la LRJPAC/1992:

«Artículo 99. *Multa coercitiva.*

1. *Cuando así lo autoricen las leyes, y en la forma y cuantía que éstas determinen, las Administraciones Públicas pueden, para la ejecución de determinados actos, imponer multas coercitivas, reiteradas por lapsos de tiempo que sean suficientes para cumplir lo ordenado, en los siguientes supuestos:*

a) *Actos personalísimos en que no proceda la compulsión directa sobre la persona del obligado.*

b) *Actos en que, procediendo la compulsión, la Administración no la estimara conveniente.*

c) *Actos cuya ejecución pueda el obligado encargar a otra persona.*

2. *La multa coercitiva es independiente de las sanciones que puedan imponerse con tal carácter y compatible con ellas».*

Cumplido efectivamente el requisito de la previsión legal, la posibilidad de una ponderación en las multas coercitivas tienen varios precedentes; así, en la L 22/1988, de Costas (art. 107.3, límite del 20% de la multa fijada para la infracción cometida); el Texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por el RDLegislativo 1/2001 (art. 119.1, límite del 10% de la sanción máxima fijada para la infracción cometida); y Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (art. 56.b, multas coercitivas de hasta el 5% del valor de los bienes ocupados, reiteradas por períodos de ocho días hasta que se produzca el desalojo del bien poseído indebidamente).

Sobre las multas coercitivas véase BARCELONA LLOP (1995: 362-364) y GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO (2004: 2365-2378).

Reproduce el texto transcrito del art. 99 de la LRJPAC/1992, sobre la multa coercitiva, el art. 103 de la LPAC/2015.

4.12.2. Secuestro de la concesión: ampliación a causas no imputables al concesionario y régimen general de aplicación.

Tal como se ha señalado, la intervención o secuestro de la concesión de servicios se prevé en el Anteproyecto para el caso del incumplimiento del contratista (art. 291.1), continuando así con la tónica del Texto refundido para el CGSP (art. 285).

Sucede, sin embargo, que la figura del *secuestro* tiene también, en el ámbito local, otra virtualidad: suponer la intervención de la Administración en la gestión y explotación del servicio en los casos en que no lo pudiere prestar el concesionario, por circunstancias no imputables al mismo (RServicios, art. 127.1.3, *in fine*; ROASCat, 254.3 y RBASO Arag, 282.2, *a contrario*).

Pues bien, a la aplicación a la concesión de servicios en el ámbito local de esta otra modalidad del secuestro, vendría a sumarse la extensión prevista para la concesión de obras y que resultaría de la ya mencionada cláusula de regulación supletoria contenida en el ALCSP (art. 295).⁵¹⁵

⁵¹⁵ Respecto de la concesión de obras, el Anteproyecto establece lo siguiente (antecedente del art. 251 del TRLCSP):

«Artículo 261. *Secuestro o intervención de la concesión*

1. *El órgano de contratación, previa audiencia del concesionario, podrá acordar el secuestro o intervención de la concesión en los casos en que el concesionario no pueda hacer frente, temporalmente y con grave daño social, a la explotación de la obra por causas ajenas al mismo o incurriese en un incumplimiento grave de sus obligaciones que pusiera en peligro dicha explotación. El acuerdo del órgano de contratación será notificado al concesionario y si éste, dentro del plazo que se le hubiera fijado, no corrigiera la deficiencia se ejecutará el secuestro o intervención. Asimismo, se podrá acordar el secuestro o intervención en los demás casos recogidos en esta Ley con los efectos previstos en la misma.*

2. *Efectuado el secuestro o intervención, corresponderá al órgano de contratación la explotación directa de la obra pública y la percepción de la contraprestación establecida, pudiendo utilizar el mismo personal y material del concesionario. El órgano de contratación designará uno o varios interventores que sustituirán plena o parcialmente al personal directivo de la empresa concesionaria. La explotación de la obra objeto de secuestro o intervención se efectuará por cuenta y riesgo del concesionario, a quien se devolverá, al finalizar aquél, con el saldo que resulte después de satisfacer todos los gastos, incluidos los honorarios de los interventores, y deducir, en su caso la cuantía de las penalidades impuestas.*

3. *El secuestro o intervención tendrá carácter temporal y su duración será la que determine el órgano de contratación sin que pueda exceder, incluidas las posibles prórrogas, de tres años. El órgano de contratación acordará de oficio o a petición del concesionario el cese del secuestro o intervención cuando resultara acreditada la desaparición de las causas que lo hubieran motivado y el concesionario justificase estar en condiciones de proseguir la normal explotación de la obra. Transcurrido el plazo fijado para el secuestro o intervención sin que el concesionario haya garantizado la asunción completa de sus obligaciones, el órgano de contratación resolverá el contrato de concesión».*

Sobre la base de los antecedentes reseñados, entiendo que el secuestro o intervención de la concesión de servicios podrá tener lugar tanto con motivo del incumplimiento del contratista, como por causas no imputables al mismo (fortuitas o de fuerza mayor), y el régimen común a ambas tendrá las siguientes características:

a) Supuesto de hecho y razones que la justifican: perturbación grave del servicio (no-prestación, deficiencias sustanciales, peligros para los usuarios, lesión de sus intereses o grave daño social).

b) Temporalidad: se trata de una medida coyuntural, que no tiene carácter definitivo, y con una duración máxima de 2 años o una tercera parte del plazo que reste para finalizar la concesión (RS, 135.1; ROAS, 259 y RBASO, 284.2), susceptible de alargarse hasta 3 años (ALCSP, 261.3).

c) Requiere dar audiencia al concesionario y otorgarle un plazo para que corrija las deficiencias que caracterizan la perturbación grave del servicio (ex ALCSP, 261.1).

d) La Administración designa uno o varios *interventores técnicos* que sustituyen plena o parcialmente a los elementos directivos de la empresa (RS, 134.2; ROAS, 258.3 y RBASO, 284.1 y ALCSP, 261.2).

e) Mantenimiento de las condiciones de prestación del servicio, con el mismo personal y medios materiales (RS, 134.1; ROAS, 258.1 y RBASO, 284.1), aunque cabe también complementar tales medios con otros (ALCSP, 261, 2, primer inciso, *a contrario*).

f) La explotación del servicio se efectuará por cuenta y riesgo del concesionario, lo que incluye la satisfacción de todos los gastos, incluidos los honorarios de los interventores (ALCSP, 261.2, tercer inciso).

g) Finalizado el secuestro, el concesionario recobra su posición inicial, pero está a las resultas: si hay saldo positivo se le entrega; si es negativo, se tiene que hacer cargo, así como de abonar los daños y perjuicios irrogados en la administración por el incumplimiento, y las cuantías de las penalidades impuestas en razón del mismo (RS, 134.3; ROAS, 258.3 y 4, TRLCSP, 285, *in fine* y ALCSP, 291.1, *in fine* y 261.2 *in fine*).

h) Transcurrido el plazo fijado para el secuestro o intervención sin que el concesionario haya garantizado la asunción completa de sus obligaciones, el órgano de contratación

deberá proceder a resolver el contrato de concesión (ALCSP, art. 261.3 en relación con el 209.1, f).

4.13. Extinción y causas de resolución

4.13.1 Introducción

Tal como prescribe el TRLCSP, «los contratos se extinguirán por cumplimiento o por resolución» (art. 221). El ALCSP, a su vez, reitera ese pronunciamiento aunque introduce una novedad:

«Artículo 207. Extinción de los contratos

Los contratos se extinguirán por su cumplimiento, por declaración de nulidad en los términos señalados en el artículo 42 o por resolución, acordada de acuerdo con lo regulado en esta Subsección 5ª.»

Sobre las tres causas referidas pueden formularse las consideraciones siguientes:

1ª) La primera causa de extinción de los contratos y, por tanto, de la concesión de servicios públicos es su *cumplimiento*, que cabe calificar como *extinción normal* de dicho contrato. Ese cumplimiento se concreta en su ejecución, respecto de la cual, de acuerdo con la previsión general del TRLCSP (art. 222.1) y reiterada por el ALCSP (208.1), “*el contrato se entenderá cumplido por el contratista cuando éste haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de la prestación*”.⁵¹⁶

Extinguido el contrato en razón de su cumplimiento, caben cuatro opciones: que deje de prestarse el servicio, que lo gestione el mismo contratista de resultas de la licitación llevada a cabo, que sea otro el contratista que lo pase a ejecutar como consecuencia de la misma o, finalmente, que la prestación sea asumida por la propia Administración titular de servicio. Salvo la cesación del servicio en el primer caso, y la continuidad que se produce en el segundo, en los dos restantes tiene lugar un *proceso de sustitución del contratista* que suele resultar complejo. Entre las diversas incidencias que caracterizan este proceso destacan las relativas a la problemática del personal al

⁵¹⁶ Tanto el TRLCSP (276) como el ALCSP (284) disponen la exclusión de los preceptos citados respecto del CGSP y la concesión, respectivamente, aunque debe considerarse una imprecisión, pues la referida previsión general es de incuestionable aplicación a ambos contratos. La explicación radica en que no son de aplicación el resto de previsiones sobre el *acto de recepción*, la *garantía vinculada* y el *abono de la liquidación del contrato* (apartados 2, 3 y 4 de los art 222 y 208 del TRLCSP y ALCSP, respectivamente), inapropiadas todas ellas para los contratos de resultado como los citados.

servicio del contratista sustituido y la subrogación en su lugar del nuevo gestor del servicio, objeto de regulación por la legislación social, pero también por el Derecho comunitario.⁵¹⁷

2ª) La mención como *causa de extinción* de la *declaración de nulidad* constituye una novedad del ALCSP al concordarla con el régimen de invalidez de los contratos (art. 207 en relación con el 38 al 42), toda vez que dicho régimen también está previsto en el TRLCSP (31 a 39). Al respecto pueden formularse las siguientes consideraciones:

2ª.a) Centrándonos en la remisión que se efectúa en relación con la extinción del contrato hay que señalar que los términos del Anteproyecto son los siguientes:

«Artículo 42. Efectos de la declaración de nulidad

1. La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.

2. La nulidad de los actos que no sean preparatorios sólo afectará a éstos y sus consecuencias.

3. Si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquél y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio.

4. Los efectos establecidos en los párrafos anteriores serán aplicables a aquellos casos en que pudiera declararse la nulidad o anulabilidad de tales actos por sentencia

⁵¹⁷ La regulación social viene constituida por el art. 44 del Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRET) y, en cuanto a la comunitaria, debe reseñarse la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001. Ambas resultan de aplicación al contratista sucesor, pero también a la propia Administración que asume mediante gestión directa la prestación del servicio, como pone de manifiesto la STJUE de 26.11.2015 (A C509/14, petición de decisión prejudicial planteada, conforme al art. 267 TFUE, por el TSJP País Vasco). Esta sentencia se dicta en relación con la negativa de la empresa pública estatal ADIF (Administrador de Infraestructuras Ferroviarias) a subrogarse en la posición que tenía la empresa que venía prestando el servicio de manipulación de unidades de transporte intermodal en la terminal de Bilbao (empresa ALGEPOSA), y el pronunciamiento judicial es el siguiente:

«El artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de [transmisiones] de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, debe interpretarse en el sentido de que está comprendida en el ámbito de aplicación de esa Directiva una situación en la que una empresa pública, titular de una actividad económica de manipulación de unidades de transporte intermodal, confía mediante un contrato de gestión de servicios públicos la explotación de esa actividad a otra empresa, poniendo a disposición de ésta las infraestructuras y el equipamiento necesarios de los que es propietaria, y posteriormente decide poner fin a dicho contrato sin asumir al personal de esta última empresa porque en lo sucesivo va a explotar esa actividad ella misma con su propio personal».

dictada en un recurso contencioso administrativo interpuesto previa declaración de lesividad.»⁵¹⁸

Como es obvio, la declaración de nulidad y los efectos de la misma supondrán una extinción del contrato que, por oposición a su cumplimiento, debe conceptuarse como *anormal*.

2^a.b) Manifiestamente contrario a esta novedad se muestra el Consejo de Estado, que se pronuncia en los siguientes términos (Dictamen núm. 1116/2015, de 10.3.2016, p. 214 y 215):

«La formulación tradicional de la regla extintiva de los contratos administrativos (artículo 221 del TRLCSP; artículo 204 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; artículo 109 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio; 11 O de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas), de acuerdo con la cual *"los contratos se extinguirán por cumplimiento o por resolución"*, se ve alterada en el anteproyecto por la introducción de la mención a la declaración de nulidad.

Este añadido, sin precedentes en nuestro ordenamiento, desvirtúa la propia noción de la extinción de los contratos, que se refiere a la terminación de una relación contractual existente, bien de forma natural, como consecuencia de la satisfacción de la finalidad perseguida (cumplimiento), bien de manera anormal, por la aparición de circunstancias sobrevenidas que impidan la continuidad del vínculo (resolución). En ambos casos, se parte del válido nacimiento del contrato, lo que no sucede en los casos de declaración de nulidad, como negación de la entidad de un negocio jurídico por defectos en sus elementos constitutivos o ilicitud de su contenido.

En mérito de lo señalado, debe concluirse que la conceptualización de la declaración de nulidad como un supuesto de la extinción de los contratos administrativos no se compadece con esta categoría jurídica.

Es probable que, mediante la introducción de la nulidad entre las causas de extinción, se haya pretendido dar cumplimiento al artículo 73 de la Directiva 2014/24/UE, que

⁵¹⁸ El referido precepto reproduce el art 35 del TRLCSP, con la única novedad del apartado 4, comentado más adelante.

requiere a los Estados miembros velar por que los poderes adjudicadores tengan la posibilidad de rescindir un contrato público durante su período de vigencia en una serie de supuestos que, en el esquema del anteproyecto (artículo 39), están configurados como causas de nulidad de Derecho administrativo. Sin embargo, no es necesario forzar las Instituciones jurídicas para observar el Derecho de la Unión Europea, dado que el artículo 42 del anteproyecto, al regular los efectos de la declaración de nulidad, ya permite alcanzar un resultado equiparable al previsto en la Directiva, o sea, la restitución recíproca entre las partes de las cosas que se hubiesen recibido en virtud del contrato nulo (o, de no ser factible, la devolución de su valor). Así, por ejemplo, si el contrato no hubiera debido adjudicarse al contratista en vista de la existencia de un incumplimiento grave de las obligaciones del ordenamiento de la Unión Europea, estará incurso en causa de nulidad de Derecho administrativo y la declaración de la misma privará al acuerdo de toda eficacia jurídica (sin necesidad de que ello sea calificado como un proceso de extinción del contrato).

En definitiva, no viniendo exigido por el Derecho comunitario ni adecuándose a las categorías jurídicas referidas, procede suprimir la mención a la declaración de nulidad entre los supuestos de extinción contractual. De acuerdo con la formulación tradicional de la regla extintiva de los contratos administrativos, el artículo 207 ha de prescribir que tal extinción se produce "*por cumplimiento o por resolución*"» (los entrecomillados y las cursivas son del Consejo de Estado).

2ª.c) Respecto de la novedad introducida en el art. 42 del ALCSP, sobre los *efectos de la declaración de nulidad*, también se pronuncia contrariamente el Consejo de Estado. El Alto órgano consultivo dice así (Dictamen núm. 1116/2015, p. 104 a 106):

«Su último apartado dispone: "4. Los efectos establecidos en los párrafos anteriores serán aplicables a aquellos casos en que pudiera declararse la nulidad o anulabilidad de tales actos por sentencia dictada en un recurso contencioso administrativo interpuesto previa declaración de lesividad".

La norma es novedosa respecto del vigente texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que no contiene ninguna similar. Aun cuando existían y se mantienen las referencias a la competencia para declarar la lesividad (artículo 41, apartados 2 y 3, del anteproyecto), no se establece por aquel ninguna regla sobre el contenido de la eventual sentencia recaída en el recurso contencioso-administrativo seguido tras dicha declaración.

El sentido de la norma parece ser el siguiente. Ante todo, se aplica únicamente a ese supuesto, el de la declaración de nulidad o la anulación de un acto decretados por sentencia recaída en un proceso iniciado por declaración de lesividad y demanda de la Administración firmante del contrato, esto es el órgano de contratación. No se refiere, pues, al recurso contencioso planteado frente a la desestimación del recurso especial (el cual presenta una problemática distinta: artículos 59 y 60 del anteproyecto).

En tal sentido, lo primero que llama la atención es que se haga referencia a la "nulidad o anulabilidad" de los actos preparatorios o de adjudicación del contrato, pues lo normal será que, si se ha iniciado el proceso tras declaración de lesividad, los vicios concurrentes sean de mera anulabilidad (de otro modo, la Administración hubiera podido practicar la revisión de oficio que es la *sedes materiae* en la que se sitúa la regla: artículo 41, revisión de oficio; artículo 42 ahora analizado, efectos de la declaración de *nulidad*).

En todo caso, y sin que sea descartable que el tribunal aprecie la concurrencia de vicios de nulidad de pleno derecho, lo más relevante es la consecuencia jurídica que se establece relativa a que "los efectos establecidos en los párrafos anteriores *serán aplicables a aquellos casos* en que pudiera declararse la nulidad o anulabilidad de tales actos por [la] sentencia" que recaiga en dicho proceso. La consecuencia parece excesivamente simple y puede plantear diversos problemas:

- Ante todo, la formulación no es afortunada. No se trata de que los efectos puedan ser "aplicables" en tales casos, sino de que la sentencia los podrá declarar. Podría en esta línea disponerse que: "Los efectos establecidos en los apartados anteriores podrán ser acordados por la sentencia que declare la nulidad o anulabilidad de tales actos poniendo fin al recurso contencioso administrativo interpuesto previa declaración de lesividad" (lo que remite ampliamente la cuestión a los efectos de la sentencia regulados por los artículos 71 a 73 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa).

- En segundo lugar, y como se ha dicho, si el fallo de la sentencia fuese de anulación de los actos preparatorios o de la adjudicación, y no de nulidad de pleno derecho *stricto sensu*, aquella no comportará de forma automática los efectos radicales que se enumeran por el apartado 1, frase primera ("la [nulidad] del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las

cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor"), sino que dará lugar a los efectos previstos por el artículo 71.1 de la citada Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, conforme a las pretensiones correspondientes: anulación, cese de la situación impugnada, reconocimiento y restablecimiento de la situación jurídica individualizada y en su caso estimación de la pretensión indemnizatoria ejercida.

-Solo cuando el fallo fuese de nulidad de pleno derecho se podría pues, establecer con automatismo que la sentencia podrá acordar los efectos previstos en los apartados anteriores del artículo 42. Y aun en este caso, parece problemática la previsión del apartado 3, a saber que: "Si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquél y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio". Tal declaración de continuación de los efectos del contrato declarado nulo bajo sus mismas cláusulas, con la previa ponderación de los efectos capaces de causar un grave trastorno al servicio público y hasta la adopción de las medidas urgentes que reparen el perjuicio, parece que deberá ser adoptada por la Administración (así se deduce del tenor literal de la norma, que hace referencia a la declaración "administrativa" de nulidad, al establecimiento de la continuación del contrato "en el mismo acuerdo") o al menos concretada en ejecución de sentencia.

Por todas estas razones, debería suprimirse la regla del artículo 42.4 del anteproyecto o sustituirse por otra que más simplemente disponga: "Los efectos establecidos en los apartados anteriores podrán ser acordados por la sentencia que ponga fin al recurso contencioso-administrativo interpuesto previa declaración de lesividad, de conformidad con lo previsto en el artículo 71 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa"» (Dictamen núm. 1116/2015, p. 104 a 106; los entrecorridos y las cursivas son del Consejo de Estado).

3ª) Finalmente, como tercer supuesto extintivo y bajo la expresión *resolución del contrato*, se subsumen una serie de causas que comportan la finalización del mismo que, como la anterior, cabe adjetivar de *anormal*. Siguiendo los precedentes normativos, en el Anteproyecto las causas de resolución se subdividen en *generales*,

aplicables a todos los contratos (ALCSP, 209 y 210), y *específicas de cada contrato* (ALCSP, 293 y referido a la concesión de servicios públicos).⁵¹⁹

Consecuentemente, se analizarán en primer término las causas generales de resolución, poniendo el acento en los aspectos que afecten a la concesión de servicios, y luego se estudiarán las específicas de este contrato.

4.13.2 Causas generales de resolución, aplicación y efectos

El Texto refundido regula las *causas de resolución* de los contratos y su *aplicación*, así como sus *efectos* (223, 224 y 225), el Anteproyecto los reproduce con algunas variaciones (209, 210 y 211), y a su estudio se dedican las páginas siguientes.⁵²⁰

4.13.2.1 La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual (TRLCSF, 223 y ALCSP, 209.1, letras a y 1^o inciso).

Sobre la aplicación de esta causa general a la concesión de servicios públicos hay que efectuar las siguientes precisiones:

a) Se establece una matización al determinar que *«cuando la causa de resolución sea la muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual la Administración podrá acordar la continuación del contrato con sus herederos o sucesores»* (TRLCSF 224.3 y ALCSP, 210.3).

El propio TRLCSF, en referencia al contrato de gestión de servicios públicos, prescribe que *«cuando la causa de resolución sea la muerte o incapacidad sobrevenida del contratista, la Administración podrá acordar la continuación del contrato con sus herederos o sucesores, salvo disposición expresa en contrario de la legislación*

⁵¹⁹ La diferenciación entre causas generales y específicas de resolución se inicia ya con la LCAP/1995 (112 para las generales y 168 para el LCSP), y se reitera en el TRLCAP (109 y 167), la LCSP (206 y 207) y el TRLCSF (223 y 224). En la LCE/1965, cada tipo de contrato tenía su elenco completo de causas de resolución (así, para el CGSP en el art. 75).

⁵²⁰ Referencias bibliográficas: ALBI CHOLBI (1960: 594-601), ARIÑO SÁNCHEZ (2005: 1023-1040), BLANQUER CRIADO (2012: 1331-1346 y 1359-1377), DE SOLAS RAFECAS (2005: 949-1022), MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS (2009: 643 y 644), MESTRE DELGADO (2011: 2037-2041 y 2171-2173), ORTEGA JIMÉNEZ (2013:1255-1268); RUIZ OJEDA (2004: 622-635), SARASOLA GORRITI (2003: 404-440) y SOSA WAGNER (2004: 244-245 y 247-250).

específica del servicio». Esta última previsión no consta en el ALCSP, omisión que considero que no ha de privar de fuerza a la prohibición si es que así se expresa en la legislación específica del servicio.

b) La fijación de la causa de resolución y la matización reiterada que se acaba de transcribir plantean la cuestión de los requisitos y los límites en su aplicación.

c) Sobre los requisitos es evidente que, en cualquier caso, la subrogación requerirá que los herederos o sucesores tengan la capacidad y solvencia necesarias para la prestación del servicio público.

d) En cuanto a los límites, el redactado antes transcrito, y la utilización del término «*podrá*» configura la decisión de la Administración como discrecional, bien que, como tal, “debe ser motivada y tener un fundamento objetivo, racional y razonable (artículo 54.1.f) LPAC 30/1992)”.⁵²¹

Sin perjuicio de la coincidencia sobre esta consideración hay que consignar que el RGLCAP/2001 prevé, con carácter no básico, lo siguiente:

«Artículo 110. Muerte e incapacidad sobrevenida del empresario individual.

*1. En los supuestos establecidos en el artículo 112.3 de la Ley el acuerdo de continuación del contrato será adoptado por el órgano de contratación a petición de los herederos o del representante del incapaz.*⁵²²

2. En los casos de muerte e incapacidad sobrevenida del contratista el acuerdo del órgano de contratación de no continuación del contrato no dará derecho alguno a indemnización por el resto del contrato dejado de ejecutar.»

e) Finalmente, en relación con los preceptos señalados hay que consignar una discordancia sobre su carácter. Así, el TRLCSP califica de no básicos tanto el art. 224.3, como el 287.1 (DF^a.3), declaración que corrobora el RGLCAP/2001 (art.110). En cambio, el ALCSP no incluye entre los preceptos no básicos el relativo a la matización de que «*cuando la causa de resolución sea la muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual la Administración podrá acordar la continuación del contrato con sus herederos o sucesores*» (art. 210.3 en relación con la DF), lo que

⁵²¹ BLANQUER CRIADO (2012: 1332); la referencia a la necesidad de motivación de los actos discrecionales se localiza en el art. 35.1.i) de la LPAC/2015.

⁵²² La referencia al art. 112.3 es al TRLCAP/2000, cuyo redactado coincide con el del art. 224.3 del TRLCSP/2011 y el 210.3 del ALCSP.

considero una errata, atendido que no tiene ninguna lógica esta variación sobre la calificación de lo no básico.⁵²³

4.13.2.2. La extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista (TRLCSP, 223 y ALCSP, 209.1, letras a y 2º inciso).

El criterio general es que la extinción de la personalidad jurídica del contratista, cuando este no es persona física, determina la resolución del contrato. Sin embargo, el propio art. 223.a, 2º inciso, del TRLCSP determina que ese criterio debe entenderse, «*sin perjuicio de lo previsto en el artículo 85*», intitulado «*Supuestos de sucesión del contratista*». Por su parte, en el ALCSP la mención es «*sin perjuicio de lo previsto en el artículo 98 relativo a la sucesión del contratista*». Tales preceptos prevén los siguientes supuestos:

a) En el TRLCSP (85):

- *«En los casos de fusión de empresas en los que participe la sociedad contratista, continuará el contrato vigente con la entidad absorbente o con la resultante de la fusión, que quedará subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes del mismo.*

- *Igualmente, en los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas, continuará el contrato con la entidad a la que se atribuya el contrato, que quedará subrogada en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, siempre que tenga la solvencia exigida al acordarse la adjudicación o que las diversas sociedades beneficiarias de las mencionadas operaciones y, en caso de subsistir, la sociedad de la que provengan el patrimonio, empresas o ramas segregadas, se responsabilicen solidariamente con aquélla de la ejecución del contrato. Si no pudiese producirse la subrogación por no reunir la entidad a la que se atribuya el contrato las condiciones de solvencia necesarias se resolverá el contrato, considerándose a todos los efectos como un supuesto de resolución por culpa del adjudicatario.»*

b) En el ALCSP (98), se incorporan unas menciones a la comunicación por parte de las empresas y a las uniones temporales de empresas, y se reproducen los mismos supuestos que se han transcrito, si bien en el segundo, además de la solvencia exigida, se requiere que el contratista sucesor *reúna las condiciones de capacidad y*

⁵²³ Que se trata de una errata lo refuerza el hecho de que el TRLCSP califica como básico el art. 224. 2 (DF2ª.3), referido a *la declaración de insolvencia*, que en el ALCSP es calificado como no básico (DF1ª. 3. 2º pfo. en relación con el art. 210.2), y recáigase en el hecho de que este precepto incluye la causa de resolución de *las modificaciones del contrato en los casos en que no se den las circunstancias establecidas en los artículos 202 y 203, darán siempre lugar a la resolución del contrato*, novedad incorporada en el Anteproyecto en atención a su dimensión comunitaria, lo que exige su calificación como básica.

ausencia de prohibición de contratar, requisitos cuya exigencia es indiscutible, No obstante estas incorporaciones, éstas se olvidan en el inciso final del precepto como circunstancias cuya no concurrencia determinan la resolución, omisión que puede salvarse mediante una interpretación integradora, aunque lo idóneo sería corregirla en el proyecto de ley correspondiente.⁵²⁴

⁵²⁴ En tal caso, el precepto del ALCSP debería quedar redactado así (en negrita las incorporaciones):

«Artículo 98. Supuestos de sucesión del contratista

1. *En los casos de fusión de empresas en los que participe la sociedad contratista, continuará el contrato vigente con la entidad absorbente o con la resultante de la fusión, que quedará subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes del mismo. Igualmente, en los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas, continuará el contrato con la entidad a la que se atribuya el contrato, que quedará subrogada en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, siempre que reúna las condiciones de capacidad, ausencia de prohibición de contratar, y la solvencia exigida al acordarse al adjudicación o que las diversas sociedades beneficiarias de las mencionadas operaciones y, en caso de subsistir, la sociedad de la que provengan el patrimonio, empresas o ramas segregadas, se responsabilicen solidariamente con aquéllas de la ejecución del contrato. Si no pudiese producirse la subrogación por no reunir la entidad a la que se atribuya el contrato las condiciones de **capacidad, ausencia de prohibición de contratar, y solvencia** necesarias se resolverá el contrato, considerándose a todos los efectos como un supuesto de resolución por culpa del adjudicatario.*

A los efectos anteriores la empresa deberá comunicar al órgano de contratación la circunstancia que se hubiere producido.

2. *Cuando el contratista inicial sea una unión temporal de empresas, se estará a lo establecido en el artículo 69.»*

De la regulación establecida sobre las uniones temporales de empresas en el Anteproyecto, resultan de especial aplicación las determinaciones de los apartados 8 y 9 del art. 69, cuyo texto se reproduce a continuación:

«Artículo 69. Uniones de empresarios

1. *Podrán contratar con el sector público las uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto, sin que sea necesaria la formalización de las mismas en escritura pública hasta que se haya efectuado la adjudicación del contrato a su favor.*

2. *Los empresarios que concurren agrupados en uniones temporales quedarán obligados solidariamente y deberán nombrar un representante o apoderado único de la unión con poderes bastantes para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones que del contrato se deriven hasta la extinción del mismo, sin perjuicio de la existencia de poderes mancomunados que puedan otorgar para cobros y pagos de cuantía significativa.*

A efectos de la licitación, los empresarios que deseen concurrir integrados en una unión temporal deberán indicar los nombres y circunstancias de los que la constituyan y la participación de cada uno, así como que asumen el compromiso de constituirse formalmente en unión temporal en caso de resultar adjudicatarios del contrato.

3. *La duración de las uniones temporales de empresarios será coincidente, al menos, con la del contrato hasta su extinción.*

4. *Para los casos en que sea exigible la clasificación y concurren en la unión empresarios nacionales, extranjeros que no sean nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea ni de un Estado signatario del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y extranjeros que sean nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado signatario del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, los que pertenezcan a los dos primeros grupos deberán acreditar su clasificación, y estos últimos su solvencia económica, financiera y técnica o profesional.*

5. *A los efectos de valorar y apreciar la concurrencia del requisito de clasificación, respecto de los empresarios que concurren agrupados se atenderá, en la forma que reglamentariamente se determine, a las características acumuladas de cada uno de ellos, expresadas en sus respectivas clasificaciones. En todo caso, será necesario para proceder a esta acumulación*

4.13.2.3 La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento (TRLCSF, 223 y ALCSP, 209.1, letra b).

La aplicación de estas causas difiere según el texto.

que todas las empresas hayan obtenido previamente la clasificación como empresa de obras, sin perjuicio de lo establecido para los empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea y de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo en el apartado 4 del presente artículo.

6. Los empresarios que estén interesados en formar las uniones a las que se refiere el presente artículo, podrán darse de alta en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público, que especificará esta circunstancia. Si ya estuvieran inscritos en el citado Registro únicamente deberán comunicarle a éste, en la forma que se establezca reglamentariamente, su interés en el sentido indicado.

7. Si durante la tramitación de un procedimiento y antes de la formalización del contrato se produjese la modificación de la composición de la unión temporal.

de empresas, ésta quedará excluida del procedimiento. No tendrá la consideración de modificación de la composición la alteración de la participación de las empresas siempre que se mantenga la misma clasificación. Quedará excluida también del procedimiento de adjudicación del contrato la unión temporal de empresas cuando alguna o algunas de las empresas que la integren deviniese en prohibición de contratar.

8. Las operaciones de fusión, escisión y aportación o transmisión de rama de actividad de que sean objeto alguna o algunas empresas integradas en una unión temporal no impedirán la continuación de ésta en el procedimiento de adjudicación. En el caso de que la sociedad absorbente, la resultante de la fusión, la beneficiaria de la escisión o la adquirente de la rama de actividad, no sean empresas integrantes de la unión temporal, será necesario que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en prohibición de contratar y que se mantenga la solvencia, la capacidad o clasificación exigida.

9. Formalizado el contrato de una unión temporal de empresas, se observarán las siguientes reglas:

a) Cuando la modificación de la composición de la unión temporal suponga el aumento del número de empresas, la disminución del mismo, o la sustitución de una o varias por otra u otras, se necesitará la autorización previa y expresa del órgano de contratación, debiendo haberse ejecutado el contrato al menos en un 20 por ciento de su importe o, cuando se trate de un contrato de concesión de obras o concesión de servicios, que se haya efectuado su explotación durante al menos la quinta parte del plazo de duración del contrato. En todo caso será necesario que se mantenga la solvencia o clasificación exigida y que en la nueva configuración de la unión temporal las empresas que la integren tengan plena capacidad de obrar y no estén incursas en prohibición de contratar.

b) Cuando tenga lugar respecto de alguna o algunas empresas integrantes de la unión temporal operaciones de fusión, escisión o transmisión de rama de actividad, continuará la ejecución del contrato con la unión temporal adjudicataria. En el caso de que la sociedad absorbente, la resultante de la fusión, la beneficiaria de la escisión o la adquirente de la rama de actividad, no sean empresas integrantes de la unión temporal, será necesario que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en prohibición de contratar y que se mantenga la solvencia, la capacidad o clasificación exigida.

c) Cuando alguna o algunas de las empresas integrantes de la unión temporal fuesen declaradas en concurso de acreedores y aún cuando se hubiera abierto la fase de liquidación, continuará la ejecución del contrato con la empresa o empresas restantes siempre que éstas cumplan los requisitos de solvencia o clasificación exigidos.»

Por lo que se refiere a las concordancias con las Directivas de los preceptos del ALCSP, son las siguientes:

- Respecto del art. 69: D 2014/23/UE, art. 26. 2 y .3; y D 2014/24/UE, art. 19. 2 y .3 y 63.
- Y del art. 98: D 2014/23/UE, art. 72.1.d y CDO 110; y D 2014/24/UE, art 43.1.d)

a) En el Texto refundido de 2011, la aplicación de esta causa de resolución se halla concretada por dos determinaciones más del propio TRLCSP:

a.1) «*La declaración de insolvencia en cualquier procedimiento y, en caso de concurso, la apertura de la fase de liquidación, darán siempre lugar a la resolución del contrato*» (art. 224.2).

a.2) «*En caso de declaración de concurso y mientras no se haya producido la apertura de la fase de liquidación, la Administración potestativamente continuará el contrato si el contratista prestare las garantías suficientes a juicio de aquélla para su ejecución*» (art. 224.5).

b) En el caso del Anteproyecto las prescripciones son las siguientes:

b.1) «*La declaración de insolvencia en cualquier procedimiento dará siempre lugar a la resolución del contrato*» (ALCSP, 210. 2, 1r inciso).

b.2) «*En caso de concurso, aun cuando ya se hubiere producido la apertura de la fase de liquidación, la Administración potestativamente continuará el contrato si razones de interés público así lo aconsejan, y siempre y cuando el contratista prestare las garantías suficientes a juicio de aquélla para su ejecución*» (ALCSP, 210.5).

Con esta regulación la Administración se habilita para mantener el contrato aún después de la apertura de la fase de liquidación, sobre la base de la concurrencia de razones de interés público y prestación de garantías suficientes.

No debe pasar inadvertida la gran trascendencia de esta previsión, que intenta encontrar el siempre difícil punto de equilibrio entre los derechos de los contratistas y sus posibilidades de continuar desarrollando sus prestaciones en circunstancias adversas, y las garantías para la Administración. En esta tarea de conciliación adquiere un valor interpretativo notable el pronunciamiento del Consejo de Estado al respecto del art. 210 del ALCSP, sobre *aplicación de las causas de resolución*, en este caso que se analiza. El Alto órgano consultivo dice así (Dictamen núm. 1116/2015, de 10.3.2016, p. 217 a 219):

«La principal novedad que se introduce en la aplicación de las causas de resolución versa sobre la derivada del concurso de la entidad contratista. A este respecto, el apartado 5 del precepto mencionado señala que, "*en caso de concurso, aun cuando ya se hubiere producido la apertura de la fase de liquidación, la Administración potestativamente continuará el contrato si razones de interés público así lo aconsejan, y siempre y cuando el contratista prestare las garantías suficientes a juicio de aquélla para su ejecución*".

Con esta previsión se consuma la evolución legislativa tendente a privar de automatismo a la resolución de los contratos administrativos a raíz del concurso de acreedores. De acuerdo con los artículos 113.2 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, y 112.2 del texto refundido que la reemplazó, *"la declaración de quiebra, de concurso de acreedores, de insolvente o de fallido en cualquier procedimiento originará siempre la resolución del contrato"*. Únicamente en la quita y espera y en la suspensión de pagos, la Administración podía continuar el contrato si el contratista prestaba las garantías suficientes para la ejecución del mismo.

Por su parte, tanto la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (artículo 207 .5), como su texto refundido posterior (artículo 224.5), dictados tras la transformación de la terminología y régimen jurídico de las situaciones de insolvencia patrimonial que supuso la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, modularon el carácter automático de la resolución de los contratos administrativos a raíz de la declaración del concurso, distinguiendo dos supuestos: mientras no se haya producido la apertura de la fase de liquidación, la Administración potestativamente continuará el contrato si el contratista prestare las garantías suficientes a juicio de aquella para su ejecución; en cambio, la apertura de la fase de liquidación dará lugar en todo caso a la resolución del contrato.

El anteproyecto pretende culminar esta evolución descartando que la apertura de la fase de liquidación se asocie necesariamente con la extinción del contrato por causas sobrevenidas o, dicho a la inversa, permitiendo que la Administración renuncie a resolver el contrato, a lo que está facultada, cuando cuente con garantías suficientes de la ejecución y concurra un segundo requisito -hasta ahora, no mencionado expresamente-, que se aprecien razones de interés público para justificar la continuidad.

No se opone el Consejo de Estado a este planteamiento. La privación de carácter automático a la extinción contractual en caso de apertura de la fase concursal de liquidación no empece la prerrogativa de la Administración para declarar la resolución; es más, la falta de ejercicio de esta prerrogativa tendrá que estar fundada en razones de interés público y respaldada por garantías suficientes de la ejecución. Por lo tanto, el cambio analizado tendrá como virtualidad dotar a la Administración de un margen de discrecionalidad para decidir si opta por la continuidad del contrato en las

circunstancias expuestas. Se huye así "del estigma que pesa todavía sobre el concurso, como consecuencia de una concepción histórica y cultural, y sin que se haya conseguido aumentar el grado de satisfacción de los acreedores ordinarios" (exposición de motivos de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal).

Lo anterior no oculta las condiciones extraordinarias que han de concurrir para que sea factible la pervivencia del vínculo contractual que une a la Administración con una sociedad en liquidación, por lo pronto por la dificultad que esta habrá de afrontar para aportar garantías de ejecución de las prestaciones pactadas. Pero no es imposible imaginar un supuesto en el que la apertura de la fase de liquidación tenga lugar cuando el contrato esté próximo a su cumplimiento, supuesto en el que genera para la Administración mayores inconvenientes la resolución y posterior licitación del trabajo remanente que su finalización por la entidad en concurso. Incluso, la pervivencia del vínculo contractual en la fase de liquidación puede favorecer la continuación de la actividad empresarial, facilitando, fundamentalmente, la venta del conjunto de los establecimientos y explotaciones del concursado o de cualesquiera otras unidades productivas. A esta finalidad está orientado el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, después tramitado como proyecto legislativo aprobado como Ley 9/2015, de 25 de mayo, de igual título, que, con el fin de fomentar la adquisición de unidades productivas de empresas en concurso de acreedores, introdujo la subrogación *ipso iure* del adquirente en los contratos y licencias administrativas de que fuera titular el cedente (artículo 146 bis de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal).

Atendiendo a este conjunto de factores, puede permitirse la continuidad del contrato con una entidad en liquidación, pero siempre adoptando las máximas cautelas para que no se resienta el interés público» (Dictamen núm. 1116/2015, p. 217 a 219; los entrecorillados y las cursivas son del Consejo de Estado).

Sentado todo lo anterior, debe consignarse que las previsiones transcritas no tienen carácter básico, tal como prescriben el TRLCSP (DF2^a.3 en relación con el art. 224.5) y el ALCSP (DF1^a.3, 2º pfo. en relación con el art. 210.5), declaración que estimo inadecuada por cuanto entiendo que no debería posibilitarse un tratamiento diferenciado en función de la legislación que pudieran dictar las Comunidades

Autónomas y sin que conste un pronunciamiento expreso al respecto del Consejo de Estado.⁵²⁵

4.13.2.4 El mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista (TRLCSF, 223.c y ALCSP, 209.1.c y 210.4).

El mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista como causa de resolución está sujeto a varias limitaciones:

a) Según prescriben el TRLCSF y el ALCSP, «*la resolución por mutuo acuerdo sólo podrá tener lugar cuando no concurra otra causa de resolución que sea imputable al contratista, y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato*» (art. 224.4 y 210.4, respectivamente).

b) El Consejo de Estado había sido especialmente exigente sobre la aplicación de este supuesto. Así, “ha venido remarcando el carácter excepcional de esta causa (Dictamen de 21 de diciembre de 1967) y la necesidad de que responda realmente a una causa de interés público (Dictamen de 17 de marzo de 1966); de donde se sigue la improcedencia de su aplicación cuando esconde tras de sí un incumplimiento del contratista (Dictamen de 7 de noviembre de 1968)”.⁵²⁶

c) Mientras que, según el tenor legal transcrito, el incumplimiento del contratista impide la resolución por mutuo acuerdo, ésta es posible si la Administración ha incumplido alguna de sus obligaciones, por lo que puede estar obligada a indemnizar al concesionario.⁵²⁷

⁵²⁵ En relación con esta posibilidad debe precisarse que la legislación en esta materia concursal a la que alude el Alto órgano consultivo en los párrafos transcritos de su Dictamen, recoge como expresión del título competencial la siguiente: *se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.6.ª de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación mercantil y de legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas*. Concretamente, recogen esa previsión el RD Ley 11/2014 (DF4ª) y la L 9/2015 (DF9ª), mientras que la L 38/2011 (DF2ª), reproduce tan sólo la referencia a la competencia exclusiva estatal del art. 149.1.6ª CE, sin mención alguna a la legislación autonómica.

⁵²⁶ MESTRE DELGADO (2011: 2038-2039).

⁵²⁷ BLANQUER CRIADO (2012: 1334).

Y ello resultaría amparado tanto por el TRLCSP como el ALCSP, que prescriben que *“el incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones del contrato determinará para aquélla, con carácter general, el pago de los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista”* (art. 224.2 y 210.7, respectivamente).

d) Debe consignarse la relación que puede establecerse entre esta causa y la relativa a la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados (TRLCSP, 223.g y ALCSP, 209.1.g), objeto de análisis posterior.

Asimismo, la grave crisis económica sufrida ha planteado con mayor frecuencia la posibilidad de aplicar la causa que se estudia en su modalidad de *mutuo disenso*, factible en la medida en que pueda acreditarse la no concurrencia de otra causa de resolución y el interés público en la extinción.⁵²⁸

e) Finalmente, si concurren todos los requisitos exigidos, se prevé que *“cuando la resolución se produzca por mutuo acuerdo, los derechos de las partes se acomodarán a lo válidamente estipulado por ellas”* (TRLCSP, art. 225.1 y ALCSP, 211.1).⁵²⁹

4.13.2.5 No aplicación de la causa sobre la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista

El tratamiento por los textos respectivos es distinto, lo que aconseja su comentario por separado.

a) No aplicación de la causa sobre la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y el incumplimiento del plazo señalado en la letra c) del apartado 2 del artículo 112 (TRLCSP, art. 223.d).

Por prescripción expresa del TRLCSP, no es de aplicación al contrato de gestión de servicios públicos (CGSP) y, por tanto, a la concesión (art. 286, primer inciso), la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y el incumplimiento

⁵²⁸ Sobre la problemática de la crisis económica, el mutuo acuerdo y la insolvencia de los contratistas véase VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA (2013).

⁵²⁹ No le falta razón a ORTEGA JIMÉNEZ al apuntar que, además de derechos, también las *obligaciones* deberían acomodarse a lo estipulado (2013: 1263), omisión que es salvable sobre la base del carácter bilateral de los contratos públicos y el razonamiento de que los derechos de una parte se corresponden con las obligaciones de la otra.

del plazo señalado en la letra c) del apartado 2 del artículo 112, cuyo tenor es el siguiente:

«El plazo de inicio de la ejecución del contrato no podrá ser superior a quince días hábiles, contados desde la formalización. Si se excediese este plazo, el contrato podrá ser resuelto, salvo que el retraso se debiera a causas ajenas a la Administración contratante y al contratista y así se hiciera constar en la correspondiente resolución motivada».

La inaplicación de esta causa de resolución obedece a la vinculación de la misma con los art. 212 y 213 del TRLCSP, sobre *«ejecución defectuosa y demora»* y *«resolución por demora y prórroga de los contratos»*, respectivamente, que tampoco son aplicables al CGSP y a la concesión por imperativo del art. 276 del mismo Texto, que excluye las penalidades en atención a las especialidades de tales contratos y al régimen sancionador propio de éstos, tal como ya tuvimos ocasión de exponer (epígrafe 4.5).

b) No aplicación de la causa sobre la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista (ALCSP, 209.1.d)

La no aplicación de la causa citada a la concesión de servicios la prescribe expresamente el ALCSP (292.1^ª inciso). Ello responde a la razón correlativa señalada en el apartado anterior: la vinculación de la misma con los art. 190.2 y 191 del ALCSP, sobre *«incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso»* y *«demora en la ejecución»*, respectivamente, que tampoco son aplicables a la concesión por imperativo del art. 284 del mismo Anteproyecto, que excluye las penalidades en atención a las especialidades de dicho contrato y al régimen sancionador propio de éste, tal como ya se ha detallado (epígrafe 4.5).

No se recoge en el Anteproyecto, sin embargo, la fijación como causa de resolución del incumplimiento del plazo señalado para el inicio del contrato. Este plazo se fija ahora en un mes como máximo en referencia a los expedientes calificados de urgentes, aunque sin establecer añadido alguno (ALCSP, 119.2.c). Y entiendo que ya no se recoge en razón de que una de dos: o rigen los criterios generales sobre incumplimiento o demora prescritos en los preceptos 190.2 y 191 mencionados, o son de aplicación disposiciones específicas de cada contrato (sobre suspensión, por ejemplo). En cualquier caso, a los efectos de la concesión de servicios no se aplica la referida causa de resolución.

4.13.2.6 Irrelevancia en la legislación básica de la no aplicación de la causa sobre la demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido

Como en el caso precedente, es conveniente diferenciar el estudio de los respectivos preceptos.

a) Irrelevancia en la legislación básica de la no aplicación de la causa sobre la demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido en el apartado 6 del artículo 216 o el inferior que se hubiese fijado al amparo de su apartado 8 (TRLCSF, art. 223.e).

El art. 286, primer inciso, del TRLCSF determina la inaplicación al CGSP y a la concesión, en particular, de la causa contenida en la letra d) del art. 223 del mismo, sobre *«la demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido en el apartado 6 del artículo 216 o el inferior que se hubiese fijado al amparo de su apartado 8»*. Dicha excepción tenía su lógica y obedecía a lo siguiente:

a.1) El régimen general de los contratos establece que la demora en el pago superior a 4 meses autoriza al contratista a instar la suspensión del contrato (TRLCSF, art. 216.5 en relación con el 220).

Ese régimen no es de aplicación a los contratos de gestión de servicios públicos atendido que la prestación de éstos no puede interrumpirse en aplicación de los principios de continuidad y regularidad, como ya hemos expuesto (epígrafes 4.5 y 4.7.4, d.3).

a.2) Hasta su modificación por la L 14/2013, de 27.9, el régimen general de los contratos establecía que la demora en el pago superior a 8 meses autorizaba al contratista a instar la resolución del contrato (TRLCSF, 216.6). Y dicha previsión general no era de aplicación, según prescribía la letra d) del art. 223, porque para el CGSP y, por tanto, para la concesión se consigna, como causa específica de resolución, *«la demora superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega al contratista de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato»* (art. 286.a del TRLCSF).

a.3) Se producía, así, una suerte de *término medio* de 6 meses, como causa de resolución específica de los CGSP, por contraste con los plazos generales de 4 y 8 meses que, en el régimen general, autorizaban a instar, respectivamente, la suspensión o la resolución del resto de contratos.

Precisado todo lo anterior, el plazo de demora en el pago como causa general de resolución del contrato quedó fijado en 6 meses (nuevo redactado del art. 216.6, en relación con el 223.d), introducido por el art. 47 la L 14/2013), viniendo a coincidir así con el mismo plazo de 6 meses que como causa de resolución específica se establecía para el CGSP y, en consecuencia, para la concesión (TRLCS, 286.a).

Atendida la unificación de plazos señalada, ha devenido irrelevante en la legislación básica la excepción prevista para el CGSP, sobre aplicación de la causa general de la demora en el pago (TRLCS, 286, primer inciso en relación con el 223.d y 216.6). Sin embargo, en razón del carácter básico del precepto que la dispone, dicha excepción quedaría sin efecto en el supuesto de que el plazo de 6 meses se redujera por la Comunidad Autónoma respectiva, haciendo uso de la posibilidad prevista (TRLCS, 216.6 y 8). De aprobarse tal reducción operaría para los contratos en general, incluidos el CGSP y la concesión, en particular.

b) Irrelevancia en la legislación básica de la no aplicación de la causa sobre la demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido en el apartado 6 del artículo 196 o el inferior que se hubiese fijado al amparo de su apartado 8 (ALCS, art. 209.e).

El largo detalle de consideraciones y preceptos desarrollado para explicar la situación en el TRLCS ahorra su reiteración para el caso del Anteproyecto, toda vez que, por inercia, se ha mantenido la exclusión de esta causa general de resolución para la concesión (art. 292.1r inciso y 209.1.e), pero consignándola –aunque coincida– como causa específica de la misma (art. 292.a), y respecto de la cual habremos de volver en su análisis diferenciado. Precisado lo anterior, rigen para las concesiones de servicios las mismas consideraciones para el caso de que el plazo se redujera por la Comunidad Autónoma respectiva, en el sentido de su aplicación para los contratos distintos de la concesión de servicios.

4.13.2.7 El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato según el TRLCSP (art. 223.f).

Sobre esta causa de resolución prevista en el Texto refundido, en algunos aspectos distinta de la regulada en el Anteproyecto, procede efectuar las consideraciones siguientes:

a) La aplicación de esta causa requerirá que en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) se hayan definido las obligaciones esenciales del concesionario, cuyo detalle puede haberse reiterado en el contrato o ampliado, incluso, si se añadieron algunas de resultas de la aceptación de su oferta.

b) Con carácter general se prevé que *«cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada»* (TRLCSP, art. 225.3).

Y se añade que *«en todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida. Sólo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable»* (TRLCSP, art. 225.4).

c) El Reglamento de Servicios de 1955 reguló un caso específico de incumplimiento de sus obligaciones esenciales por el concesionario: la denominada **declaración de caducidad**. Esta figura se localiza en el RS en los siguientes términos:

«Artículo 136.

1. Procederá la declaración de caducidad de la concesión en los supuestos previstos en el pliego de condiciones y, en todo caso, en los siguientes:

a. Si levantado el secuestro, el concesionario volviera a incurrir en las infracciones que lo hubieren determinado o en otras similares, y

b. Si el concesionario incurriera en infracción gravísima de sus obligaciones esenciales.

2. La declaración de caducidad en el caso previsto en el apartado b del párrafo anterior, requerirá previa advertencia al concesionario, con expresión de las deficiencias que hubieren de motivarla.

3. En dicho supuesto, la caducidad podrá declararse cuando, transcurrido un plazo prudencial, no se hubieren corregido las deficiencias advertidas imputables al concesionario».

Para aplicar esa declaración de caducidad el RS regula un trámite ciertamente complejo:

«Artículo 137.

1. La declaración de caducidad se acordará por la Corporación y determinará el cese de la gestión del concesionario, la incautación de los elementos de la empresa afectos al servicio, para asegurar la prestación del mismo, y la convocatoria de licitación para adjudicar nuevamente la concesión.

2. A este efecto, en el plazo de un mes desde que la caducidad hubiere sido ejecutada, la Corporación incoará expediente de justiprecio de la concesión, sin modificar ninguna de las cláusulas de la misma y con intervención del titular caducado, que se decidirá en defecto de acuerdo por el jurado provincial de expropiación y conforme al procedimiento de la Ley de Expropiación Forzosa.

3. Acordada la tasación o aprobada por el jurado provincial de expropiación, la Corporación convocará, en el plazo de un mes, licitación sobre dicha base, para adjudicar nuevamente la concesión con arreglo al mismo pliego de condiciones que viniera rigiendo anteriormente; y el producto de la licitación se entregará al concesionario caducado.

4. Si la primera licitación quedare desierta, se convocará la segunda con baja del 25 % del precio de tasación; y si también quedare desierta, los bienes e instalaciones de la concesión pasarán definitivamente a la Corporación sin pago de indemnización alguna.

5. Si la Corporación no desee continuar la gestión del servicio por concesión, abonará al titular caducado la indemnización que le correspondería en caso de rescate».

d) Sobre la aplicación de la caducidad como causa de resolución de la concesión las opiniones se encuentran divididas:

- Así, se ha afirmado que “la declaración” de caducidad no es obligatoria: el uso de esta contundente medida queda al ejercicio de la potestad discrecional de la Corporación concedente”.⁵³⁰

- “A la vista de esa descripción de la intrincada secuencia de los trámites previstos en el RSCL/1955, se advierte la alambicada complejidad de un procedimiento que es muy difícil, por no decir imposible, que en la práctica se sustancie con la celeridad precisa para garantizar la continuidad del servicio público que reclaman los usuarios”.⁵³¹

⁵³⁰ Sosa Wagner (2004: 245).

⁵³¹ Blanquer Criado (2012: 1376-1377).

- Otro elemento a resaltar es que ese complicado sistema de las dos subastas puede conducir, de quedar desiertas, a la pura confiscación, toda vez que no habrá «pago de indemnización alguna», según prevé el último inciso del art. 137.4 del RS.⁵³²

- A mi entender, la regulación de la declaración de caducidad del RS/1955 se articuló sobre unos presupuestos que habían devenido obsoletos e incompatibles con la legislación básica de contratos.⁵³³

- En consecuencia, me inclino por descartar la caducidad y aplicar la causa de resolución general del art. 223.f del TRLCSP, con los efectos ya señalados sobre la indemnización a la Administración por los daños y perjuicios causados.

- Preciado todo lo anterior, hay que significar que se ha vuelto, en cierta medida, al sistema de las dos subastas como mecanismo para fijar la valoración de las inversiones efectuadas por el concesionario en el supuesto de incumplimiento culpable del mismo. Así ha sido como consecuencia de la L 40/2015, de 1.1, de Régimen Jurídico del Sector Público, que ha modificado el TRLCSP, en relación con los efectos de la resolución por causa no imputable a la Administración, lo que incluye, obviamente, el incumplimiento culpable del contratista, y que afecta a la concesión de obras y a la concesión de servicios (TRLCSP, 271.1 y 288.1, respectivamente), tal como se analiza posteriormente con detalle (epígrafes 4.14 a 4.16).

e) En cualquier caso, lo que debe enfatizarse es la necesidad de consignar en el PCAP cuáles con las obligaciones que, expresamente, se califican como esenciales, pues, de no hacerlo, ya sea por haber olvidado el detalle de las obligaciones del

⁵³² De hecho, ya ALBI CHOLBI consideró contraria al art. 32.2 del Fuero de los Españoles de 17 de julio de 1945! esa excepción al principio “en virtud del cual nadie puede ser expropiado sin indemnización” (1960: 599).

⁵³³ Pese a que el ROAS/1995 catalán sí que reproduce las previsiones sobre la declaración de caducidad (art. 261.3), el RBASO/2002 aragonés omite cualquier referencia a dicha figura y opta por una regulación ajustada a la legislación básica de contratos:

«El incumplimiento por el concesionario de sus obligaciones contractuales dará lugar a las consecuencias previstas en el pliego de cláusulas de explotación. A tal efecto podrá imponérsele, en función de la gravedad del incumplimiento, multas, penalizaciones económicas, la intervención de la concesión o la resolución de contrato» (art. 281).

En este sentido hay que recordar que el RD 1098/2001, de 12.10, por el que se aprobó el RGLCAP, en su disposición derogatoria única (apartado 1.f), dispuso que conservaba su vigencia «el Título III del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (cuyos art. 113 a 147 se refieren a la gestión indirecta) (...) en cuanto no se oponga a lo establecido en la Ley (la LCAP/1995) y en este Reglamento».

concesionario, ya sea por no haberlas adjetivado así, será difícil que pueda plantearse la viabilidad jurídica de la aplicación de esta causa.⁵³⁴

De todas formas, debe recordarse que el TRLCSP contiene diversas menciones a la calificación como esenciales de diversas obligaciones y a su remisión a los pliegos.⁵³⁵

4.13.2.8 El incumplimiento de la obligación principal del contrato y las restantes esenciales consignadas de manera precisa, clara e inequívoca según el ALCSP, (209.1.f).

⁵³⁴ Una alternativa a esa calificación en el marco del TRLCSP puede ser la inclusión de los incumplimientos como causas de resolución específicas del contrato, como veremos después (epígrafe 4.13.2.11).

⁵³⁵ En este sentido, se recopilan las siguientes obligaciones esenciales (ROMAR VILLAR):
"a) El compromiso de dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello "(...) *Estos compromisos se integrarán en el contrato, pudiendo los pliegos o el documento contractual, atribuirles el carácter de obligaciones esenciales a los efectos previstos en el artículo 223.f.(...)*" (Art. 64 TRLCSP -Art.53 LCSP-).
b) Las condiciones especiales de ejecución del contrato de tipo medioambiental, social etc. a las que hace referencia el artículo 118 TRLCSP (102 LCSP), el cual contempla la posibilidad de que " *Los pliegos o el contrato podrán establecer penalidades, conforme a lo prevenido en el artículo 212.1, para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución, o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en el artículo 223.f.(...)*"
c) Cumplimiento defectuoso de la prestación tenida en cuenta para definir criterios de adjudicación " *Los pliegos o el contrato podrán establecer penalidades, conforme a lo prevenido en el artículo 212.1, para los casos de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso de la prestación que afecten a características de la misma que se hayan tenido en cuenta para definir los criterios de adjudicación, o atribuir a la puntual observancia de estas características el carácter de obligación contractual esencial a los efectos señalados en el artículo 223.f.)*" (Art.150.6 TRLCSP -134.6 LCSP-).
d) La obligación de subcontratar una parte de la prestación. " *Los órganos de contratación podrán imponer al contratista, advirtiéndolo en el anuncio o en los pliegos, la subcontratación con terceros no vinculados al mismo, de determinadas partes de la prestación que no excedan en su conjunto del 50 % del importe del presupuesto del contrato, cuando gocen de una sustantividad propia dentro del conjunto que las haga susceptibles de ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación profesional o poder atribuirse su realización a empresas con una clasificación adecuada para realizarla. / Las obligaciones impuestas conforme a lo previsto en el párrafo anterior se considerarán condiciones especiales de ejecución del contrato a los efectos previstos en los artículos 212.1 y 223.f.)*" (Art.227.7 TRLCSP -210.7 LCSP-). (Nota: Es de destacar que a diferencia de las otras tres señaladas en este apartado, la ley otorga a esta obligación el carácter de esencialidad por el hecho de recogerse en el anuncio o en los pliegos, no siendo pues necesario que dichos documentos o el contrato señalen de modo expreso su carácter esencial)."

Fuente: [http://contratodeobras.com/t2o-resolucion-del-contrato-administrativo/](http://contratodeobras.com/t2o-resolucion-del-contrato-administrativo/http://contratodeobras.com/t2o-resolucion-del-contrato-administrativo/); consulta 9.9.2915.

Aunque sobre la mención a la obligación consignada en la letra d) hay que recordar la regla de la accesoriadad de la subcontratación en las concesiones de servicios (epígrafe 4.18), que no rige, sin embargo, cuando incluyen la ejecución de obras y respecto de éstas.

Aunque guarda analogías con la causa anteriormente comentada del TRLCSP, se advierten elementos diferenciados en el Anteproyecto que establece como causa de resolución la siguiente (art 209.1.f):

«El incumplimiento de la obligación principal del contrato.

Serán, asimismo causas de resolución del contrato, el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los Pliegos o en el correspondiente documento descriptivo, cuando concurren los dos requisitos siguientes:

1º. Que las mismas respeten los límites que el apartado 1 del artículo 34 establece para la libertad de pactos.

2º. Que figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general.»

Sobre la transcrita regulación cabe formular las consideraciones siguientes:

1ª) Se mantiene la exigencia de que las *obligaciones esenciales* se califiquen así en el PCAP (o en el documento descriptivo si se aplica el diálogo competitivo, ex 118.3 y 172.1), pero se incrementa el nivel de detalle con el requisito de que *figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca*,⁵³⁶ y se añade *no siendo admisibles cláusulas de tipo general*.

2ª) Se fija también el requisito de respeto a los límites que establece el art. 34.1 del ALCSP para la libertad de pactos, esto es, *siempre no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración*.

3ª) Aunque la exigencia y los requisitos se establecen respecto de las obligaciones esenciales, cabe entender que alcanzar también a la obligación principal del contrato, citada en el primer inciso del art. 209.1.f del ALCSP.

4ª) Hay que advertir que en el Anteproyecto no se contiene una cláusula de captación como la que figura en el TRLCSP, sobre *las otras causas establecidas en el contrato* (art. 223.h), objeto de análisis posterior.

En sede, pues, del ALCSP las causas no emanadas directamente de las previsiones legales deberán concentrarse en este supuesto de *obligaciones esenciales* y con las garantías que comentamos. Estimo que este planteamiento es más riguroso que el del

⁵³⁶ Se utiliza el mismo requerimiento que el establecido para las modificaciones del contrato previstas en el PCAP (ex ALCSP, 202), que toman sus referencias de las Directivas 2014/23 y 24/UE (art 43.1 y 72.1.a, respectivamente), tal como ya se ha tenido oportunidad de comentar (epígrafe 4.9.5.3).

Texto refundido, por lo que debe significarse esta mejora técnico-jurídica. En concordancia con ello, también el Anteproyecto contiene menciones a la calificación como esenciales de diversas obligaciones para su consignación con el pliego.⁵³⁷

5ª) El Consejo de Estado detalla los cambios que se introducen en esta regulación en los siguientes términos (Dictamen núm. 1116/2015, de 10.3.2016, p 218):

«a) Se tipifica como causa de resolución el incumplimiento de la obligación principal del contrato. Tal tipificación viene a resolver la dificultad interpretativa que se ha suscitado cuando el pliego de cláusulas administrativas particulares califica de esenciales varias de las obligaciones accesorias impuestas al contratista, pero omite esta calificación en lo que atañe al objeto mismo del contrato (la realización de la obra, la entrega del suministro o la prestación del servicio) por su obviedad.

⁵³⁷ Así, en correlación con las mencionadas en nota anterior, las obligaciones siguientes:

a) El compromiso de dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello: *“(...) Estos compromisos se integrarán en el contrato, pudiendo los pliegos o el documento contractual, atribuirles el carácter de obligaciones esenciales a los efectos previstos en el artículo 209. (...)”* (ALCSP, 76.2).

b) Las condiciones especiales de ejecución del contrato de tipo medioambiental, social o relativas al empleo. a las que hace referencia el art. 200.3 del ALCSP, el cual contempla la posibilidad de que *“Los pliegos o el contrato podrán establecer penalidades, conforme a lo prevenido en el artículo 212.1, para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución, o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en la letra f del artículo 209(...)”*.

c) Cumplimiento defectuoso de la prestación tenida en cuenta para definir criterios de adjudicación: *“Los pliegos de cláusulas administrativas particulares podrán establecer penalidades, conforme a lo prevenido en el apartado 1 del artículo 190, para los casos de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso de la prestación que afecten a características de la misma, en especial cuando se hayan tenido en cuenta para definir los criterios de adjudicación, o atribuir a la puntual observancia de estas características el carácter de obligación contractual esencial a los efectos señalados en la letra f del artículo 209”* (ALCSP, 122.3).

d) La obligación de subcontratar una parte de la prestación.: *“Los órganos de contratación podrán imponer al contratista, advirtiéndolo en el anuncio o en los pliegos, la subcontratación con terceros no vinculados al mismo, de determinadas partes de la prestación que no excedan en su conjunto del 50 por ciento del importe del presupuesto del contrato, cuando gocen de una sustantividad propia dentro del conjunto que las haga susceptibles de ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación profesional o poder atribuirse su realización a empresas con una clasificación adecuada para realizarla. / Las obligaciones impuestas conforme a lo previsto en el párrafo anterior se considerarán obligaciones esenciales a los efectos previstos en el apartado 1 artículo 190 y en la letra f del artículo 209”* (ALCSP, 312).

Aunque, como en la nota anterior, sobre la mención a la obligación consignada en la letra d) hay que recordar la regla de la accesoriedad de la subcontratación en las concesiones de servicios (epígrafe 4.18), que no rige, sin embargo, cuando incluyen la ejecución de obras y respecto de éstas.

Así, en casos de renuncia del adjudicatario a completar la prestación convenida, resulta claro que la conducta del contratista puede incardinarse en el ámbito del artículo 223.f) del TRLCSP, en tanto que incumplimiento de una obligación esencial, incluso aun cuando no estuviera así calificada expresamente en el pliego (dictámenes números 602/2013, de 26 de junio, y 352/2015, de 29 de abril).

b) En el caso de las restantes obligaciones esenciales la calificación sí es imprescindible en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo, exigiéndose, como novedad, que se respeten los límites a la libertad de pactos (interés público, ordenamiento jurídico y principio de buena administración) y que esta calificación esté expresada de manera precisa, clara e inequívoca, descartándose "cláusulas de tipo general". En otras palabras, se trata de impedir que el pliego configure como obligaciones esenciales cuyo incumplimiento determine la resolución contractual todas las obligaciones asumidas por el contratista. Procede recalcar que el listado de causas de resolución contractual no concluye en el artículo 209 con una remisión a las que se establezcan expresamente en el propio contrato. Por consiguiente, para que este efecto extintivo pueda modularse en función de las características propias de cada contrato, la única opción remanente será la identificación en el pliego de dichas obligaciones esenciales, lo que habrá de tenerse en cuenta al confeccionarse el mismo» (los entrecomillados son del Consejo de Estado).

4.13.2.9 La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I del TRLCSP (art. 223.g).

Como se anticipó, con la Ley 2/2011, de *Economía Sostenible*, primero, y el TRLCSP, después, se ha restringido mucho la posibilidad de modificación de los contratos, tal como se ha analizado ya (epígrafe 4.9.3.3). El corolario de esa limitación severa respecto de las posibilidades de modificación contractual lo constituye la inclusión de una nueva causa de resolución del contrato y sus efectos. Así, se establece como nueva causa de resolución del contrato, «*la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos,*

cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I» (TRLCSF, art. 223.g).

Y en relación con esta causa se añaden dos determinaciones más:

- *«Cuando la resolución se acuerde por las causas recogidas en la letra g) del artículo 223, el contratista tendrá derecho a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista»* (TRLCSF, art. 225.5).

- *«Al tiempo de incoarse el expediente administrativo de resolución del contrato por la causa establecida en la letra g) del artículo 223, podrá iniciarse el procedimiento para la adjudicación del nuevo contrato, si bien la adjudicación de éste quedará condicionada a la terminación del expediente de resolución. Se aplicará la tramitación de urgencia a ambos procedimientos.*

Hasta que se formalice el nuevo contrato, el contratista quedará obligado, en la forma y con el alcance que determine el órgano de contratación, a adoptar las medidas necesarias por razones de seguridad, o indispensables para evitar un grave trastorno al servicio público o la ruina de lo construido o fabricado. A falta de acuerdo, la retribución del contratista se fijará a instancia de éste por el órgano de contratación, una vez concluidos los trabajos y tomando como referencia los precios que sirvieron de base para la celebración del contrato. El contratista podrá impugnar esta decisión ante el órgano de contratación que deberá resolver lo que proceda en el plazo de quince días hábiles» (TRLCSF, art. 225.6).

Sobre las determinaciones señaladas cabe formular las consideraciones siguientes:

1ª La resolución del contrato se presenta como la solución al dilema: no es posible legalmente modificar el contrato y tampoco se puede ejecutar la prestación en los términos pactados o, de hacerlo, se producirá una lesión grave al interés público; ante tal perspectiva, el legislador ha abocado a la Administración a poner punto final a la relación contractual, concesional en nuestro caso.

La contundencia de los parámetros legales no ha de obstar, sin embargo, a reconocer la trascendencia y dificultad, en el plano práctico, de la aceptación por parte de la Administración titular del servicio de ese desenlace contractual.

2ª La determinación que se deriva, la indemnización del 3% del importe de la prestación dejada de realizar, no es sino otra consecuencia extremadamente gravosa más, que encuentra su excepción en que *“la causa (de la resolución) sea imputable al contratista”* (inciso final del art. 225.5 del TRLCSP), por lo que no resultará extraño que, atendidos los perfiles críticos de la situación, tal excepción sea alegada por la Administración, obviamente sobre la base de la concurrencia de dicha causa.

Por otra parte, mientras que para los contratos de duración corta (obras, suministros y servicios), el parámetro del 3% fijado puede resultar relativamente fácil de calcular, no lo será en el caso de las concesiones en que reste un plazo dilatado para su finalización, atendida la incidencia de una multiplicidad de factores en la determinación de ese *“importe de la prestación dejada de realizar”*.

3ª La primera de las prevenciones que adopta el legislador ante el desenlace de la resolución contractual, sobre el inicio del nuevo expediente de contratación, aparte de obvia, tiene poca efectividad, condicionada como está a la terminación de aquella.

Más calado tiene la segunda, pues compromete al contratista, al concesionario en nuestro caso, a seguir gestionando el servicio hasta la formalización del nuevo contrato. Aunque podría considerarse una consecuencia obligada del deber genérico de prestación del servicio, que se haya incluido esa previsión en la ley proporciona algo de alivio en la compleja situación que estamos analizando.⁵³⁸

4ª Para acabar, hay que insistir una vez más en la necesidad de realizar un rigurosísimo trabajo de preparación del expediente de contratación y, en particular, de los pliegos. Un estudio de las necesidades exhaustivo y un esfuerzo de imaginación y previsión sobre las condiciones y circunstancias bajo las cuales podrá desarrollarse la modificación de la concesión. Como resultado de ese trabajo y del estudio deberán reflejarse en el PCAP y en PPTP las condiciones y circunstancias de la modificación, con todo el detalle que requiere el TRLCSP (art. 105.1 y 106, en relación con el 282.1).

Y, evidentemente, estos requerimientos no podrán suplirse con remisiones genéricas a los artículos que regulan la modificación de los contratos, pues, de hacerse así, es

⁵³⁸ Como se recordará, esa obligación de seguir gestionando el servicio hasta que otro prestatario se haga cargo del mismo ha sido ya objeto de estudio (epígrafe 4.7.3, d.7).

obvio que no podrá apelarse más que a las previsiones del art. 107 del TRLCSP, cuyo margen es ciertamente muy estrecho, tal como ya hemos visto.⁵³⁹

4.13.2.10 La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 202 y 203; o cuando dándose las circunstancias establecidas en el artículo 203, las modificaciones impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del mismo, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por ciento del precio inicial del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, según el ALCSP (209.1.g).⁵⁴⁰

A) Consideraciones generales

Sobre la base del precedente del TRLSCP comentado en el apartado anterior, el Anteproyecto adapta la causa de resolución a la nueva regulación de la modificación de los contratos (art. 201 a 205), la cual ha sido objeto ya de análisis pormenorizado (epígrafe 4.9.5).

En consonancia con esa regulación, se articula la resolución del contrato partiendo de la *imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados*, en el bien entendido de que se trata de una *imposibilidad legal* por no adecuarse a ninguna de las dos modalidades de modificación arbitradas legalmente (ALCSP, 209.1g y 210.2.1^r pfo.), esto es:

- a) Las modificaciones previstas en el PCAP (ALCSP, 202) y
- b) Las modificaciones no previstas en el PCAP (ALCSP, 203).

La declaración como no básico del art. 210. 2 por el ALCSP (DF1^a. 3.2^o pfo.) y, por ende, de esta causa que venimos comentando cabe entenderla como una errata,

⁵³⁹ En relación con la preparación del PCAP me remito al epígrafe 4.4 y sobre la modificación al epígrafe 4.9.3.3.

⁵⁴⁰ En su versión de abril de 2015, el redactado era el siguiente:
«*La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme al artículo 202; cuando no se den las circunstancias establecidas en el artículo 203 o en los que dándose impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del mismo, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por ciento del precio inicial del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido.*»
En el fondo ambos textos tienen el mismo sentido, aunque ciertamente el de octubre define la causa de resolución de forma más correcta.

atendida la dimensión comunitaria de las modificaciones contractuales, según ya se ha tenido la oportunidad de señalar.⁵⁴¹

Junto a la no-adequación a estas dos posibilidades como causa de resolución del contrato, el Anteproyecto añade una más que tiene las siguientes características (art. 209.1.g):

1ª) Concurren las circunstancias previstas en el art. 203 del mismo (prestaciones adicionales, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles y otras modificaciones no sustanciales con observancia de sus requisitos).

2ª) Pero implican, aislada o conjuntamente, alteraciones en cuantía superior, en más o menos, al 20% del precio inicial del contrato, IVA excluido.

3ª) Y el contratista no acepta la modificación del contrato (ALCSP, 204.2 y 210.2.2º pfo.)

En términos análogos a los de la regulación art. 223.g) del TRLCSP, el Anteproyecto establece que «*el contratista tendrá derecho a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista*» (art. 211.4), resultando en consecuencia aplicables las consideraciones formuladas respecto de aquel precepto.

También lo son las referidas a las prevenciones sobre el inicio del procedimiento de adjudicación del nuevo contrato y a las obligaciones que se imponen al contratista sobre la adopción de medidas en orden a la prestación del servicio en el caso de la

⁵⁴¹ En el epígrafe 4.13.2.1, al reseñar la discordancia entre el texto refundido y el anteproyecto. Así, el TRLCSP califica de no básicos tanto el art. 224.3, como el 287.1 (DF2ª.3), declaración que corrobora el RGLCAP/2001 (art.110). En cambio, el ALCSP no incluye entre los preceptos no básicos el relativo a la matización de que «*cuando la causa de resolución sea la muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual la Administración podrá acordar la continuación del contrato con sus herederos o sucesores*» (art. 210.3 en relación con la DF), lo que debe considerarse una errata, atendido que no tiene ninguna lógica esta variación sobre la calificación de lo básico. Y ello unido al hecho de que el TRLCSP califica como básico el art. 224. 2 (DF2ª.3), referido a la declaración de insolvencia, que en el ALCSP es señalado como no básico (DF1ª. 3. 2º pfo. en relación con el art. 210.2), y a que este precepto incluye esta causa de resolución que se está comentando sobre las *modificaciones del contrato en los casos en que no se den las circunstancias establecidas en los artículos 202 y 203*, que darán siempre lugar a la resolución del contrato, lo que indiscutiblemente debe calificarse como precepto básico en razón de la derivación comunitaria señalada.

concesión previstas en el art. 225.6 del TRLCSP, pero con dos peculiaridades en la redacción del Anteproyecto (211.6):

1ª) Que ya no se circunscribe a esta causa de resolución, sino que se extiende, además, a los supuestos de declaración de concurso o insolvencia, demora en el cumplimiento de plazos por parte del contratista (no aplicable a la concesión de servicios según se ha visto) e incumplimiento de las obligaciones principal y esenciales del contrato en los términos fijados en el art. 209.1, letra f) del ALCSP.⁵⁴²

2ª) Se añade un nuevo párrafo que habilita la intervención de la Administración para garantizar la adopción de medidas si el contratista no puede hacerlo.⁵⁴³

B) Observaciones del Consejo de Estado

El Alto órgano consultivo formula dos observaciones respecto de estos preceptos que venimos comentando:

i) De un lado, al precisar que «se recupera como causa de resolución la modificación del contrato -en los casos del artículo 203, es decir, cuando no esté prevista en los pliegos- por encima del 20% del precio inicial (como sucedía antes de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible), en coherencia con el nuevo régimen de modificación contractual, que atribuye a la misma carácter potestativo una vez superado el aludido límite porcentual» (Dictamen núm. 1116/2015, de 10.3.2016, p. 216 y 217).

⁵⁴² Los términos concretos de la extensión son los siguientes (ALCSP, 211.6, 1ª y 2ª pfs.):
«Al tiempo de incoarse el expediente administrativo de resolución del contrato por las causas establecidas en las letras b), d), f) y g) del apartado 1 del artículo 209, podrá iniciarse el procedimiento para la adjudicación del nuevo contrato, si bien la adjudicación de éste quedará condicionada a la terminación del expediente de resolución. Se aplicará la tramitación de urgencia a ambos procedimientos.

Hasta que se formalice el nuevo contrato, el contratista quedará obligado, en la forma y con el alcance que determine el órgano de contratación, a adoptar las medidas necesarias por razones de seguridad, o indispensables para evitar un grave trastorno al servicio público o la ruina de lo construido o fabricado. A falta de acuerdo, la retribución del contratista se fijará a instancia de éste por el órgano de contratación, una vez concluidos los trabajos y tomando como referencia los precios que sirvieron de base para la celebración del contrato. El contratista podrá impugnar esta decisión ante el órgano de contratación que deberá resolver lo que proceda en el plazo de quince días hábiles.»

⁵⁴³ La habilitación es la siguiente (ALCSP, 211.6, 3ª pfo.): «Cuando el contratista no pueda garantizar las medidas indispensables establecidas en el párrafo anterior, la Administración podrá intervenir garantizando la realización de dichas medidas bien con sus propios medios, bien a través de un contrato con un tercero.»

ii) De otro, al vincular con la causa los efectos de la resolución en los siguientes términos:

«La letra g) del artículo 209.1 del anteproyecto atribuye efecto extintivo del vínculo contractual a la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible la modificación, así como a las modificaciones no previstas en el pliego que impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio en cuantía superior al 20%. Respecto de esta segunda posibilidad, el artículo 210.2 precisa que la resolución basada en tales modificaciones será potestativa para la Administración y para el contratista. Dicho de otro modo, para el caso de modificaciones que puedan descansar en alguno de los supuestos del artículo 203 (en concreto, las obras, suministros o servicios adicionales o la aparición de circunstancias imprevistas, pues nunca podrá hablarse de una modificación no sustancial si supera el 20%, de acuerdo con el anteproyecto), cuando se exceda el aludido umbral pero no se alcance el límite del 50%, la reforma no será obligatoria para el contratista ni la Administración vendrá constreñida a acordarla, por lo que podrá ser procedente la resolución.

Las diferentes circunstancias que pueden conducir a la resolución en virtud del artículo 209.1.g) reciben un mismo tratamiento en cuanto a sus efectos en el artículo 211.4:

"Cuando la resolución se acuerde por las causas recogidas en la letra g) del artículo 209, el contratista tendrá derecho a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista".

La valoración del reconocimiento del referido derecho difiere en función del supuesto:

a) Para el caso de imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible la modificación, el artículo 225.6 del TRLCSP ya atribuye el derecho a dicha indemnización al contratista, lo que resulta comprensible siempre que no sea imputable a este la circunstancia que obligue a la modificación, dado que esta no es jurídicamente viable para preservar la licitación en su día realizada.

b) Tiene sentido la extensión de igual indemnización al supuesto en el que, pudiendo la Administración modificar el contrato dentro de los límites legales, opta por no

hacerlo, toda vez que ambos supuestos guardan gran similitud (se dan las circunstancias para una reforma del vínculo contractual, pero no prospera, bien por no concurrir las condiciones habilitantes, bien por decisión unilateral de la Administración).

c) Sin embargo, no debe surgir el derecho del contratista a cobrar el 3% de la prestación dejada de realizar cuando, planteada la modificación por la Administración y estando la misma amparada por el artículo 203, el contratista decline firmar el proyecto modificado. Y ello por cuanto una cosa es dotar de carácter potestativo a la reforma contractual por encima del 20% del precio inicial y otra distinta incentivar al contratista para que la rechace abonándole una indemnización en tal coyuntura. Podrá o no prestar su conformidad a la modificación, pero no es procedente resarcir al contratista con el 3% de la prestación dejada de realizar en el supuesto en el que se niegue a aceptarla.

Por lo expuesto, ha de redactarse el artículo 211.4 en el siguiente sentido:

*"Cuando la resolución se acuerde por las causas recogidas en la letra g) del artículo 209, el contratista tendrá derecho a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista **o este rechace la modificación contractual propuesta por la Administración al amparo del artículo 203**"*» (Dictamen núm. 1116/2015, p. 224 a 226; los entrecorchetos, las cursivas y la negrita son del Consejo de Estado).

Del todo oportunas resultan las consideraciones y la recomendación formuladas, en cuya virtud debería incorporarse la adición señalada por el Alto órgano consultivo.

4.13.2.11 Las establecidas expresamente en el contrato, según el TRLCSP (art. 223.h).

El TRLCSP permite que la Administración titular de servicio consigne unas causas específicas de resolución del contrato. Como en el caso del apartado anterior, es muy necesaria una reflexión previa sobre este extremo e incluir en el PCAP (más que *"en el*

contrato”, como se expresa el tenor legal) las posibles causas que podrán determinar la resolución de la concesión de servicios públicos.⁵⁴⁴

Tal como se ha adelantado el ALCSP no recoge esta causa, por lo que los supuestos que podrían subsumirse deberían reconducirse a la de la resolución por incumplimiento de las obligaciones esenciales, en los términos vistos anteriormente.

4.13.2.12 Las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en la Ley (TRLCSF, art. 223.i y ALCSP, 209.1.h).

La enumeración del TRLCSF y del ALCSP se cierra con una cláusula de remisión a las causas «*que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en esta Ley*» (223.i y 209.1.h, respectivamente). Tales causas son las que se detallan en el art. 286 y serán objeto de análisis específico después.

Antes, no obstante, hay que hacer referencia a una previsión que recogen tanto el TRLCSF como el ALCSP, en el sentido de que «*el incumplimiento de las obligaciones*

⁵⁴⁴ Entre el catálogo posible de causas a consignar en el contrato de concesión de servicios públicos se ofrecen las siguientes:

- a) Las actuaciones del concesionario que impidan o menoscaben las potestades de dirección y control del servicio público que correspondan al ente local.
Como tal esta es una de las causas de extinción del contrato de gestión de servicios locales consignada en el ROAS/1995 (art. 241, apartado i).
- b) No suscribir o no mantener en vigor las pólizas de seguro.
- c) La acumulación de tres incumplimientos muy graves en el transcurso de un año, sean o no por el mismo motivo.
- d) El retraso por más de tres meses en el pago del canon anual.
- e) El incumplimiento de los plazos previstos en el pliego de prescripciones técnicas para la obtención de licencias y/o autorizaciones y plazo de puesta en marcha de las instalaciones.
- f) Graves deficiencias de mantenimiento de las instalaciones o mobiliario.
- g) Negativa a suministrar la información obligada.
- h) Realizar modificaciones en las instalaciones sin autorización escrita.
- i) La reiteración de incumplimiento en alguno de los criterios objetivos que se ponderaron en la adjudicación del concurso.
- j) El incumplimiento de la obligación de afiliación y alta en la Seguridad Social de los trabajadores.
- k) El incumplimiento del deber de confidencialidad.
- l) El trato desconsiderado con los usuarios del servicio.
- m) Percibir de los usuarios precios superiores a los señalados en el contrato.

El detalle de causas de resolución comprendidas entre la letra b) y la m) lo he obtenido del trabajo de campo efectuado y la selección de casos prácticos realizada.

Buena parte de tales causas podrían considerarse como obligaciones esenciales de haber sido calificadas así, por lo que en tal caso procedería la resolución por razón de su incumplimiento, tal como ya hemos indicado (epígrafe 4.13.2.7).

derivadas del contrato por parte de la Administración originará la resolución de aquél sólo en los casos previstos en esta Ley» (art. 224.7 y 210.7, respectivamente).

Efectivamente, a diferencia del incumplimiento del contratista, el de la Administración no se contempla como causa autónoma de resolución del contrato, por lo que ésta, para que pueda tener lugar, deberá estar siempre vinculada a algunos de los supuestos legalmente previstos. En todo caso, hay que recordar que el TRLCSP y el ALCSP, en sus art. 225 y 211, respectivamente («*efectos de la resolución*»), prevén que «*el incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones del contrato determinará para aquélla, con carácter general, el pago de los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista*» (apartado 2).

4.13.2.13 Otras causas generales de resolución del contrato

Agotada la relación de las causas generales de resolución del contrato consignadas en el art. 223 del TRLCSP y 209 del ALCSP, se plantea la cuestión de si cabe añadir alguna más de las relacionadas.

Ciertamente hay que consignar la *subcontratación de prestaciones no accesorias* y la *cesión inconsentida*, toda vez que supondría un incumplimiento doble:

- de la obligación específica de prestar el servicio, detallada para el concesionario en numerosos preceptos (TRLCSP, 280.a y RS/1955, 128.1, por resaltar los más expresivos y ALCSP, 286.a);
- y de la obligación general de observar las prescripciones sobre la cesión de los contratos y subcontratación (TRLCSP, 226 y 227, 228 y 228 bis, en relación con el 289, y ALCSP, 212 y 213, 214 y 215 con relación al 294, respectivamente).

Y de ahí que quepa concluir que la subcontratación de prestaciones esenciales, de un lado, y la cesión efectivamente realizada sin la autorización previa y expresa de la Administración, de otro, deban llevar aparejada, a mi juicio, la resolución del contrato.⁵⁴⁵

⁵⁴⁵ Sobre la cesión del contrato y la subcontratación en la concesión me remito al análisis realizado (epígrafe 4.7.8).

El TRLCAP/2000 incluía como causa de extinción la *«falta de prestación por el contratista de la garantía definitiva»* (art. 111.d, primer inciso), lo que no se recoge ni en la LCSP/2007, ni en el TRLCSP/2011. A mi juicio, ello se debe, en primer lugar, a que se posibilita que el adjudicatario quede eximido de la obligación de constituir la fianza, justificándolo en los pliegos (LCSP, art. 83.1 y TRLCSP, 95.1, 2º párrafo), lo que, unido a las otras facilidades consignadas (la garantía global, por ejemplo, en el art. 86 y 98, de la LCSP y el TRLCSP, respectivamente), explican el porqué de que aquella causa ya no encuentre entre las que dan lugar la extinción.

En segundo lugar hay que tener en cuenta que en el caso de que, habiéndose fijado, el licitador no constituyese la garantía por causas a él imputables, *«la Administración no efectuará la adjudicación a su favor, siendo de aplicación lo dispuesto en el último párrafo del artículo 151.2»* (TRLCSP, art. 99.1), *«procediéndose en ese caso a recabar la misma documentación (léase garantía) al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas»* (TRLCSP, art. 155.1, último párrafo).⁵⁴⁶

Finalmente, en tercer lugar, se añade como justificación a esta no consideración de la falta de prestación por el contratista de la garantía definitiva como causa de resolución del contrato, el hecho de que éste no se perfeccione sino con su formalización (TRLSP, art. 27.1 en relación con el 156, y ALCSP, 36.1). Y esta misma razón explica que haya desaparecido como otra causa de resolución *«la no formalización del contrato en plazo»*, prevista inicialmente en la LCSP/2007 (art. 206.d), y eliminada por la L 34/2010, en consonancia con la supresión de la doble adjudicación y la determinación de que la perfección de los contratos tiene lugar con su formalización (artículos veintidós y seis de la L 34/2010, respectivamente). Y de ahí que ya no figure relacionada como causa de resolución la no formalización del contrato en el TRLCSP (art. 223, *a contrario*), ni en el ALCSP (209, *a contrario*).

Ello será así mientras se mantenga la prescripción de que los contratos se perfeccionan con su formalización, sin que se atienda, por tanto, a las observaciones

En el sentido indicado, "la concesión se extingue por cesión incontestada de la concesión, sin que medie la preceptiva autorización, como declaró el Consejo de Estado en Dictamen de 14 de julio de 1965" (Blanquer Criado: 2012, 2172).

⁵⁴⁶ En la LCSP/2007 los preceptos aplicables eran el 87.1 y 135.5.

del Consejo de Estado que manifiesta su criterio en favor de que los contratos se perfeccionen por el mero consentimiento.⁵⁴⁷

⁵⁴⁷ El Alto órgano consultivo, en relación con el art. 36 del Anteproyecto, sobre *perfección de los contratos*, precisa lo siguiente (Dictamen núm. 1116/2015, de 10.3.2016, p. 92 y 93):

«El párrafo primero del artículo dispone que "los contratos que celebren los poderes adjudicadores, a excepción de los contratos menores y de los contratos basados en un acuerdo marco y los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición a los que se refiere el apartado 3 de este artículo, se perfeccionan con su formalización".

Este precepto reproduce la previsión del artículo 27.1 del vigente texto refundido, que arranca de la modificación legislativa hecha en materia de contratos en 2010.

No existe en el expediente justificación de las razones que abonan el mantenimiento de este criterio formal de perfección de los contratos. Se trata de una previsión que no viene impuesta por la regulación comunitaria. Quiebra un principio general de nuestro ordenamiento jurídico -vigente desde la aprobación del Ordenamiento de Alcalá en 1348- que se concreta en que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento (artículo 1258 del Código Civil). Quizás la razón justificativa sea la de asegurar que el contrato no exista, bien hasta tanto no haya transcurrido el plazo para impugnarlo mediante el recurso especial, bien no haya sido resuelto este. Pero, sin necesidad de quebrar el señalado principio básico de nuestra contratación, tal objeción se puede obviar mediante la introducción de una previsión que establezca que, aun perfeccionado el contrato, su eficacia quedará condicionada al transcurso del mencionado término o a la resolución del recurso correspondiente.

El Consejo de Estado considera que debe ponderarse muy especialmente la conveniencia del mantenimiento de una regla como la proyectada que hace de la formalización (*forma ad sollemnitate*) el elemento de perfección de los contratos. Su vigencia hasta la fecha no ha dejado de crear dificultades en diversos ámbitos. Baste en tal sentido mencionar las derivadas de la falta de formalización del contrato en relación con los daños causados a la Administración cuando dicha omisión es imputable al contratista. Se ha suscitado -y el anteproyecto no lo resuelve- la cuestión atinente a la naturaleza de dicha responsabilidad y a la forma de hacerla efectiva, puesto que, de una parte, los daños irrogados no pueden calificarse como contractuales y solventarse con arreglo a las reglas aplicables a estos (artículo 1101 del Código Civil); de otro lado, en muchas ocasiones la garantía provisional exigida no es bastante para compensarlos, de manera que el instrumento ordinario articulado para resolver la cuestión no lo hace de manera satisfactoria y, en fin, no existe un sistema propio y específico de la responsabilidad *precontrahendo* en nuestro ordenamiento jurídico que resulte medio eficaz para su indemnización.

Por lo demás, si la regla de la formalización del contrato como elemento determinante de la perfección del contrato pudiera tener alguna justificación acaso en el ámbito de la contratación administrativa, no se alcanza la razón para extenderla al ámbito de la contratación privada. Por ello, se considera pertinente ponderar el restablecimiento de la regla de que los contratos se perfeccionan mediante el acto de adjudicación, como se preveía en el artículo 27 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

En todo caso, debe asegurarse la adecuada y efectiva publicidad del acto de adjudicación para permitir a los interesados la eventual interposición de los correspondientes recursos» (los entrecorillados y las cursivas son del Consejo de Estado).

Y todavía reitera la pertinencia de ponderar la modificación al señalar que «el mantenimiento -y extensión en algunos casos- de la regla de que los contratos se perfeccionan por su formalización y no por el mero consentimiento no está justificado en el expediente y suscita dificultades que el anteproyecto no resuelve de manera satisfactoria» (Dictamen núm. 1116/2015, p 290).

4.13.2.14 Prioridad cronológica en la apreciación de las causas de resolución del contrato (ALCSP, 209.2)

El Anteproyecto establece el siguiente criterio: «*cuando en una misma relación contractual concurrieran varias causas de las enumeradas en el apartado anterior, el órgano de contratación deberá estar a lo que resulte de la prioridad cronológica en su aparición*» (ALCSP, 209.2)

Con esta previsión se eleva a rango legal el criterio sobre prioridad cronológica en la aplicación de las causas de resolución del contrato que ha venido aplicando el Consejo de Estado.⁵⁴⁸

Y de ello se hace eco este Alto órgano consultivo en su Dictamen núm. 1116/2015, de 10.3.2016, que formula también una recomendación sobre el redactado que debiera ser atendida (p. 217): «(...) estas reformas resultan acertadas, como también lo es la plasmación en el apartado 2 del artículo 209 de la siguiente regla: "*Cuando en una misma relación contractual concurrieran varias causas de las enumeradas en el apartado anterior, el órgano de contratación deberá estar a lo que resulte de la prioridad cronológica en su aparición*". Así se resuelven las dudas que puede suscitar el concurso de varias causas de resolución, con arreglo al criterio de prioridad temporal que viene siendo reiterado por el Consejo de Estado (véanse el dictamen n° 408/2013, de 6 de junio, y los que en él se citan).

Con todo, sería más clara la siguiente redacción -mediante la que se concreta la aludida doctrina del Consejo de Estado-: "*Cuando concurren diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción debe atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo*"» (los entrecomillados y las cursivas son del Consejo de Estado).

⁵⁴⁸ Véanse los Dictámenes núm. 5/1992, de 23.1 (sobre ejecución obras de construcción del Hogar de la Tercera Edad en Badajoz) y 712/1994, de 23.6 (sobre construcción de una piscina cubierta en Segovia); citados por ORTEGA JIMÉNEZ (2013: 1260).

4.13.2.15 El incumplimiento culpable del contratista y los efectos respecto de la garantía

En el TRLCSP, las previsiones sobre la garantía para el caso del incumplimiento culpable del contratista son las siguientes (art. 225, sobre *efectos de la resolución*):

«3. Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada.

4. En todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida. Sólo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable.»

En cambio, la regulación del Anteproyecto contiene unas determinaciones que presentan diferencias (art. 211):

«3. Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada. (...)

5. En todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida.»

Del contraste entre ambas regulaciones resultan las consecuencias siguientes:

1ª El ALCSP utiliza la expresión referida a la *incautación de la garantía* en términos categóricos, lo que viene a zanjar la cuestión de que procederá la misma siempre que se produzca el *incumplimiento culpable del contratista*.

Se confirma así el carácter de cláusula penal de la garantía definitiva, que había sido cuestionado precisamente sobre la base del redactado del TRLCSP que, aparte de no utilizar el verbo *incautar*, la vincula a la *indemnización de daños y perjuicios*, subordinando la aplicación de la garantía a que se acreditaran éstos. En este sentido, la fórmula general se acomoda a la que corresponde a la concesión de obras en el TRLCSP, que prevé igualmente que, «*cuando el contrato se resuelva por causa imputable al concesionario, le será incautada la fianza y deberá, además, indemnizar a*

la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada» (art. 271.4).⁵⁴⁹

Y esa misma previsión de la concesión de obras se mantiene en el Anteproyecto (art. 278.2), por lo que procederá también la incautación de la garantía y la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la misma, en el caso de resolución por causa imputable al concesionario de servicios, ya sea en aplicación de la regla de supletoriedad (*ex* ALCSP, 295), ya de resultas de la previsión general (ALCSP, 211.3).

2ª Hechas pues las precisiones sobre la incautación de la garantía, y atendido el tenor del Anteproyecto, en el caso de que se causaran daños y perjuicios a la Administración, y su valoración excediera del importe de la garantía, procederá su abono por el contratista a la Administración en la parte no cubierta por la misma.⁵⁵⁰

3ª Se aprecia identidad efectivamente en que el acuerdo de resolución, en todo caso, contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida (TRLCS, 225.4, 1r inciso, ALCSP, 211.5).

4ª El Consejo de Estado se pronuncia favorablemente sobre las determinaciones del Anteproyecto y rememora, además, los antecedentes del precepto en los siguientes términos (Dictamen núm. 1116/2015, de 10.3.2016, p. 220 a 224):

«Prevé el artículo 211.3 del texto remitido en consulta que, "cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada". Esta redacción supone el retorno

⁵⁴⁹ Sobre la polémica relativa a los efectos de las redacciones disímiles del TRLCS (art. 225.3 *versus* 271.4), véase: TORRE DE SILVA y LÓPEZ DE LETONA (2015), autor que preconiza el carácter de cláusula penal en los supuestos señalados (2015: 27-34); YAÑEZ DÍAZ, que analiza esa problemática en la Doctrina de los Consejos Consultivos y los condicionantes de la crisis económica en la contratación pública (2013); CASTILLO BLANCO (2013), COLLADO MARTÍNEZ (2013) y BARRERO RODRÍGUEZ (2015).

⁵⁵⁰ Sobre la indemnización de daños y perjuicios, véase también TORRE DE SILVA y LÓPEZ DE LETONA (2015: 34-44), que, entre las conclusiones que sienta, excluye de la misma «los daños indeterminados, no efectivos, no acreditados o no causalmente vinculados al incumplimiento», así como «los ingresos tributarios dejados de percibir a consecuencia de la resolución de un contrato de concesión (...), puesto que caen fuera del interés contractual positivo de la Administración» (2015: 43).

a lo dispuesto en el artículo 114.4 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y en el artículo 113.4 del texto refundido posterior.

Frente a esta solución, el artículo 208.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y el vigente artículo 225.3 del TRLCSP señalan: *"Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada"*. Como constatará el dictamen n° 318/2012, de 19 de abril (cuya doctrina reitera el dictamen n° 352/2015, de 29 de abril), la dicción actual no prevé la incautación de la garantía definitiva como un efecto asociado automáticamente a la resolución contractual por incumplimiento del contratista. Las consecuencias de la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista se circunscriben a la obligación de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, la cual ha de hacerse efectiva sobre la garantía constituida, si bien la responsabilidad contractual subsiste en lo que exceda de su importe. Ello supone que, de ser superior el importe de la fianza al de los daños y perjuicios cuantificados, la incautación debe ser parcial, procediendo la devolución de la garantía en la suma remanente tras hacerse efectiva la correspondiente indemnización.

Lo anterior no es óbice para que la incautación automática de la garantía definitiva se produzca en el caso de que así esté previsto en el propio contrato. En efecto, el artículo 100.c) del TRLCSP (relativo a las "Responsabilidades a que están afectas las garantías"), dispone que la garantía responderá de los siguientes conceptos: *"c) De la incautación que puede decretarse en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo que en él o en esta Ley esté establecido"*, lo que ha llevado al Consejo de Estado (entre otros, dictamen n° 418/2012, de 7 de junio) a admitir la incautación de la garantía, sin necesidad de que la Administración justificara los daños y perjuicios sufridos, en los casos en que tal incautación estuviera expresamente prevista en la documentación contractual.

Ahora bien, fuera de estos casos, el artículo 225.3 del TRLCSP sitúa a la Administración ante la difícil tarea de justificar unos daños y perjuicios que el incumplimiento culpable del contratista siempre produce (como mínimo, los derivados de las actuaciones tendentes a resolver el contrato y licitar uno nuevo, con el

consiguiente retraso en la satisfacción de la finalidad pública a la que el pacto se destina), pero cuya cuantificación resulta, en muchos casos, compleja.

Como prueba de ello, pese a que este Consejo avaló en su dictamen n° 100/2007, de 3 de mayo, la aplicación analógica de los criterios establecidos para la imposición de penalidades por demora en la ejecución, a la hora de valorar los daños y perjuicios vinculados al retraso en la ejecución del contrato que su incumplimiento culpable por el contratista ocasiona, el dictamen n° 602/2013, de 26 de junio, tuvo que revertir este criterio ante su cuestionamiento por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Así lo explicaba el dictamen n° 602/2013 citado:

" ... , no cabe desconocer que parece haberse abierto en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa una línea tendente a rechazar la aplicación por analogía de las penalidades que actualmente prevé el artículo 214.4 TRLCSP como criterio para cuantificar las indemnizaciones de daños y perjuicios en los casos de resolución por demora en la ejecución de obras.

De este modo, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en sentencia de 9 de mayo de 2012 afirmaba que "se está utilizando un baremo por analogía no admisible, sin justificación por la distinta naturaleza jurídica de las instituciones y sin precedentes jurisprudenciales que lo avale. Es cierto que en ocasiones la utilización de algún baremo objetivo puede ser admisible (...). Pero un supuesto como en el que nos ocupa, de daños y perjuicios de naturaleza contractual, cuyo evento dañoso resulta tangible, debe acreditarse la realidad y la cuantía del mismo" (FJ 5°). También la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, en supuestos de resolución por incumplimiento de los plazos de ejecución de obras en los que la cuantía indemnizatoria se ha fijado acudiendo al mencionado criterio analógico, ha señalado que "si bien la aplicación y el pago de las penalidades no excluye la indemnización a que la Administración pueda tener derecho por los daños y perjuicios ocasionados con motivo del retraso imputable al contratista (...), no se autoriza una indemnización alzada cual la prevista, que constituiría una nueva penalidad al margen de las previsiones legales, y que no respondería del montante real de los daños y perjuicios que efectivamente se hubieren irrogado a la Administración contratante con el retraso; correspondencia que deviene esencial al concepto de indemnización ... " (STSJ de La Rioja de 11 de febrero de 2000, FJ 4°).

Por tanto, "no se cuestiona que no pueda exigirse al contratista una indemnización por los daños y perjuicios causados por el retraso; ahora bien, esta indemnización debe responder del montante real de los daños y perjuicios que efectivamente se hubieren irrogado a la Administración contratante con el retraso, lo que no se aprecia en este supuesto que se exija por la Administración. En consecuencia, resulta acreditado que se está aplicando una penalidad por demora, pero no se está concretando ningún daño y perjuicio ocasionado con motivo del retraso imputable al contratista" (STSJ de La Rioja de 29 de noviembre de 2012, FJ 3º)".

A ello se suma otra dificultad, en este caso de índole procedimental. Como subrayara el dictamen nº 604/2013, de 20 de junio, en la propuesta de resolución se ha de contener un "*pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía*", en la medida en que se exige dirimir esta cuestión al tiempo de resolver el contrato (artículo 225.4 del TRLCSP, cuyo tenor repite el artículo 211.5 del anteproyecto).

Por consiguiente, en el reducido plazo de tres meses -para evitar la caducidad del expediente- la Administración viene obligada, no ya a dilucidar si concurre una causa de resolución y cuál, sino también a precisar sus efectos, incluida la eventual cuantificación de los daños y perjuicios padecidos por un incumplimiento culpable del contratista para hacerlos efectivos sobre la garantía definitiva. Ante la ausencia de datos acerca de esta última cuestión en el momento de extinguir el contrato, el Consejo de Estado ha admitido en diversas ocasiones la posibilidad de que su cuantificación se posponga a la extinción del contrato, mediante la tramitación de un procedimiento contradictorio, reteniendo hasta su terminación la garantía (véanse, en este sentido, los dictámenes números 646/2012, de 5 de julio, y 1.131/2013, de 31 de octubre). Ahora bien, "ha de considerarse siempre preferible que la propuesta de resolución contractual por incumplimiento culpable de la contratista emita un juicio acerca de la existencia o no de daños y perjuicios cuya reparación deba hacerse efectiva sobre la garantía, lo que no es óbice para demorar este pronunciamiento a un momento posterior a la extinción del contrato -con la consiguiente retención hasta entonces de la garantía- cuando, por circunstancias explicitadas en el procedimiento y considerando el breve plazo del que se dispone para su instrucción, no sea posible cuantificar tales daños y perjuicios al tiempo de acordar la resolución" (dictamen nº 864/2015, de 8 de octubre).

La problemática expuesta corrobora el pleno acierto de retornar a la solución previa a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, con arreglo a la cual la resolución del contrato por dicha causa conllevaba la incautación de la fianza, sin perjuicio de la obligación de la contratista de indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios en lo que excediera del importe de la garantía. De esta forma, el incumplimiento culpable determinará para el contratista la pérdida de su fianza, que desarrollará por sí misma una función punitiva, desincentivando la inobservancia de lo pactado, y permitirá a la Administración verse resarcida de los daños y perjuicios que dicho incumplimiento ocasiona, sin necesidad de demostrar su cuantificación, como ahora sucede. Solamente si se estima que tales daños y perjuicios sobrepasan el importe de la garantía definitiva incautada, la Administración tendrá que afrontar la justificación de su importe, para poder ejercer su prerrogativa de depurar la responsabilidad contractual del adjudicatario, con la consiguiente exigencia de la suma excedentaria.

Debe realizarse una última reflexión. El automatismo en la incautación de la garantía definitiva ha sido matizado en la doctrina del Consejo de Estado, al entenderse que, dada la función punitiva a la que atiende, tal incautación debía modularse a la vista del comportamiento de las partes en la vida contractual -dictamen 40/2011, de 24 de febrero, donde se estimaba acreditado que el incumplimiento del contrato por el adjudicatario al haberse excedido su plazo venía motivado fundamentalmente por la demora del órgano administrativo medioambiental en la emisión de su preceptivo informe, necesario para la elaboración del proyecto objeto del contrato-.

Se sugiere dar reflejo a esta posibilidad, siempre excepcional, en los siguientes términos u otros parecidos: *"Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada. **Excepcionalmente, la incautación de la garantía podrá ser modulada en el caso de que al incumplimiento culpable hubiere concurrido la actuación de la Administración**"*» (Dictamen núm. 116/2015, p. 220 a 224; los entrecomillados, las cursivas y las negritas son del Consejo de Estado).

5ª Finalmente, hay que consignar que no se reproduce la previsión contenida en el TRLCSP en el sentido de que *"sólo se acordará la pérdida de garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable"* (art. 225. 4), limitación que no se recoge en el Anteproyecto.

De la omisión de esta limitación cabe deducir que también cabrá acordar la pérdida de la garantía en el caso de que el concurso sea declarado fortuito, aunque entiendo que siempre que se produzcan daños y perjuicios a la Administración y por el importe que se acredite de éstos, y todo ello en base al argumento del tratamiento diferenciado respecto del incumplimiento culpable del contratista que efectúa el propio Anteproyecto (ex art. 211.3),⁵⁵¹ así como por la determinación, a *sensu contrario*, que el mismo contiene, según la cual «la garantía no será devuelta o cancelada hasta que se haya producido el vencimiento del plazo de garantía y cumplido satisfactoriamente el contrato de que se trate, o *hasta que se declare la resolución de éste sin culpa del contratista*» (ALCSP, 111.1, TRLCSP, 102.1).

Ello no obstante, el Consejo de Estado demanda una clarificación en el precepto, lo que argumenta así (Dictamen núm. 1116/2015, p-226 y 227):

«El artículo 225, apartado 4, del TRLCSP (en línea con la modificación introducida en el artículo 208, apartado 5, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, por el Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo), tras señalar que en todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida, añade que *"sólo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable"*.

Ninguna precisión a este respecto incluye el artículo 211 del texto remitido en consulta, generando la duda del tratamiento que ha de recibir la resolución contractual en caso de concurso del contratista. A falta de cualquier explicación en la memoria del análisis de impacto normativo acerca de la supresión de la anterior regla (que hace depender la pérdida de la garantía en caso de concurso de que sea calificado como culpable), debe reevaluarse la conveniencia de mantenerla» (los entrecorridos y las cursivas son del Consejo de Estado).

⁵⁵¹ Sobre la regulación de la calificación del concurso como culpable o fortuito véase la L 22/2003, de 9.7, *concurzal* (en especial, art. 163 a 175).

4.13.3 Causas específicas de resolución

Sobre este particular, el Anteproyecto dispone lo siguiente:

«Artículo 292. Causas de resolución

Son causas de resolución del contrato de concesión de servicios, además de las señaladas en el artículo 209, con la excepción de las contempladas en sus letras d) y e), las siguientes:

a) La ejecución hipotecaria declarada desierta o la imposibilidad de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria por falta de interesados autorizados para ello en los casos en que así procediera, de acuerdo con lo establecido en esta Ley.

b) La demora superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega al concesionario de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato.

c) El rescate del servicio por la Administración para su gestión directa, por razones de interés público.

d) La supresión del servicio por razones de interés público.

e) La imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato».

El precepto transcrito reproduce los art. 286 y 287.2 del TRLCSP con las variaciones de sustituir la referencia al CGSP de este por la del contrato de concesión de servicios, y la muy relevante de incluir como primera causa de resolución la relativa a la no realización de la ejecución hipotecaria, previsión que fue incorporada en el texto del Anteproyecto de octubre de 2015. Hechas estas precisiones, a continuación se desarrolla el análisis de las causas específicas de resolución del contrato, desde la perspectiva del derecho local.⁵⁵²

4.13.3.1. La ejecución hipotecaria declarada desierta o la imposibilidad de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria por falta de interesados autorizados para ello en los casos en que así procediera, de acuerdo con lo establecido en esta Ley (ALCSP, 292.a).

Sobre la incorporación en el texto de octubre de 2015 de esta causa, que no tiene precedente en el TRLCSP respecto del CGSP, cabe formular las siguientes consideraciones:

⁵⁵² Referencias bibliográficas: BALLESTEROS FERNÁNDEZ y BALLESTEROS FERNÁNDEZ (2005: 395-397), BLANQUER CRIADO (2012: 1334-1344 y 1377-1387), MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS (2009: 642-643), MESTRE DELGADO (2011: 2165-2171), PÉREZ AMORÓS (2013: 1610-1618), RUIZ OJEDA (2004: 898-903) y SOSA WAGNER (2004: 245-246).

1ª Naturalmente, la inclusión de esta causa deriva de la consignación de manera explícita de la posibilidad de hipotecar la concesión siempre que incorpore obras o instalaciones fijas (ALCSP, 285.3), trasladando así a la de servicios las previsiones ya recogidas para la concesión de obras públicas en el TRLCSP (art. 261 a 264).

2ª Sobre la base de esa posibilidad, y tal como se ha tenido oportunidad ya de señalar (epígrafe 4.6.C), se establecen una serie de previsiones sobre:

a) Los derechos del acreedor hipotecario.⁵⁵³

b) La ejecución hipotecaria.⁵⁵⁴

⁵⁵³ En relación con los cuales el Anteproyecto prescribe (antecedente TRLCSP, 262):

«Artículo 272. Derechos del acreedor hipotecario

1. Cuando el valor de la concesión hipotecada sufriera grave deterioro por causa imputable al concesionario, el acreedor hipotecario podrá solicitar del órgano de contratación pronunciamiento sobre la existencia efectiva de dicho deterioro. Si éste se confirmara podrá, asimismo, solicitar de la Administración que, previa audiencia del concesionario, ordene a éste hacer o no hacer lo que proceda para evitar o remediar el daño, sin perjuicio del posible ejercicio de la acción de devastación prevista en el artículo 117 de la Ley Hipotecaria. No obstante, en el caso de ejercitarse la acción administrativa prevista en este apartado, se entenderá que el acreedor hipotecario renuncia a la acción prevista en el citado artículo 117 de la Ley Hipotecaria.

2. Cuando procediera la resolución de la concesión por incumplimiento de alguna de las obligaciones del concesionario, la Administración, antes de resolver, dará audiencia al acreedor hipotecario por si éste ofreciera subrogarse en su cumplimiento y la Administración considerara compatible tal ofrecimiento con el buen fin de la concesión.

3. Si la obligación garantizada no hubiera sido satisfecha total o parcialmente al tiempo de su vencimiento, antes de promover el procedimiento de ejecución correspondiente, el acreedor hipotecario podrá ejercer las siguientes facultades siempre que así se hubiera previsto en la correspondiente escritura de constitución de hipoteca:

a) Solicitar de la Administración concedente que, previa audiencia del concesionario, disponga que se asigne a la amortización de la deuda una parte de la recaudación y de las cantidades que, en su caso, la Administración tuviese que hacer efectivas al concesionario.

A tal efecto, se podrá, por cuenta y riesgo del acreedor, designar un interventor que compruebe los ingresos así obtenidos y se haga cargo de la parte que se haya señalado, la cual no podrá exceder del

porcentaje o cuantía que previamente se determine.

b) Si existiesen bienes aptos para ello, solicitar de la Administración concedente que, previa audiencia al concesionario, le otorgue la explotación durante un determinado período de tiempo de todas o de

parte de las zonas complementarias de explotación comercial. En el caso de que estas zonas estuvieran siendo explotadas por un tercero en virtud de una relación jurídico-privada con el concesionario, la medida contemplada por este apartado deberá serle notificada a dicho tercero con la indicación de que queda obligado a efectuar al acreedor hipotecario los pagos que debiera hacer al concesionario».

⁵⁵⁴ Respecto de la que el ALCSP establece (precedente TRLCSP, 263):

«Artículo 273. Ejecución de la hipoteca

1. El adjudicatario en el procedimiento de ejecución hipotecaria quedará subrogado en la posición del concesionario, previa autorización administrativa, en los términos que se establecen en el apartado siguiente.

3ª Con tales antecedentes, el correlato último en el supuesto de la no realización de la ejecución hipotecaria no puede ser otro que la resolución del contrato de concesión de servicios, y ello tanto si la ejecución hipotecaria es declarada desierta o si resulta la imposibilidad de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria por falta de interesados autorizados para ello en los casos en que así procediera, de acuerdo con las previsiones legales vistas (ALCSP, 292.a, en relación con el 273.3.b).

4.13.3.2. La demora superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega al contratista de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato (TRLCSLP, 286.a y ALCSP, 292.b).

La inclusión como causa de resolución específica de la concesión de servicios de la demora superior a 6 meses en el pago puede extrañar, toda vez que dicha causa es coincidente con la que recogen hoy, entre las causas generales de resolución del

2. Todo el que desee participar en el procedimiento de ejecución hipotecaria en calidad de postor o eventual adjudicatario, incluso el propio acreedor hipotecario si la legislación sectorial no lo impidiera, deberá comunicarlo al órgano de contratación para obtener la oportuna autorización administrativa, que deberá notificarse al interesado en el plazo máximo de 15 días, y sin la cual no se le admitirá en el procedimiento. La autorización tendrá carácter reglado y se otorgará siempre que el peticionario cumpla los requisitos exigidos al concesionario.

Si hubiera finalizado la fase de construcción o ésta no formara parte del objeto de la concesión, sólo se exigirán los requisitos necesarios para llevar a cabo la explotación de la obra.

3. Si la subasta quedara desierta o ningún interesado fuese autorizado por el órgano de contratación para participar en el procedimiento de ejecución hipotecaria, la Administración concedente podrá optar por alguna de las siguientes actuaciones en el supuesto de que el acreedor hipotecario autorizado, en su caso, para ser concesionario no opte por el ejercicio del derecho que le atribuye el artículo 671 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil:

a) Acordar el secuestro o intervención de la concesión conforme a lo previsto en el artículo 261 de esta Ley sin que el concesionario pueda percibir ingreso alguno. Se dará trámite de audiencia al acreedor hipotecario para ofrecerle la posibilidad de proponer un nuevo concesionario. Si la propuesta no se produjera o el candidato propuesto no cumpliera los requisitos exigibles conforme a lo establecido en el apartado anterior, se procederá a la licitación de la misma concesión en el menor plazo posible.

b) Resolver la concesión quedando la Administración liberada con la puesta a disposición de los acreedores del importe de la indemnización que correspondiera al concesionario por aplicación de lo previsto en el artículo 278.»

El redactado de este último apartado b) del art. 273.3 corresponde al texto de octubre de 2015. En el de abril anterior la previsión era la siguiente:

b) Resolver la concesión y, previo acuerdo con los acreedores hipotecarios, fijar la cuantía de la deuda y las condiciones en que deberá ser amortizada. A falta de acuerdo, la Administración quedará liberada con la puesta a disposición de los acreedores del importe de la indemnización que correspondiera al concesionario por aplicación de lo previsto en el artículo 280 de la presente Ley».

Si se comparan ambas versiones, y teniendo en cuenta que las menciones a los arts. 280 y 278 se refieren al precepto que regula los efectos de la resolución (ALCSP, textos de abril y octubre, respectivamente), se recaerá en que la liberación de la Administración, mediante la puesta a disposición de los acreedores hipotecarios de la indemnización, solo tenía lugar tras la constatación de la falta de acuerdo con tales acreedores en la primera, trámite que se obvia en la versión remitida al Consejo de Estado.

contrato, el TRLCSP y el ALCSP (223.e y 209.e, respectivamente), por lo que resulta necesaria reiterar la explicación ya avanzada (epígrafe 4.13.2.6).

En la configuración inicial de las causas generales de resolución, se establecía que la demora en el pago superior a 8 meses autorizaba al contratista a instar la resolución del contrato (LCSP, art. 206.f) y 200.6) y primer texto del TRLCSP de 2011, art. 223.e) y 216.6). Pero ese régimen general no resultaba aplicable al CGSP y, por tanto, a la concesión porque para éstos ya se consignaba, como causa específica de resolución, «*la demora superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega al contratista de la contraprestación (...)*» (LCSP, art. 262.a y primer texto del TRLCSP, 286.a, primer inciso). Se establecía, así, una suerte de *término medio* de 6 meses, como causa de resolución específica de los CGSP, por contraste con los plazos generales de 4 y 8 meses que, en el régimen general, autorizaban a instar, respectivamente, la suspensión o la resolución del resto de contratos.

Con la L 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, al haberse reducido a 6 el plazo general de 8 meses, devino irrelevante en la legislación básica la excepción prevista para el CGSP y la especificidad como tal causa de este contrato y de la concesión (TRLCSP, 286.a y ALCSP, 292.b, respectivamente). Con todo, debe recordarse la posibilidad de que alguna Comunidad Autónoma hiciera uso de la habilitación de reducir el plazo general por debajo de 6 meses (TRLCSP, 216 y ALCSP, 196, apartados 6 y 8 en ambos casos), eventualidad poco probable aunque posible legalmente.

Sentado lo anterior, hay que añadir que se consigna también como causa de resolución «*la demora superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega (...) de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato*» (segundo inciso art. 292.b, ALCSP y 286.a, TRLCSP), respecto de la cual cabe formular las siguientes consideraciones:

1ª Como tal, esta causa entronca con los derechos reconocidos al concesionario sobre *utilizar los bienes de dominio público necesarios para el servicio* (RS/1955, art. 128.3.3º) y a *recabar la actuación de la Corporación local a fin de que el concesionario pueda acceder y utilizar bienes de terceros precisos para el funcionamiento del servicio* (RS, art. 128.3.4º), que entiendo que sería también extensible al de *obtener de*

*la Administración concedente la protección adecuada y debida para prestar el servicio (ex RS, art. 127.2.1º).*⁵⁵⁵

2ª A mi juicio, la falta de entrega de esos medios auxiliares debe comportar la imposibilidad de prestar el servicio, ya sea totalmente (la no puesta a disposición del inmueble para construir y explotar la piscina municipal, por ejemplo), ya parcialmente, pero que suponga un quebranto tal de la posición del concesionario que deba comportar la resolución del contrato. A esa conclusión conduce tanto la propia lógica del contrato concesional y de la necesaria prestación del servicio público, como la previsión ya mencionada sobre la «*falta de entrega de contraprestaciones económicas y medios auxiliares*» (TRLCSF, art. 284 y ALCSP, 290), que disponen lo siguiente:

«Si la Administración no hiciere efectiva al contratista/concesionario la contraprestación económica o no entregare los medios auxiliares a que se obligó en el contrato dentro de los plazos previstos en el mismo *y no procediese la resolución del contrato o no la solicitase el contratista/concesionario*, éste tendrá derecho al interés de demora de las cantidades o valores económicos que aquéllos signifiquen, de conformidad con lo establecido en el artículo 216/196».⁵⁵⁶

Cifro la conclusión apuntada en esa posibilidad de que *no procediese la resolución del contrato*, lo que sugiere que no es el mero automatismo del transcurso del plazo de 6 meses lo que determina la concurrencia imperativa de esa causa de resolución, más aún cuando incluso cabe la disyuntiva de que *no la solicitase el contratista*.

4.13.3.3. El rescate del servicio por la Administración (TRLCSF, art. 286.b y ALCSP, 292.c).

Junto a la consignación de esta causa específica de resolución en el TRLCSF (art. 286.b), dicho texto prescribe que «*por razones de interés público la Administración podrá acordar el rescate del servicio para gestionarlo directamente*» (art. 287.2, precepto que no tiene carácter básico, según determina la DF 2ª.3 del propio texto

⁵⁵⁵ En términos análogos, y siguiendo el orden expuesto, se expresan el ROASCat (art. 250.2.c) y d) y 249.a) y el RBASO Aragón (279.1.c) y d) y 278.a).

⁵⁵⁶ Como se recordará, las previsiones sobre el derecho del contratista/concesionario al interés de demora contenidas en el TRLCSF y ALCSP (art. 284 y 216 y 290 y 196, respectivamente) se han comentado ya en el epígrafe 4.11.

refundido). Esos preceptos son refundidos ahora bajo la previsión, como causa de resolución, del *rescate del servicio por la Administración para su gestión directa, por razones de interés público*, por el ALCSP, que también la califica como no básica (art. 292.c y DF1^a.3).

Sobre la base de estas previsiones normativas, cabe destacar las siguientes notas:

1^a El rescate supone la asunción o recuperación de la gestión del servicio público por la Administración titular del mismo, acordada por ésta de manera unilateral, mediante indemnización, y con la finalidad de mantenerla directamente, lo que excluye la nueva licitación del mismo.⁵⁵⁷

2^a El presupuesto habilitante para el rescate son las *razones de interés público*, concepto jurídico indeterminado cuya concurrencia habrá que motivar y justificar, en tanto que manifestación de una potestad discrecional (ex L 30/1992, art. 54.1.f, primer inciso).⁵⁵⁸

3^a La regulación de la concesión de obras contiene dos precisiones más (ALCSP, 277.c): el carácter de *declaración unilateral* ya señalado del rescate y la puntualización de que con el mismo *se da por terminada la concesión, no obstante la buena gestión de su titular*, determinaciones que resultan aplicables a la concesión de servicios en virtud de la regla de supletoriedad de la de obras (ex ALCSP, 295).⁵⁵⁹

⁵⁵⁷ EL ROAS/1995 de Cataluña lo define en los siguientes términos:
«La entidad local podrá extinguir la concesión antes del vencimiento del plazo estipulado, de manera unilateral, por razón del interés público y mediante la correspondiente indemnización, asumiendo la gestión directa del servicio por sí o por medio de un ente dependiente».

⁵⁵⁸ El RS/1955 califica expresamente como *potestad* la de *rescatar la concesión* (art. 127.1.5^o).

⁵⁵⁹ Concretamente, para la concesión de obras se define esta causa de resolución del contrato así (ALCSP, 277.c):

«El rescate de la explotación de las obras por el órgano de contratación. Se entenderá por rescate la declaración unilateral del órgano contratante, adoptada por razones de interés público, por la que dé por terminada la concesión, no obstante la buena gestión de su titular, para su gestión directa por la Administración.»

Con la extensión de la segunda precisión se cierra desde luego el paso al rescate de la concesión de servicios cuando concurra incumplimiento culpable del contratista.

Dicho esto, podría plantearse algún problema en el caso concreto a la hora de justificar las razones de interés público y, en particular, a la posibilidad de alegar deficiencias en la prestación del servicio público como motivo para aplicar esta causa de resolución del contrato, toda vez que su regulación parte de la base de la *buena gestión de su titular*. En mi opinión, sin embargo, esta previsión legal debe entenderse como enfatización de que son razones de interés público las que justifican el rescate, para cuya justificación deberán consignarse en el expediente, con un sentido positivo, las mejoras que se prevé que se derivarán del mismo.

4ª El rescate tiene naturaleza expropiatoria y se sujeta al procedimiento de fijación del justiprecio, que requiere un preaviso de 6 meses.⁵⁶⁰

⁵⁶⁰ El trámite del rescate fue objeto de regulación por el RS/1955, precepto que cabe entender vigente con las correspondientes adaptaciones; dice así:

«Artículo 52.

1. *La expropiación de empresas y el rescate de concesiones solo comprenderá aquellos elementos de las mismas que se hallaren directamente afectados al funcionamiento del servicio o fueren necesarios para su desarrollo normal.*

2. *Tal expropiación y rescate se atemperará a estos trámites:*

1. *No podrá iniciarse el expediente hasta que, terminado el de municipalización o provincialización, se hubiere autorizado el monopolio y determinado la forma de gestión directa que llevará aneja la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación de los bienes afectados al servicio.*

2. *Obtenida la autorización, se notificará literalmente al interesado, y se le dará aviso con seis meses de anticipación, así como de la expropiación o rescate a que hubiere lugar.*

3. *La Corporación expropiante dirigirá a cada interesado oferta de la cantidad global fijada como precio de la empresa para que, dentro de los treinta días siguientes, manifieste si acepta la proposición, y, en caso afirmativo, o de falta de oposición expresa, se procederá al pago y ocupación de la empresa, sin que transcurrido dicho plazo quepa modificar la oferta, que se entenderá tácitamente aceptada.*

4. *Si el interesado rehusare el ofrecimiento deberá remitir a la Corporación expropiante, dentro del plazo fijado en el número anterior, una tasación, firmada por perito, en la cual se razonen los motivos de la discrepancia, acompañando los siguientes documentos:*

a. *Certificación, en su caso, autorizada por agente oficial de bolsa o por corredor de comercio, en la que consten las distintas cotizaciones de las acciones de la empresa en los últimos doce meses;*

b. *Copia autorizada del inventario y de los balances de los cinco últimos años;*

c. *Certificación de los dividendos distribuidos por la empresa en el último quinquenio;*

d. *Certificación expedida por la Delegación de Hacienda, de las declaraciones formuladas por la empresa, a efectos fiscales, durante el indicado quinquenio y de las actas de investigación o comprobación levantadas en relación con ellas;*

e. *Certificación del acuerdo en que conste la fecha inicial y la duración prevista, cuando se trate de concesiones, y*

f. *Cuantos antecedentes se estimen oportunos para la más justa valoración de la empresa.*

5. *La Corporación podrá completar los indicados documentos con las informaciones que estimare oportunas, en el plazo de un mes, y dentro del mismo elevará el expediente íntegro, con su informe, al Ministerio de la Gobernación.»*

Sobre las referencias a *los cinco últimos años* (apartado 4, letras, b), c) y d) del art. 52.2 del RS transcrito), téngase en cuenta los cambios de criterio que ha experimentado el art. 293.4 en los anteproyectos: al *último trienio* previsto en el ALCSP/A/2015 y a la regla sobre cuantificación de beneficios definida en el art. 278.3 del ALCSP/O/2015, respectivamente; cambio que se comenta en el epígrafe 4.16.3.

Sobre el procedimiento de expropiación se pronuncia también el Texto refundido, aprobado por el RDL 781/1986, de 18.4, cuyo art. 99 dispone lo siguiente:

«1. *En los casos en que se requiera la expropiación de empresas industriales o comerciales o el rescate de concesiones, se dará aviso a los interesados con seis meses de anticipación, por lo menos.*

2. *Para la determinación del justo precio se seguirán las reglas y el procedimiento establecidos en el Capítulo III del Título II de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, si bien en el Jurado provincial de expropiación el funcionario técnico a que se refiere el apartado b) del artículo 32 de la misma será designado por la Corporación local interesada.»*

5ª Sobre la base de las previsiones generales señaladas, y atendidas tanto la complejidad como la trascendencia de esta decisión extintiva de la relación concesional, es muy conveniente incluir en el pliego de cláusulas administrativas particulares otras determinaciones sobre el ejercicio de esta figura del rescate, especialmente por lo que se refiere a los trámites a seguir.⁵⁶¹

⁵⁶¹ En este sentido es perfectamente factible incorporar en el PCAP las prescripciones que contiene el art. 265 del ROAS/1995:

«Artículo 265. Procedimiento

- 1. El interés público en que se funde el rescate de la concesión tendrá que estar justificado técnica y jurídicamente antes de que el presidente de la corporación ordene el inicio del expediente.*
- 2. De los informes técnicos y jurídicos emitidos se dará traslado al concesionario para que formule las alegaciones que crea conveniente en defensa de sus derechos, en un plazo de quince días.*
- 3. El rescate de la concesión deberá ser aprobado por acuerdo plenario de la corporación, la cual fijará un plazo de ejecutividad no inferior a seis meses e instará al contratista a que formule una valoración de la indemnización que crea que le corresponde percibir.*
- 4. En el mismo acuerdo se nombrará un interventor técnico para que las obras y las instalaciones afectadas pasen a la corporación en las condiciones que señale el pliego de cláusulas o, en su defecto, el acuerdo plenario.*
- 5. Si la corporación aceptare la valoración, se cerrará el expediente por lo que respecta a la indemnización. Si hubiere desacuerdo, el trámite de determinación del justiprecio se seguirá en pieza separada, conforme al procedimiento de expropiación forzosa, no afectando a la ejecutividad del acuerdo de rescate.*
- 6. Una vez ejecutivo el acuerdo de rescate, la Corporación prestará el servicio mediante cualquiera de las fórmulas de gestión directa que prevé la legislación aplicable, sin perjuicio de la posibilidad de suprimirlo».*

Sobre el cierre del expediente al que alude el apartado 5 del art. 265 del ROAS transcrito, debe señalarse la naturaleza de *convenio* del acuerdo entre Administración y particular según TORNOS MAS (2015), quien cita la STSJMadrid 10196/2011, de 3.5 (Ar RJCA 2011 555), la cual, no obstante versar sobre una concesión demanial, mantiene una identidad de razón que la hace aplicable al caso, como se desprende de los siguientes razonamientos (FDº 4º):

«El Convenio entre el recurrente y el Ayuntamiento no es desde luego un contrato administrativo típico de los recogidos en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio , pero al tiempo tampoco es ninguno de los contratos privados celebrados por la Administración mencionados en el artículo 5.3 del mencionado Real Decreto Legislativo, sino que se trata de un convenio o acuerdo entre una Administración Pública y un particular, en este caso concesionario, de carácter administrativo en la medida en que tiene por objeto el rescate de una concesión administrativa de un derecho de uso privativo sobre las bancas de un Mercado Municipal de Abastos, y que encuentra amparo en lo previsto en el artículo 4 de aquel Decreto Legislativo en el que se dispone que: " La Administración podrá concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración y deberá cumplirlos a tenor de los mismos, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación básica en favor de aquélla. " (...).

La indemnización del concesionario derivada del rescate de la concesión administrativa por motivos de interés público independientes de culpa del concesionario es la lógica contraprestación a la que aquel tiene derecho por causa de ese rescate, y así se recoge en el artículo 127.2.3º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, que no condiciona el pago de aquella indemnización a otra cosa que a la necesidad del rescate por motivos de interés público, y a la falta de culpa del concesionario en lo referido a las causas del rescate, y es el caso que aquí se cumplen esos requisitos que determinan el nacimiento del derecho a la indemnización.»

Vistas las notas esenciales de la figura del rescate, a nadie se le escapa que esta forma de resolución de las concesiones plantea una problemática de complejidad elevada, tanto desde el punto de vista ideológico, como de la articulación técnico-jurídica del expediente y de los acuerdos a adoptar para su ejecución. Así, como principales elementos de esa problemática pueden distinguirse los siguientes:

- a) En primer término, el debate sobre los límites de la iniciativa pública económica, cuestión que ya ocupó una parte del debate constitucional y que desde 1978 hasta hoy no ha dejado de estar presente.

En el momento actual se ha visto actualizada a partir de las propuestas de partidos políticos y asociaciones y movimientos ciudadanos en favor de lo que ha venido en llamarse *remunicipalización de los servicios públicos*, entendida como una asunción de la gestión directa de los mismos, y que puede diferirse hasta la finalización de la concesión, o anticiparse mediante la fórmula del rescate.⁵⁶²

En la medida en que esa tendencia vaya ganando adeptos se irá imponiendo a la que hasta hace bien poco preconizaba que, en la disyuntiva de optar por la gestión directa de los servicios o por una de las modalidades contractuales que caracterizan la indirecta, se optara por la externalización, alternativa en la que invariablemente se esgrimían los argumentos del menor coste estas modalidades, la conveniencia de introducir técnicas de gestión privada y adecuadas al mercado y la necesidad de no comprometer un volumen excesivo de recursos públicos. En esta línea de razonamiento y en una coyuntura de crisis económica como la del período 2008- 2013, las propuestas en favor de la gestión indirecta cobraron más fuerza todavía, y muestra de ello lo constituyó el inciso incorporado al inicio del art. 85.2 de la LBRL, por la

⁵⁶² Como muestras de esas propuestas pueden citarse las referidas a:

a.1) *Reconsiderar la gestión privada del agua o la privatización de los aparcamientos en Barcelona*, formulada por Ada Colau, Alcaldesa con *Barcelona en Comú* (Expansión, 26.5.2015); véase

<http://www.expansion.com/catalunya/2015/05/26/556439e3268e3ee7148b456e.html>

a.2) *Remunicipalización de los servicios funerarios de Madrid*, a partir de septiembre de 2016 cuando finalice el contrato con la empresa mixta *Funespaña* (anuncio efectuado por responsables municipales y recogido por Europa Press el 7.10.2015); véase <http://www.europapress.es/madrid/noticia-ayuntamiento-remunicipalizara-servicios-funerarios-dentro-ano-subrogara-trabajadores-20151007150401.html>

a.3) Moción aprobada por el Parlamento de Cataluña núm. 223/X, de 19.6.2015 (Diario de Sesiones, pág. 113), sobre *las externalizaciones, los subcontratos y las privatizaciones de los servicios públicos*, a propuesta de la CUP (Candidatura d'Unitat Popular).

a.4) El panorama de las diferentes propuestas de remunicipalización que ofrece MARTÍN DE PABLOS (2015); véase <http://hayderecho.com/2015/06/24/remunicipalizar-los-servicios-publicos-que-prestan-los-ayuntamientos-depende/>

LRSAL (1º.21), en el sentido de que los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas en el mismo.

El tiempo dirá cual de las dos tendencias se va imponiendo, aunque es muy posible que el debate sobre la *remunicipalización* y las formas de gestión directa o indirecta ocupe el centro tanto de la *agenda política*, como de la doctrina científica.⁵⁶³

b) En segundo término, deben recordarse las vinculaciones que el rescate como forma de resolución de la concesión establece en relación con la gestión directa en régimen de monopolio y la necesidad de tramitar el complejo expediente de municipalización.⁵⁶⁴

⁵⁶³ Una buena prueba de su proyección en este último ámbito lo constituyen los trabajos publicados en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59 (febrero-marzo de 2016), por TORNOS MAS («La remunicipalización de los servicios locales. Algunas precisiones conceptuales»), GIMENO FELIU («Remunicipalización y Derecho comunitario»), CASTILLO BLANCO («Remunicipalización de servicios locales y situación del personal de los servicios rescatados») y VILLAR ROJAS («Principios de sostenibilidad y estabilidad presupuestaria en la gestión de los servicios locales»). Sobre la *municipalización de servicios* véase también MAGALDI MENDAÑA (2011, 2011b, 2011c y 2012).

Sobre el propósito de la LRSAL en favor de la privatización de los servicios públicos locales y la creación de mercados de mayor dimensión territorial, tendencialmente provinciales, para su prestación, véase BOIX PALOP (2014:IV)

⁵⁶⁴ Como manifestaciones de la complejidad vinculada a las figuras mencionadas, recogidas por TORNOS MAS (2015), pueden consultarse los supuestos siguientes:

b.1) Informe núm. 19/2015, de 26.3, de la *Autoridad Catalana de la Competencia* (ACCO), emitido en relación con el expediente de *municipalización en régimen de monopolio del servicio público de abastecimiento de agua potable del municipio de Santa Maria d'Oló* (Barcelona), en aplicación del trámite introducido en el TRLocal/1986 (art. 97.2) por la LRSAL/2013, y cuyas conclusiones son las siguientes:

«Primera. En la documentación aportada junto con la petición de informe a la ACCO, el Ayuntamiento de Santa Maria d'Oló no aporta justificación suficiente sobre la conveniencia de establecer un régimen de monopolio público para la prestación del servicio de abastecimiento domiciliario de agua potable, ni contiene ningún análisis de los beneficios de esta opción frente a otros posibles.

Segunda. En términos de competencia, la situación de facto que se produce es básicamente la misma, a saber, la prestación de un servicio municipal por parte de una entidad (en el caso actual, una entidad privada y en lo que resulta después de la actuación de que el Ayuntamiento de Santa Maria d'Oló quiere llevar a cabo, una empresa pública) sin que se haya suscitado la competencia para acceder al mercado.

Así, el régimen de monopolio público no propicia ni la competencia EN el mercado ni la competencia POR el mercado.

Tercera. Adicionalmente, se considera que la forma escogida para la gestión del servicio de abastecimiento domiciliario de agua potable del municipio de Santa Maria d'Oló, es decir, un convenio entre su Ayuntamiento y el Ayuntamiento de Manresa a fin de que sea Aigües de Manresa, SA, titularidad de este último Ayuntamiento, la que preste el servicio en calidad de medio propio, podría presentar problemas de legalidad así como afectaciones negativas en términos de competencia.

Cuarta. En la medida en que la opción escogida por el Ayuntamiento de Santa Maria d'Oló genera dudas de legalidad y que no permite ningún tipo de competencia, la ACCO recomienda al Ayuntamiento de Santa Maria d'Oló que tome en consideración la posibilidad de gestionar el servicio de abastecimiento de agua potable domiciliario de manera diferente. Por ejemplo, la convocatoria de un procedimiento de licitación pública, de conformidad con la regulación correspondiente a los contratos del sector público, permitiría suscitar la competencia por el mercado así como desvanecer los riesgos jurídicos detectados.»

Puede consultarse el Informe 19/2015 en

http://acco.gencat.cat/web/ content/80_ acco/documents/arxiu/actuacions/Informe-art-97-2-RD-Leg-781-1986-Sta-Maria-dOlo_CAST.pdf

b.2) STS núm. 1724/2005, de 25.11 (RJCA 2006 361), también sobre el servicio de abastecimiento de agua, y se plantean la municipalización del mismo y la expropiación de las instalaciones de unos particulares que lo venían prestando, bien que como *comunidad de usuarios* de carácter privado, por parte del Ayuntamiento, lo que lleva al Tribunal a formular las siguientes consideraciones:

«SEXTO

En cambio (el Ayuntamiento) parece fundamentar la existencia del presupuesto expropiatorio – la declaración de utilidad pública e interés social– en que el municipio en el ámbito de sus competencias, para la gestión de sus intereses, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal, servicios entre los que se encuentran el suministro de agua, que los municipios deben prestar como mínimo, considerando que el abastecimiento y depuración de las aguas constituye un servicio esencial, cuya reserva está declarada a favor de las entidades locales y cuya gestión puede realizar directamente la entidad local.

La Constitución (RCL 1978, 2836) vigente en el art. 128.2 establece ciertamente que mediante Ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio.

*Esa reserva que ha de hacerse por Ley constituye sin duda una excepción a la libertad de empresa que reconoce el art. 38 de la propia Constitución. Esa reserva no exige sin embargo que deba hacerse mediante Ley orgánica, sino que puede hacerse mediante Ley ordinaria, pareciendo ser esa reserva de Ley absoluta y si tradicionalmente se vienen distinguiendo dos supuestos de reserva: originaria y sucesiva, haciendo la primera referencia a recursos que aún no han sido objeto de explotación y sobre todo a servicios que no se encuentran en el sector privado, es decir, actividades o servicios que no han sido aún objeto de realización o prestación, en cuyo caso la reserva al sector público de unos y otros no debe ir acompañada de indemnización alguna. El supuesto es del todo diferente **cuando algún sujeto privado se halla explotando algún recurso a través de un título bien sea jurídico privado o bien adquirido mediante concesión administrativa, en cuyo caso la reserva al sector público ha de ir acompañada de una indemnización.** La situación es similar a la que se produce cuando la reserva afecta a algún servicio que ya se viniere realizando o prestando por algún particular, máxime cuando aquella suponga además la transferencia al sector público de bienes de titularidad privada, operación que supone sin duda una verdadera expropiación o privación de bienes o derechos, a la que el art. 33.3 de la CE anuda la correspondiente indemnización.*

SÉPTIMO

*Esa reserva conlleva sin duda una **publicatio** o al menos **habilita** sino para una nacionalización, sí **para una provincialización o municipalización de una actividad o servicio** y no obstante ser cierto, que esos términos, más que ellos, sus vocablos, por exigencias de normativa comunitaria, han perdido actualidad aunque debido a la mayor confianza, que en los últimos años ha cobrado el sector público, **el ordenamiento local ha recogido y regulado en cambio esos instrumentos publicadores.***

La Ley Reguladora de Bases de Régimen Local (RCL 1985, 799 y 1372) los cita expresamente en los arts. 22.2 f) y 47.3.f). Además esa reserva ha de ser matizada en el sentido de que la municipalización o provincialización de actividades o servicios es compatible incluso con la utilización de modos privados de gestión.

A partir luego de aquel dato constitucional el legislador estatal, al establecer las bases de régimen local en cumplimiento del art. 149.1.18, ha reservado a favor de las Entidades Locales ciertas actividades o servicios que ha considerado esenciales-abastecimiento y depuración de aguas, recogida, tratamiento de residuos, suministro de gas y calefacción, mataderos, mercados, y lonjas centrales, transporte público de viajeros y servicios mortuorios... en función

del elemento población, actividades o servicios reservados cuyo número puede ser ampliado mediante Ley estatal o autonómica., tal como dispone el art. 86.3 del texto básico local.

OCTAVO

Ahora bien la reserva que la Ley básica local ha realizado en ese artículo 86.3 o la que puedan realizar otras Leyes estatales o autonómicas no supone, sin embargo, la Implantación Automática del monopolio local en la actividad o servicio correspondiente sino que la efectiva municipalización requiere además la tramitación y resolución de un complejo expediente, en el que ha de intervenir no solo la propia entidad local sino también la Comunidad Autónoma. En efecto, por remisión del art. 86, 3, último párrafo, al apartado segundo de ese mismo art. el ejercicio de la actividad de monopolio por una entidad local precisa la aprobación por el pleno de la Corporación. La tramitación y resolución luego de la primera parte del procedimiento se realiza en el interior de la propia entidad local por el cauce previsto para acordar el ejercicio de una actividad económica en régimen de libre concurrencia por este tipo de actividades de acuerdo con la normativa comunitaria, el cual, sin perjuicios de las modulaciones que introduzcan en esta materia la Comunidad Autónoma, comprende según el art. 97.1 los trámites siguientes a realizar: acuerdo inicial de la Corporación, previa designación de una comisión de estudio compuesta por corporativos y personal técnico; redacción por dicha comisión de una memoria relativa a los aspectos sociales, jurídico, técnico y financiero del servicio, en la que deberá determinarse la forma de gestión y los casos en que debe cesar la realización o prestación. Deberá incluirse proyecto de precios del servicio; exposición al público de la memoria después de ser tomada en consideración por la corporación por un plazo no inferior a 30 días naturales, en los que se podrán formular alegaciones por particulares y entidades. Y si de lo anterior resultare la conveniencia del establecimiento del monopolio para la ejecución del servicio reservado, por imposición del art. 47.3, f) de la LRBRL (RCL 1985, 799 y 1372), el proyecto deberá ser aprobado por acuerdo de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación.

NOVENO

Tramitada y resuelta la primera parte del expediente, se eleva en su integridad a la Comunidad Autónoma para que el Consejo de Gobierno (art. 97.2 del Texto Refundido del Régimen Local [RCL 1985, 799 y 1372]) o el órgano autonómico que establezcan las normas de organización de la comunidad, resuelva en el plazo de tres meses sobre la definitiva aprobación, plazo al que no es óbice el dictamen de órgano consultivo si fuere necesario.

Y como la ejecución de una actividad o servicio en régimen de monopolio, es decir, municipalizada o provincializada, puede colisionar con los particulares –como acontece en el caso de autos– que vinieran realizando la actividad o gestionando el servicio con anterioridad, con independencia del título con que se estuviere realizando uno u otro, la creación del monopolio supone sin duda un desplazamiento de la Iniciativa Privada, lo que se ha de traducir en una expropiación de la empresa o, incluso en un rescate del título con que, en su caso, vengan ejerciendo la actividad o servicio, supuestos, uno y otro, que sólo podrán llevarse a cabo mediante la correspondiente indemnización; se trata pues de una actuación administrativa expropiatoria, para la que el art. 99 del Texto Refundido del Régimen Local establece algunas previsiones: preceptivo aviso a los interesados al menos con seis meses de antelación al inicio de las actuaciones expropiatorias; la determinación de la indemnización o justiprecio que seguirá las reglas previstas en la LEF (RCL 1954, 1848).

DÉCIMO

Consiguientemente si la publicación municipalizadora o provincializadora no diere lugar siquiera a rescate de concesión alguno o a la expropiación de bienes, el desplazamiento de la actividad del particular que venga realizando la actividad que ha dado lugar a la publicación generará al menos la obligación resarcitoria de la Corporación, si se derivan perjuicios para el particular privado de la misma, lo cual encuentra apoyo obviamente en la responsabilidad patrimonial de la administración, actualmente prevista en el art. 139.3 de la Ley 30/92 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246).

En el caso que se examina la corporación demandada se cuidó de indagar la existencia de la Comunidad de usuarios de la traída de aguas de Calvos de Randín, solicitando para ello de la Confederación Hidrográfica del Norte, de conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio (RCL 2001, 1824 y 2906), certificación acreditativa de la situación administrativa en el Registro de Aguas de esa Comunidad demandante, informándose por ese organismo de cuenca con fecha 27 de marzo de 2002, que revisado los archivos de esa Comisaría de Aguas no consta ninguna solicitud de esa Comunidad, para cerciorarse de la

inexistencia de un uso privativo de dominio público hidráulico, del que forman parte también las aguas subterráneas, si bien en este caso el titular del predio bajo el que se encuentren podrá alumbrarlas y aprovecharlas en las condiciones que se establezcan, teniendo un derecho de aprovechamiento ex lege sin necesidad de título administrativo hasta un volumen total anual al menos de 7000 metros cúbicos, aprovechamiento de aguas públicas, que como ha venido a reconocer incluso el TC en sentencia 227/1998 (RTC 1998, 227), no requiere concesión administrativa, y si la Ley exige que los propietarios comuniquen la utilización a efectos estadísticos, de inscripción en el Registro de Aguas y de control, la protección del cumplimiento de ese deber o del de obtener la concesión correspondiente para su aprovechamiento privativo como comunidad para el abastecimiento conjunta de varias poblaciones en el supuesto de exceder de ese caudal ha de obtenerse con el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración hidráulica y hasta en su caso de la penal, de las que en los presentes autos no hay constancia de haberse ejercitado por dicha Administración Hidráulica.

UNDÉCIMO

Es cierto que concedido ese aprovechamiento se pueden extinguir por una serie de causas, entre ellas la expropiación forzosa, la caducidad y el consiguiente rescate previa declaración formal por la Administración concedente, pero también lo es que la inexistencia de título habilitante para uso privativo de las aguas alumbradas para el exclusivo abastecimiento conjunto de varias poblaciones o la existencia en su caso de tales causas entre las que destacaría el rescate del título concesional no eximen en modo alguno de obtener su concesión sin perjuicio de tercero –entre otros principios que informan la concesión– por parte de la Entidad Local demandada, puesto que entre los titulares de aprovechamiento directo no se incluyen ni mencionan a las Entidades Locales, que deberán instar la correspondiente concesión para prestar el servicio esencial de abastecimiento de agua a poblaciones y aquí no se acredita que la entidad local demandada la haya solicitado, debiendo traerse a colación lo que establece el Real Decreto Legislativo 1/2001 (RCL 2001, 1824 y 2906) en su art. 89 en relación con los requisitos para el abastecimiento a varias poblaciones:

«1. El otorgamiento de las concesiones para abastecimiento a varias poblaciones estará condicionado a que las Corporaciones Locales estén constituidas a estos efectos en Mancomunidades, Consorcios u otras entidades semejantes, de acuerdo con la legislación por la que se rijan, o a que todas ellas reciban el agua a través de una misma empresa concesionaria.

2. Con independencia de su especial estatuto jurídico, el consorcio o Comunidad de que se trate elaborará las ordenanzas previstas en el artículo 81».

DUODÉCIMO

*Por otro lado, si la asunción y consiguiente prestación en régimen de monopolio, es decir, municipalizado o provincializado, de un servicio colisiona con particulares que vienen prestando –como en este caso de autos según anticipamos– dicho servicio con anterioridad y conlleva un desplazamiento –como pretende la Entidad Local demandada– de la iniciativa privada, que se traduce en una expropiación al menos de los predios donde resultan alumbradas, de los predios en los que se construyen los depósitos y se instalan las tuberías de conducción hasta las poblaciones a abastecer como pretende dicha Entidad Local, la ejecución de una actividad o la prestación de un servicio en tal concepto presupone la tramitación y resolución del complejo expediente de municipalización, **al no ser automática la implantación del monopolio municipal en el servicio y requerir al contrario un procedimiento bifásico del que hemos dado cuenta con antelación y tal procedimiento en las presentes actuaciones que se han sometido a consideración de esta Sala se ha omitido en su totalidad, por lo que de conformidad con el art. 62 1, e) de la Ley 30/92 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) el acuerdo impugnado es nulo de pleno derecho.***

Lo razonado pues conduce a la estimación del presente recurso y a la anulación del acuerdo del Pleno del Ayuntamiento demandado de fecha 26 de abril de 2002 por ser contrario a derecho; en consecuencia se dejan sin efecto las actuaciones administrativas que traigan causa del mismo.»

- c) En tercer lugar, también debe reseñarse la problemática relativa a la subrogación por parte de la Administración que asume la gestión del servicio respecto de los trabajadores del contratista que venía prestándolo antes del rescate.⁵⁶⁵
- d) Finalmente, debe dejarse constancia de los posibles condicionamientos que respecto del rescate se deriven de la aplicación de las exigencias comunitarias en orden a la contención del déficit público, la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera, así como la eventualidad de las limitaciones derivadas de la Directiva 2014/23/UE en la medida en que no contempla dicha causa como una de las extintivas de la concesión.⁵⁶⁶

⁵⁶⁵ Tal como ya se ha señalado con ocasión de la extinción por cumplimiento del contrato, se trata de una situación que es objeto de regulación por la legislación social, pero también por el Derecho comunitario. La regulación social viene constituida por el art. 44 del Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRET) y, en cuanto a la comunitaria, debe reseñarse la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001. Ambas resultan de aplicación a la propia Administración que asume mediante gestión directa la prestación del servicio, como pone de manifiesto la STJUE de 26.11.2015 (A C509/14, petición de decisión prejudicial planteada, conforme al art. 267 TFUE, por el TSJPaísVasco). Esta sentencia se dicta en relación con la negativa de la empresa pública estatal ADIF (Administrador de Infraestructuras Ferroviarias) a subrogarse en la posición que tenía la empresa que venía prestando el servicio de manipulación de unidades de transporte intermodal en la terminal de Bilbao (empresa ALGEPOSA), y el pronunciamiento judicial es el siguiente:

«El artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de [transmisiones] de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, debe interpretarse en el sentido de que está comprendida en el ámbito de aplicación de esa Directiva una situación en la que una empresa pública, titular de una actividad económica de manipulación de unidades de transporte intermodal, confía mediante un contrato de gestión de servicios públicos la explotación de esa actividad a otra empresa, poniendo a disposición de ésta las infraestructuras y el equipamiento necesarios de los que es propietaria, y posteriormente decide poner fin a dicho contrato sin asumir al personal de esta última empresa porque en lo sucesivo va a explotar esa actividad ella misma con su propio personal».

Sobre la situación del personal de los servicios rescatados, véase *in extenso* el ya citado trabajo de CASTILLO BLANCO (2016), que respecto de la «(re)municipalización de servicios públicos» concluye: «a diferencia de otros procesos que acontecen de reestructuración de servicios públicos, en lo atinente a su impacto sobre el personal está carente de la más mínima regulación específica de carácter administrativo o de normas laborales de carácter especial cuya exigencia se hace evidente a tenor de lo expuesto en este trabajo y la enorme confusión e inseguridad que se genera con este vacío normativo» (CASTILLO BLANCO, 2016: 95).

⁵⁶⁶ Esta es la posición que mantiene GIMENO FELIU en las reflexiones conclusivas del trabajo antes citado, y cuya argumentación es la siguiente:

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

Pero si se opta por una concesión, debe advertirse que los contratos que se celebren se encuentren ahora sometidos plenamente a una regulación europea, cuyos principios se extienden a todas las fases de ejecución del contrato (de la concesión, en nuestro caso), que incluye la resolución de contratos (artículo 30 de la Directiva 2014/23). Y allí existe un límite relativo a la resolución del contrato que será un elemento de control (artículo 44). De este precepto se infiere una clara limitación a la posibilidad de resolver anticipadamente concesiones de obras o servicios, pues deja de ser una prerrogativa del poder adjudicador.

4.13.3.4 La supresión del servicio por razones de interés público (TRLCSP, 286.c y ALCSP, 292.d).

Sobre esta causa específica de resolución del contrato de gestión de servicios públicos y de la concesión, en particular, pueden formularse las siguientes consideraciones:

1ª El fundamento para ejercitarla es la potestad de autoorganización de las entidades locales, que tiene un amparo general en la LBRL (art. 4.1.a), y una previsión específica referida al establecimiento o creación de servicios públicos (RS, art. 30 y correlativa legislación autonómica).⁵⁶⁷

La causa que analizamos supone la aplicación del principio de *contrarius actus* respecto de esa potestad de autoorganización y creación del servicio, que incluso es

Prima la idea de seguridad jurídica y de respeto al principio *pacta sunt servanda*. Y ello porque la relación jurídica concesional no puede interpretarse desde la lógica de la prerrogativa del interés público. La potestad de resolver anticipadamente, al igual que sucede con el *ius variandi*, queda constreñido al respeto de ciertas reglas y se escapa de la posibilidad de resolver anticipadamente por motivos de oportunidad o discrecionales del contrato.

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

Y la resolución de concesiones es un claro ejemplo, que limita la posibilidad de extinguir un contrato por rescate, pues parece establecer un número cerrado de causas de resolución. El interés público –al igual que sucede con la modificación contractual– ya no es título jurídico suficiente para ejercer potestades sobre el contrato. Los ejes de la regulación europea no son las prerrogativas públicas, sino preservar el derecho de la competencia entre operadores y respetar el principio de seguridad jurídica que obliga a estar a lo pactado. Máxime en un sector donde las inversiones del sector privado son tan necesarias. La opción de rescate de concesiones debe, en definitiva, reinterpretarse 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)» (GIMENO FELIU, 2016b: 70).

Como contrapunto a esa opinión puede citarse al Consejo de Estado, en cuyo Dictamen núm. 1116/2015, de 10.3.2016, sigue citando entre las causas de resolución de las concesiones el rescate, sin condicionamiento alguno al respecto (p. 78 y 246).

⁵⁶⁷ Sobre la legislación autonómica local, véase: TRLCat/2003 (art. 246.1), LArag 7/1999 (199.2), LGal 5/1997 (297.1), LFNav 6/1990 (186.1), LMad 2/2003 (98.2), LRioja 1/2003 (204.1), LIB 20/2006 (151.2) y LAnd 5/2010 (26.2 y 30).

objeto de una consideración expresa, al atribuir a la *Corporación concedente la potestad de suprimir el servicio* (RS, art. 127.1.6ª).

2ª Los límites del ejercicio de tal potestad son tres:

- Que obedezca a razones de interés público, cuya concurrencia habrá que justificar y acreditar, en términos análogos a los señalados en relación con el rescate de la concesión.
- Que la supresión vaya acompañada de la correspondiente indemnización.⁵⁶⁸
- Que no se trate de los denominados *servicios obligatorios*, recogidos en la legislación básica (LBRL, art. 26) y en la autonómica.⁵⁶⁹

3ª Se concluye de las afirmaciones anteriores que el concesionario no ostenta un derecho subjetivo a oponerse a la supresión, lo que desde luego no significa que no pueda objetar la medida, pero siempre concretada a los elementos que le sirven de base, esto es, el montante de la indemnización o las razones de interés público que motivan la supresión.

4ª Esta segunda posibilidad es factible que sea también utilizada por los usuarios del servicio, que presumiblemente se opondrán a su supresión.⁵⁷⁰

⁵⁶⁸ Aunque será objeto de análisis más pormenorizado en el epígrafe siguiente, puede adelantarse que se ha planteado la posibilidad de que «se imponga al adjudicatario del contrato (en los pliegos) que la eventual supresión del servicio no comportará ninguna indemnización al concesionario» (BLANQUER CRIADO, 2012: 1336 y 1337).

⁵⁶⁹ La LBRL preveía la dispensa de los servicios obligatorios en su art. 26.2, apartado que fue sustituido por la regulación sobre la coordinación por las diputaciones provinciales de la prestación, en los municipios con población inferior a 20.000 h, de los servicios siguientes:

- a) Recogida y tratamiento de residuos.
- b) Abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales.
- c) Limpieza viaria.
- d) Acceso a los núcleos de población.
- e) Pavimentación de vías urbanas.
- f) Alumbrado público.

Sobre la regulación autonómica detallada de la dispensa, véase el ROAS/1995 (art. 163 y 170-174) y el RBASO/2002 (art. 217 y 220-223).

⁵⁷⁰ En este sentido, MESTRE DELGADO (2011: 2171).

Ciertamente, no ha resultado muy habitual que las entidades locales hayan acordado suprimir servicios públicos, aunque es esta una eventualidad cuya posibilidad se acrecienta en los contextos de crisis económica.

4.13.3.5. La imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato (TRLCSP, 286.d y ALCSP, 292.e).

La última de las causas específicas de resolución del contrato de gestión de servicios públicos y de la concesión, en particular, tiene unos perfiles difíciles de definir. Para empezar, se efectúa una referencia a *la Administración* que adopta unos acuerdos, con posterioridad a la formalización del contrato, que determinan la imposibilidad de la explotación del servicio. Pero esa mención es imprecisa, pues no queda claro si es la titular del servicio y, por tanto, la contratante, u otra Administración, por lo que cabrá entender que puede serlo cualquiera de las dos. En tal caso, si los acuerdos se adoptan al margen del contrato, estaríamos ante un supuesto límite del *factum principis*.⁵⁷¹

En cambio, si quien adopta los acuerdos es la misma Administración contratante puede resultar que nos encontremos ante una aplicación también límite de la potestad del *ius variandi*, pero con unos efectos que no son los propios de la modificación del contrato de gestión del servicio –con toda su problemática–, sino los de la imposibilidad de explotarlo.

Por otro lado, es también vaga en sí misma la remisión a la *imposibilidad de la explotación del servicio*, pues no contiene ningún tipo de gradación (sobre si ha de ser

⁵⁷¹ Esta institución que altera el equilibrio económico del contrato ha sido analizada en los epígrafes 4.9.2.2.b) y 4.9.6.2.7ª). Al comentar el art. 167.d) del TRLCAP/2000, cuyo contenido es el mismo que el del 286.d) del TRLCSP/2011, RUIZ OJEDA opina que esta causa resolutoria «tiene claras reminiscencias de la vieja doctrina del *factum principis*, concebida para paliar el efecto lesivo que tienen en la economía del contrato las actuaciones de la Administración realizadas fuera del ámbito contractual. Pero sucede que la presente Ley sólo apela al *factum principis* en su versión extrema, sin soluciones intermedias, en tanto que la contempla exclusivamente para justificar la extinción del contrato de gestión, al verificarse la “imposibilidad de explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato”. Hubiera sido deseable reconocer expresamente al contratista el derecho a ser indemnizado como consecuencia de los efectos negativos sobre la explotación de actuaciones de la Administración externas a la gestión del servicio, en lugar de dar cabida a esos efectos simplemente para resolver el contrato» (2004: 901).

total o, aun siendo parcial, si debe tener carácter esencial), ni de concreción respecto de su naturaleza (económica, jurídica u otra).⁵⁷²

Finalmente, esta causa acaba coincidiendo, si bien por vías indirectas, con el resultado de la ya analizada de la *supresión del servicio* (TRLCSF, 286.c y ALCSP, 292.c), con la relevante diferencia de que, a diferencia de ésta, en la relativa a la *imposibilidad de explotación del servicio* corresponde alegarla e instar la resolución al concesionario.

4.14. Efectos de la resolución en las concesiones de servicios públicos (I): planteamiento y regulación

4.14.1. Planteamiento

La regulación de los efectos de la resolución de las concesiones ha sido objeto de una modificación de gran calado, cuya preparación se vino gestando desde 2008 y que se ha materializado en diversas normas en 2014 y 2015, con reflejo en los ALCSP de abril y octubre de 2015.⁵⁷³

La modificación se articula en torno a la denominada *responsabilidad patrimonial de la Administración* (por acrónimo, RPA), entendiendo por tal, en el ámbito de la contratación pública, «la obligación que tiene la Administración frente al concesionario de devolver el valor patrimonial de la inversión realizada y pendiente de amortización en los supuestos de resolución anticipada de la concesión. Su cálculo habrá de atender, en principio, al equilibrio de prestaciones y de riesgos entre las partes que fija el contrato pues, de otra forma, se produciría también un enriquecimiento injusto».⁵⁷⁴

⁵⁷² Suscribimos íntegramente las palabras de RUIZ OJEDA: «No resulta tampoco demasiado clara la dicción literal de la letra *d*) de este artículo 167 (del TRLCAP/2000, que se corresponde con el 286 del TRLCSF), sobre todo en lo que respecta a la “imposibilidad de la explotación del servicio”. Pensamos que tal imposibilidad debe ser entendida en sentido amplio, no sólo como imposibilidad económica o *bouleversement* (convulsión, agitación, ruptura) de la economía del contrato, que haga de la continuación en la explotación algo ruinoso para el gestor, sino también en los supuestos de concurrencia de cualquier tipo de impedimentos jurídicos o materiales que sean consecuencia de la actuación de la Administración» (2004: 901).

⁵⁷³ Esa modificación ha sido calificada como «giro copernicano en el sistema concesional español, que altera de manera muy sustancial las bases de lo que ha venido siendo dicho sistema concesional» por DORREGO DE CARLOS (2015).

⁵⁷⁴ GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, BOTELLA CARRETERO y ARAÚJO BARCELÓ (2015: 599).

Pese a la homonimia, se trata de una figura que poco o nada tiene que ver con la genuina institución, objeto de reconocimiento y garantía constitucional, según la cual «los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos» (CE, 106.2). Y que, en el plano legislativo, es definida en términos análogos e identificada también como *responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*.⁵⁷⁵

⁵⁷⁵ Así:

a) En la L 30/1992, en su Título X, Capítulo Primero (sobre *Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*), y, concretamente, en el art. 139, sobre *Principios de responsabilidad*, que dispone lo siguiente:

«1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

3. Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos.

4. La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley Orgánica del Poder Judicial.

5. El Consejo de Ministros fijará el importe de las indemnizaciones que proceda abonar cuando el Tribunal Constitucional haya declarado, a instancia de parte interesada, la existencia de un funcionamiento anormal en la tramitación de los recursos de amparo o de las cuestiones de inconstitucionalidad.

El procedimiento para fijar el importe de las indemnizaciones se tramitará por el Ministerio de Justicia, con audiencia al Consejo de Estado.»

b) Y en la L 40/2015, de 1.10, de Régimen Jurídico del Sector Público, que sustituirá a la anterior a partir del 2.10.2016, y cuyo Título Preliminar, Capítulo IV (intitulado *De la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*), incluye el art. 32, sobre *Principios de la responsabilidad*, que, en una formulación más acabada, prescribe:

«1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización.

2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

3. Asimismo, los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen.

La responsabilidad del Estado legislador podrá surgir también en los siguientes supuestos, siempre que concurren los requisitos previstos en los apartados anteriores:

a) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, siempre que concurren los requisitos del apartado 4.

No obstante lo equívoco de esa identidad en las locuciones, lo cierto es que el uso de la RPA en referencia a las concesiones ha adquirido tal carta de naturaleza que no puede obviarse su empleo, y ello pese a que bien pudiera sustituirse por las expresiones de *indemnización por el valor patrimonial de la concesión* o de *garantía implícita de la Administración concedente*.⁵⁷⁶

Inevitable, pues, la remisión a la RPA en relación con la resolución de las concesiones, debe añadirse que la modificación de su régimen jurídico tiene un origen directamente vinculado con la crisis económica y, en particular, con los procedimientos concursales seguidos a las sociedades concesionarias de una decena de autopistas (las

b) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5.

4. Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada.

5. Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada. Asimismo, deberán cumplirse todos los requisitos siguientes:

a) La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares.

b) El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado.

c) Ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares.

6. La sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o declare el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea producirá efectos desde la fecha de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» o en el «Diario Oficial de la Unión Europea», según el caso, salvo que en ella se establezca otra cosa.

7. La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

8. El Consejo de Ministros fijará el importe de las indemnizaciones que proceda abonar cuando el Tribunal Constitucional haya declarado, a instancia de parte interesada, la existencia de un funcionamiento anormal en la tramitación de los recursos de amparo o de las cuestiones de inconstitucionalidad.

El procedimiento para fijar el importe de las indemnizaciones se tramitará por el Ministerio de Justicia, con audiencia al Consejo de Estado.

9. Se seguirá el procedimiento previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas para determinar la responsabilidad de las Administraciones Públicas por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos cuando sean consecuencia de una orden inmediata y directa de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma sin perjuicio de las especialidades que, en su caso establezca el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.»

⁵⁷⁶ Tal como se precisará más adelante, utiliza esta segunda expresión DORREGO DE CARLOS (2015).

denominadas *radiales de Madrid* y otras del sureste español). A esos procedimientos se vieron abocadas las concesionarias como consecuencia, principalmente, de los altísimos sobrecostes y otros problemas conexos que hubieron de afrontar por las expropiaciones de terrenos llevadas a cabo para la construcción de las autopistas y la no realización de las expectativas del tráfico de vehículos que debía discurrir por las mismas. Al final de todos esos complejos procedimientos concursales (ex L 22/2003, de 9.7), se cierne la amenaza de la liquidación de las concesiones y la ejecución de sus garantías, con las consecuencias derivada de la resolución de las mismas y la exigencia del abono de cuantiosas indemnizaciones por parte de la Administración General del Estado (AGE) por el valor patrimonial de las concesiones al producirse su reversión.

Sucintamente explicados, estos son los factores que han dado lugar a uno de los problemas económico-financieros más graves de la AGE, y de la correlativa adopción de medidas jurídicas para mitigar sus consecuencias tanto en el presente, como reducirlas en el futuro.⁵⁷⁷

⁵⁷⁷ La complejidad y la problemática de todo este asunto obligan a un ejercicio de síntesis a la hora de citar las referencias, que sucintamente expuestas son las siguientes:

- a) Sobre las autopistas de peaje afectadas (MENEDEZ SARRIES, 2014: 4):
 - «- Autopista AP-41 (Madrid-Toledo). Esta autopista, que se abrió en diciembre de 2006, fue la primera en declararse en quiebra en mayo de 2012 tras arrastrar una deuda de 530 millones de euros (380 millones a los bancos y 150 a los expropiados). Entre sus propietarios figuran empresas como Isolux, Comsa y Sando.
 - Radial 4 (Madrid-Ocaña). La autopista radial R-4 se declaró en concurso de acreedores en octubre de 2012, ya que las sociedades concesionarias no pudieron hacer frente a la deuda de 575 millones de euros. Las constructoras Cintra-Ferrovial y Sacyr y la antigua Caja Castilla-La Mancha están detrás de esta inversión. Su tráfico cayó un 16,4% (hasta 4.949 vehículos diarios) entre enero y septiembre de 2013.
 - Radial 3 (Madrid-Arganda) y Radial 5 (Madrid-Navalcarnero). La compañía Accesos de Madrid, que logró las concesiones de la R-3 y R-5 (participada por Abertis, Sacyr y ACS), declaró concurso voluntario de acreedores días después de hacerlo la R-4 para refinanciar la deuda de 666 millones contraída con los bancos.
 - Radial 2 (Madrid-Guadalajara). Henarsa, sociedad que ostenta la concesión de la R-2 madrileña, fue declarada en concurso voluntario de acreedores en septiembre de 2013 tras acumular una deuda financiera de al menos 450 millones de euros. Está participada por Abertis, ACS, Acciona y Globalvía. Es la autopista que más tráfico perdió en 2013, un 22,5%.
 - Autopista AP-36 Ocaña-La Roda. La empresa concesionaria —gestionada por Ferrovial, Sacyr y Kutxa— entró el concurso voluntario de acreedores en diciembre de 2012 —tras solicitarlo en octubre— al no poder hacer frente a un endeudamiento de 522 millones de euros que vencía a finales de ese año. En su momento se justificó su construcción por ser la alternativa de pago para llegar al Mediterráneo.
 - Circunvalación de Alicante. Se declaró en concurso de acreedores en el verano de 2013. La concesionaria Ciralsa reconocía así su situación de insolvencia al declarar un pasivo superior a los 400 millones de euros. Su tráfico en 2013 había disminuido un 7,3% (hasta los 5.293 tránsitos al día).
 - Autopista AP-7 Cartagena-Vera. La falta de tráfico —cayó un 3% solo en 2013— y la imposibilidad de atender el pago de intereses y los sobrecostes por obras y expropiaciones llevaron a Aucosta, la sociedad concesionaria —participada por Ploder,

No obstante el interés de la problemática de las autopistas y de los contratos de concesiones de obras que les dan cobertura, lo relevante para nuestro trabajo son los efectos que han tenido en la regulación de los contratos de gestión de servicios públicos y de las concesiones, en particular. Con este objetivo, y como paso previo a su análisis detallado, cabe adelantar cuáles han sido los hitos principales de esta regulación:

1º En relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración.

- a) Salvo en sus antecedentes remotos, la regulación de la RPA como *indemnización por el valor de la inversión efectuada* por el contratista en caso de resolución anticipada del CGSP y de las concesiones se ha mantenido inalterada desde la LCE/1965 al texto del TRLCSP vigente hasta el 21 de octubre de 2015.

Se adoptaron, eso sí, medidas destinadas a compensar la obligación, impuesta judicialmente a la Administración General del Estado (AGE), de abonar las

Globalvía (FCC y Bankia), Unicaja, BMN y CAM— a declararse en concurso de acreedores en febrero de 2013 con un endeudamiento total de unos 550 millones de euros.

- Autopista AP-7 Alicante-Cartagena. Ausur, la sociedad que explota la infraestructura, aún no se ha declarado en concurso de acreedores pese a la importante deuda que mantiene con el consorcio bancario—Santander, BBVA, CaixaBank, Bankia, Sabadell y Popular— que le concedió un crédito de 210 millones de euros. Los bancos creen que la única solución pasa por la nacionalización, pero los accionistas de Ausur están intentando renegociar la deuda. La autopista alcanzó su tráfico máximo en 2007, con 20.410 vehículos, y ha ido perdiendo usuarios hasta rozar los 17.000.

- Autopista Eje Aeropuerto M-12. Esta vía, de la que la constructora OHL (propiedad de la familia Villar Mir) es titular al 100%, ha sido declarada en concurso de acreedores en enero de este año, con una deuda de unos 550 millones de euros. »

Ver más en: <http://www.20minutos.es/noticia/2096562/0/claves-rescate-gobierno/autopistas/peaje/#xtor=AD-15&xts=467263>

El detalle concreto del accionariado de las sociedades, con excepción de los (AP-36 Ocaña-La Roda y AP-7 Alicante-Cartagena lo recogen RIDAO MARTÍN y GARCÍA MARTÍNEZ (2013: 102).

- b) Sobre la descripción económico-financiera y técnica de la problemática de estas autopistas y de las sociedades concesionarias, pueden señalarse, sin ánimo exhaustivo, las referencias que se detallan a continuación: ALVAREZ Y HERNÁNDEZ (2015), BARQUEROS SÁNCHEZ (2010), GANUZA Y GÓMEZ (2014), MENÉNDEZ SARRIES (2014), REBOLLO FUENTE (2015) y ROMERO VACAS (2013).
- c) Finalmente, en relación con el análisis jurídico-administrativo, las citas son las siguientes: DORREGO CARLOS (2015), FERNÁNDEZ DORADO (2015), GONZÁLEZ-DELEITO *et. al.* (2015), JIMÉNEZ MARCONI (2015), LOZANO CUTANDA (2015), MARTÍNEZ MENÉNDEZ (2015), MAYOR MENÉNDEZ (2015), RIDAO MARTÍN (2012 Y 2012b), RIDAO MARTÍN y GARCÍA MARTÍNEZ (2013) y ZAMARRO PARRA (2015 y 2015b).

indemnizaciones por las expropiaciones a los propietarios ante la falta de pago por parte de las sociedades concesionarias, inmersas en procedimientos concursales (modificación del TRLCSP y L 8/1972, de autopistas en régimen de concesión por el RD Ley 1/2014, de reforma en materia de infraestructuras y transporte, y otras medidas económicas).

- b) Producida ya la entrada en vigor de las Directivas 2014/23 y 24/UE y con la pendencia de la obligación de su transposición, el ALCSP de abril de 2015 preveía una modificación de la indemnización de la RPA que pasaba a consignarse según el *valor de mercado* de la concesión si la resolución se producía por causa imputable al concesionario.

- c) Sin embargo, la reforma se incluyó ya en la L 40/2015, de 1.10, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), cuya DA 9ª modificó, a partir del 22 de octubre de 2015, el TRLCSP, incorporando ese mismo concepto de la indemnización por el *valor de mercado* de la concesión, detallando las reglas para su cálculo, si la resolución obedece tanto a causas imputables al concesionario como a causas no imputables a la Administración, así como a la introducción de algunas variaciones en el cálculo de la *indemnización por el valor de la inversión efectuada*, si la resolución se produce por causa imputable a la Administración.⁵⁷⁸

- d) Las determinaciones incorporadas al TRLCSP han pasado al ALCSP/O/2015, con algunos ajustes de detalle, tal como se precisará más adelante.

2ª Además de la RPA, se prevén otras determinaciones sobre los efectos de la resolución de los contratos (CGSP y concesiones), referidas a las disposiciones específicas del servicio, las distintas causas de resolución y las indemnizaciones por daños y perjuicios, objeto igualmente de algunas variaciones en los términos que se verán.

⁵⁷⁸ La efectividad a partir del 22.10.2015 de estas prescripciones es el resultado de las determinaciones de la DF 18ª de la LRJSP/2015, que si bien preveía como regla general para el 2.10.2016 la entrada en vigor de la propia LRJSP, no contenía determinación alguna sobre la modificación del TRLCSP, por lo que operaba la regla del art. 2.1. del Cc del transcurso de los 20 días desde la publicación en el BOE, lo que tuvo lugar el 2.10.2015.

4.14.2. Regulación

Para una mejor comprensión de las diferencias entre los textos y las propuestas normativas se reproducirán sus respectivos contenidos siguiendo el orden cronológico apuntado, e identificando las modificaciones introducidas en cada uno de ellos en relación con el anterior.

Seguirá luego el análisis pormenorizado de la evolución operada en la RPA, así como del resto de efectos en la resolución del CGSP y de las concesiones de servicios, bien entendido que también comprenderá las determinaciones de las concesiones de obras aplicables en virtud de la remisión expresa que consagra el propio TRLCSP, o de la regla de supletoriedad consignada en el ALCSP (ex art. 295).

a) TRLCSP, hasta 21.10.2015

«Artículo 288 Efectos de la resolución

1. En los supuestos de resolución, la Administración abonará, en todo caso, al contratista el precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por éste, hayan de pasar a propiedad de aquélla, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión.

2. Con independencia de lo dispuesto en el artículo 225, el incumplimiento por parte de la Administración o del contratista de las obligaciones del contrato producirá los efectos que según las disposiciones específicas del servicio puedan afectar a estos contratos.

3. En el supuesto de la letra a) del artículo 286, el contratista tendrá derecho al abono del interés de demora previsto en la Ley por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales de las cantidades debidas o valores económicos convenidos, a partir del vencimiento del plazo previsto para su entrega, así como de los daños y perjuicios sufridos.

4. En los supuestos de las letras b), c) y d) del artículo 286, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, la Administración indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que se le irroguen, incluidos los beneficios futuros que deje de percibir, atendiendo a los resultados de la explotación en el último quinquenio y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquélla, habida cuenta de su grado de amortización.»

b) ALCSP/A/2015

«Artículo 293. Efectos de la resolución

*1. En los supuestos de resolución, la Administración abonará **al concesionario** el importe de la inversión realizada por razón de la expropiación de los terrenos, en su caso, y de la ejecución de las obras e instalaciones que, realizadas por éste, hayan de pasar a propiedad de aquélla, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión.*

En los casos en que la resolución se produzca por causa imputable al concesionario, el importe de las obras e instalaciones a las que se refiere el

párrafo anterior no podrá superar el valor de la concesión. En el supuesto de que la concesión fuese a continuar con un nuevo concesionario, el valor de la concesión vendrá constituido por el valor por el que se adjudique el nuevo contrato. En caso contrario, el valor de la concesión se determinará atendiendo a los resultados de la explotación en el último trienio.

2. Con independencia de lo dispuesto en el artículo 211, el incumplimiento por parte de la Administración o del contratista de las obligaciones del contrato producirá los efectos que según las disposiciones específicas del servicio puedan afectar a estos contratos.

3. En el supuesto de la letra a) del artículo 292, el contratista tendrá derecho al abono del interés de demora previsto en la Ley por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales de las cantidades debidas o valores económicos convenidos, a partir del vencimiento del plazo previsto para su entrega, así como de los daños y perjuicios sufridos.

4. En los supuestos de las letras b), c) y d) del artículo 292, y en general en los casos en que la resolución del contrato se produjera por causas imputables a la Administración, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, la Administración indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que se le irroguen, incluidos los beneficios futuros que deje de percibir, atendiendo a los resultados de la explotación en el último **trienio** y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquélla, habida cuenta de su grado de amortización».

c) TRLCSP, a partir de 22.10.2015

«Artículo 288. Efectos de la resolución

1. En los supuestos de resolución por causa imputable a la Administración, esta abonará al concesionario en todo caso el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la obra objeto de la concesión, atendiendo a su grado de amortización. **Al efecto, se aplicará un criterio de amortización lineal de la inversión.**

Cuando la resolución obedezca a causas no imputables a la Administración, el importe a abonar a éste por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras y adquisición de bienes que deban revertir a la Administración será el que resulte de la valoración de la concesión, determinado conforme a lo dispuesto en el artículo 271 bis.

En todo caso, se entenderá que no es imputable a la Administración la resolución del contrato cuando ésta obedezca a alguna de las causas establecidas en las letras a) y b) del artículo 223 de esta Ley.

2. Con independencia de lo dispuesto en el artículo 225, el incumplimiento por parte de la Administración o del contratista de las obligaciones del contrato producirá los efectos que según las disposiciones específicas del servicio puedan afectar a estos contratos.

3. En el supuesto de la letra a) del artículo 286, el contratista tendrá derecho al abono del interés de demora previsto en la Ley por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales de las cantidades debidas o valores económicos convenidos, a partir del vencimiento del plazo previsto para su entrega, así como de los daños y perjuicios sufridos.

4. En los supuestos de las letras b), c) y d) del artículo 286, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, la Administración indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que se le irroguen, incluidos los beneficios futuros que deje de percibir, atendiendo a los resultados de la explotación en el último **quinquenio** y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquélla, habida cuenta de su grado de amortización.»

d) ALCSP/O/2015

«Artículo 293. Efectos de la resolución

1. En los supuestos de resolución por causa imputable a la Administración, ésta abonará al concesionario en todo caso el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la obra objeto de la concesión, atendiendo a su grado de amortización. Al efecto, se aplicara un criterio de amortización lineal de la inversión.

Cuando la resolución obedezca a causas no imputables a la Administración, el importe a abonar al concesionario por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras y adquisición de bienes que deban revertir a la Administración será el que resulte de la valoración de la concesión, determinado conforme lo dispuesto en el artículo 279.

*En todo caso, se entenderá que no es imputable a la Administración la resolución del contrato cuando ésta obedezca a alguna de las causas establecidas en las letras a), b) **y f)** del artículo 209, **así como a la causa establecida en la letra a) del artículo 292.***

2. Con independencia de lo dispuesto en el artículo 211, el incumplimiento por parte de la Administración o del contratista de las obligaciones del contrato producirá los efectos que según las disposiciones específicas del servicio puedan afectar a estos contratos.

3. En el supuesto de la letra b) del artículo 292, el contratista tendrá derecho al abono del interés de demora previsto en la Ley por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales de las cantidades debidas o valores económicos convenidos, a partir del vencimiento del plazo previsto para su entrega, así como de los daños y perjuicios sufridos.

*4. En los supuestos de las letras **b)**, c), d) y e) del artículo 292, y en general en los casos en que la resolución del contrato se produjera por causas imputables a la Administración, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, la Administración indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que se le irroguen, incluidos los beneficios futuros que deje de percibir, **cuantificados conforme a lo establecido en la letra a) del apartado 3 del artículo 278** y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquélla, habida cuenta de su grado de amortización.»*

4.15. Efectos de la resolución en las concesiones de servicios (II): la indemnización al concesionario por la inversión efectuada; la denominada responsabilidad patrimonial de la Administración (RPA) y su evolución.

4.15.1. La regulación hasta octubre de 2015

a) Antecedentes remotos

En sus antecedentes remotos, cuando el concesionario incumplía sus obligaciones las consecuencias que se seguían eran, en síntesis, las siguientes:⁵⁷⁹

1ª El modelo arranca en el siglo XIX (Ley de Ferrocarriles de 6.6.1855 y Ley General de Carreteras de 4.5.1877) y parte de la base de que el incumplimiento grave y la quiebra del concesionario provocaban la caducidad de la concesión.

2ª Declarada la caducidad, la concesión era objeto de subasta, cuyo tipo se tasaba a partir del importe de los terrenos, obras ejecutadas y materiales, deducidas las subvenciones otorgadas al concesionario, al cual se entrega al remate resultante de la licitación. En el supuesto de no adjudicarse, se procedía a una segunda y tercera subasta, en su caso, con reducción del tipo en dos terceras partes o en la mitad, respectivamente. Si las tres licitaciones quedaban desiertas, el Estado se quedaba con las infraestructuras y el concesionario perdía la inversión sin percibir indemnización alguna.⁵⁸⁰

b) La configuración clásica de la RPA

Ese sistema de la caducidad y subsiguientes licitaciones se sustituyó por el modelo de RPA iniciado con la LCE/1965 (art. 76), continuado en la LCAP/1995 (170.1), TRLCSP/2000 (169.1), LCSP/2007 (264.1) y TRLCSP (288.1), y vigente hasta la reforma de octubre de 2015, y cuya configuración jurídica ha radicado en resultar, en síntesis, «una garantía de retorno de la inversión del proyecto aún en el caso de resolución anticipada del contrato».⁵⁸¹ Este modelo se ha caracterizado por lo siguiente:⁵⁸²

⁵⁷⁹ Referencias bibliográficas: ALBI CHOLBI (1960: 594-601), GONZALEZ-DELEITO *et. al.* (2015: 599-600) y DORREGO DE CARLOS (2015).

⁵⁸⁰ Curiosamente, y como ya se ha adelantado, a ese procedimiento de licitación se vuelve con la modificación introducida en el TRLCSP por la LRJSP/2015 en caso de resolución por causa no imputable a la Administración.

De otro lado, esas subastas en caso de caducidad se preveían también en el Reglamento de Servicios de 1955 (136 a 137), en el curso de un procedimiento que entiendo derogado por incompatible con la legislación básica, lo que hago extensible a la regulación coincidente del ROAS/1995 catalán (art. 261.3), como ya se ha señalado (epígrafe 4.13.2.7, c).

⁵⁸¹ GONZALEZ-DELEITO *et. al.* (2015: 600).

⁵⁸² Referencias bibliográficas: ALBI CHOLBI (1960: 662-671), DORREGO DE CARLOS (2015), GONZÁLEZ-DELEITO *et. al.* (2015: 597-624), JIMÉNEZ MARCONI (2015), LAVILLA RUBIRA (2014), MARTÍNEZ MENÉNDEZ (2015), MESTRE DELGADO (1992: 289-294 y 2011: 2170 y 2171), PÉREZ AMORÓS (2013: 1610-1623), REBOLLO FUENTE (2015), RUÍZ OJEDA (2004: 904-907) y SOSA WAGNER (2004: 246 y 247).

1ª En todos los preceptos de los textos citados e, inicialmente, en el TRLCSP (288.1) se afirmaba que «*en los supuestos de resolución, la Administración abonará, en todo caso, al contratista el precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por éste, hayan de pasar a propiedad de aquélla, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión*».

Se trataba de una regla general que, atendida su formulación (*en todo caso*), debía aplicarse a todos los supuestos de resolución del contrato, ya fueran los específicos (TRLCSP, 286), ya los generales (TRLCSP 223). Dicha regla contenía tres determinaciones:

- La referida al abono al contratista del precio de las obras e instalaciones que este ejecutó, atendido que se entendía que lo hizo a su cargo, por lo que incluía también los importes de las expropiaciones si las había abonado, y de los bienes muebles si los había adquirido.
- La de carácter interpretativo que cifraba el criterio de atender a *su estado y el tiempo que restare para la reversión*.
- La relativa a la obligación de pagar al concesionario los activos no amortizados que revertían a la Administración.

Formulada con carácter general para el contrato de gestión de servicios públicos, esa regla era en principio aplicable a todas sus modalidades. En rigor, sin embargo, la ejecución de obras e instalaciones de nueva construcción o reposición a cargo del contratista y sujetas a reversión corresponde, normalmente y de manera exclusiva, a la concesión, atendida su configuración jurídico-administrativa, tal como ya se ha puesto de manifiesto (epígrafe 3.2.4).

Resultaba de todo ello la conclusión de que la Administración debía abonar el valor de esas obras que pasaban a su propiedad en el contexto mayoritariamente de la concesión, con los límites, pues, de que no estuvieran amortizadas, en un extremo, y de que no se produjera un enriquecimiento injusto a su favor, en el otro.⁵⁸³

⁵⁸³ Citan el argumento de la prohibición del enriquecimiento injusto, MESTRE DELGADO (1992: 293), GONZÁLEZ-DELEITO *et.al.* (2015: 599) y MARTÍNEZ MENÉNDEZ (2015).

2ª La lógica era, pues, muy sencilla: siempre que se producía la resolución de la concesión, dado que no se podían devolver las prestaciones (fuera la obra o el servicio), la parte que se había beneficiado, esto es, la Administración, para no enriquecerse injustamente, tenía que indemnizar a la otra hasta el límite del valor de la prestación, entendido éste como la suma de las inversiones realizadas en los términos señalados.

3ª Todo ello permitía hablar de una *garantía implícita de la Administración concedente*, y ello por tres razones, dado que era una garantía que:⁵⁸⁴

- nunca se explicitaba (se aplicaba *ope legis*);
- sobre la que no existía *tensión competitiva*, en términos de la *Comisión de la Competencia* (CNC, primero, y CNMC, después), puesto que, en condiciones normales, no había capacidad de introducir competencia entre los licitadores;⁵⁸⁵
- no tenía reflejo en la contabilidad pública, no impactaba en el endeudamiento público, de acuerdo con la legislación de la Unión Europea.⁵⁸⁶

4ª En puridad, la RPA no se regulaba como un medio de financiación, pero los operadores privados sí la trataban como una garantía y era objeto de negocios jurídicos, de pignoración, de transacciones como cualquier otra garantía real existente de los derechos de cobro en caso de resolución.⁵⁸⁷

⁵⁸⁴ DORREGO DE CARLOS (2015).

⁵⁸⁵ Efectivamente, la extinta *Comisión Nacional de la Competencia* (CNC) utilizó el criterio de la *tensión competitiva* como elemento dinamizador de las licitaciones en los contratos en la *Guía sobre Contratación Pública y Competencia* (CNC, 2010: 17 y 24). La *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* (CNMC) hizo lo propio en el *Análisis de la Contratación Pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia* (PRO/CNMC/001/2015: 5, 6, 9, 10 y 16).

⁵⁸⁶ Sobre este particular se ha destacado que «otro de los factores que más ha contribuido a la extensión e, incluso, al auge de las fórmulas de colaboración público-privada en nuestro país ha sido la posibilidad de que el coste de construcción de las infraestructuras carezca de impacto en el déficit público, lo que ha sido muy valorado por los poderes públicos en un contexto marcado por las restricciones presupuestarias y, en especial, por las exigencias de contención del déficit (derivadas de la aplicación del) artículo 126 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que establece en su apartado primero que “Los estados evitarán déficits públicos excesivos”» (GONZÁLEZ DELEITO *et. al.*, 2015: 600).

⁵⁸⁷ DORREGO DE CARLOS (2015).

Y todo ello «ha facilitado la participación de las entidades financiadoras en este tipo de proyectos (generalmente a través de la constitución de un derecho de prenda sobre la RPA) y, en definitiva, lo que ha propiciado un espectacular desarrollo de los modelos concesionales y de colaboración público-privada en nuestro país, a través del denominado *Project Finances*».⁵⁸⁸

Aunque lo cierto es que, precisamente, esas garantías que facilitaban la participación de las entidades financieras venían a limitar tanto el riesgo del concesionario, que se planteaba su compatibilidad con el *riesgo de explotación* exigido en las Directivas comunitarias, y, en particular, el *riesgo operacional* que define la concesión en la D 2014/23/UE.⁵⁸⁹

5ª En conclusión, por tanto, en su configuración tradicional la RPA contenía una sola regla en cuanto a la indemnización a abonar al concesionario, sin establecer diferencias en razón de la causa que motivaba la resolución anticipada, fijando el importe de la misma en el *precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por éste, habían de pasar a la Administración, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión*. Precio que se entendía equivalente a las inversiones

⁵⁸⁸ GONZALEZ-DELEITO *et. al.* (2015: 600). En el mismo sentido, LAVILLA RUBIRA (2014) enfatiza cómo esta es una de las peculiaridades del modelo concesional español, por lo que las empresas concesionarias españolas son tan potentes (las primera del mundo): siempre han tenido el respaldo de la RPA, cualquiera que sea la suerte de la concesión; y cómo, de hecho, el modelo de amortización bancaria está ajustado íntegramente al modelo en que se va depreciando el activo, lo que cobraría el concesionario –y que ha cedido a la entidad financiadora- en concepto de RPA, siempre es igual o mayor que el saldo vivo pendiente de amortizar de la deuda financiera, con lo cual, en la práctica, el riesgo es nulo.

⁵⁸⁹ Efectivamente, y al hilo de la opinión transcrita en la nota anterior, LAVILLA RUBIRA (2014) contrasta este riesgo nulo de la RPA en su configuración tradicional con las previsiones de la referida Directiva que admite la limitación del riesgo, pero que exige que, cuando menos, el concesionario asuma parcialmente el riesgo operacional, y cita en este sentido el expositivo siguiente:

«Cuando la reglamentación específica del sector elimina el riesgo estableciendo una garantía en beneficio del concesionario en virtud de la cual se compensen las inversiones y costes sufragados para la ejecución del contrato, este último no debería considerarse concesión a efectos de la presente Directiva. El hecho de que el riesgo esté limitado desde el inicio no impedirá que el contrato se considere una concesión. Lo mismo ocurre, por ejemplo, en sectores con tarifas reglamentadas, o cuando se limita el riesgo operacional mediante regímenes contractuales que prevén una compensación parcial, incluida la compensación en caso de adelantarse la caducidad de la concesión por motivos atribuibles al poder o entidad adjudicador, o por causas de fuerza mayor» (CDO 18, D 2014/23/UE).

Y de ahí que –concluye- pueda ponerse en entredicho la mayor singularidad del régimen concesional español –la RPA que se aplica siempre y en todo caso, incluso cuando la extinción es imputable al concesionario-, por parte de la Comisión Europea (apreciable sobre todo en las decisiones de EUROSTAT en relación con los proyectos españoles de concesión).

realizadas, una vez deducidas las amortizaciones correspondientes.⁵⁹⁰ Pero precio que se abonaba –recuérdese- en cualquier caso, con independencia de cual fuera la causa de resolución, esto es, ya por decisión de la Administración, ya por extinción imputable al concesionario.⁵⁹¹

c) La problemática de las expropiaciones y el RD Ley 1/2014

Como ya se ha expuesto, entre las causas determinantes de la crisis de las sociedades concesionarias de autopistas tuvieron un papel muy relevante las expropiaciones necesarias para su construcción, el detalle de cuya problemática puede sintetizarse así:⁵⁹²

1. Una primera fuente de problemas derivó de los altísimos sobrecostes experimentados en las valoraciones de los terrenos objeto de expropiación, en buena medida como consecuencia de la *generalización del suelo urbanizable* (L 7/1997, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y L 6/1998, sobre régimen del suelo y valoraciones), y las expectativas que ello generaba, apreciadas luego por los tribunales.
2. A ello vino a sumarse la falta de pago a los titulares de los terrenos de las expropiaciones de los mismos por las sociedades concesionarias de las autopistas, inmersas en procesos concursales, lo que llevó a los expropiados a acudir a los tribunales en demanda de las indemnizaciones no satisfechas. Demandas que fueron estimadas por los Tribunales Superiores de Justicia, en virtud de cuyas sentencias se condenaba a la Administración General del Estado (AGE), como responsable subsidiario, a pagar los justiprecios fijados por los

⁵⁹⁰ Y de ahí que se afirme que esa RPA tradicional del concesionario se regía por el *principio de indemnidad* (DORREGO DE CARLOS, 2015). Sobre el *principio de indemnidad y sus excepciones* aplicado a la determinación del justiprecio y a las indemnizaciones por daños, véase DOMÉNECH PASCUAL (2012).

⁵⁹¹ Es verdad que, en este caso –como precisa LAVILLA RUBIRA (2014)-, el concesionario verá como se le ejecuta la garantía definitiva y, en la medida en que los daños y perjuicios exceden del importe de la misma, existirá un derecho de crédito de la Administración concedente contra el concesionario por el exceso, de un lado, y un contracrédito del concesionario por la parte no amortizada de los activos que revierten a la Administración, crédito y contracrédito que podrían, en teoría, ser objeto de compensación, si no ocurriera –como suele suceder- que el derecho al cobro de la RPA estuviera pignorado en favor de las entidades financieras.

⁵⁹² Referencias bibliográficas: VILLORIA, FERNÁNDEZ-DAZA Y ZAMARRO (2014), y GONZALEZ-DELEITO, BOTELLA y ARAÚJO (2015: 607-624).

terrenos más los correspondientes intereses de demora, criterios jurisprudenciales que se verían confirmados por la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2013.⁵⁹³

⁵⁹³ Confirmatoria de la STSJCastilla-La Mancha de 11.2.2013 (condena a la AGE al pago de indemnización por expropiación, Autopista Madrid-Toledo/AP-41), la STS de 17.12.2013 (Ar 8206) efectúa los siguientes pronunciamientos:

«(...) la percepción de la indemnización, del justiprecio, se constituye en el auténtico título para que los bienes pasen a la propiedad pública. De ahí que tampoco pueda afectar a esa garantía la insolvencia de este tercero. Por lo que se refiere al caso de autos, considera la Sala de instancia que la declaración de concurso de la beneficiaria de la expropiación, el largo periodo transcurrido desde que le fueron ocupados los bienes al expropiado, el hecho de que la misma Administración ha puesto ya de manifiesto que antes esa declaración de concurso nada puede hacer en orden al pago del justiprecio, la incertidumbre que se genera sobre su cobro, impone la conclusión de que debe proceder al pago del justiprecio la Administración expropiante. Para ilustrar esas peculiaridades deja la Sala constancia de las especialidades del crédito con relación a la propia Administración actuante, que le confiere condiciones especiales en relación con los restantes créditos que integran la masa concursal.

En suma, no es la institución de la responsabilidad patrimonial de la que hace derivar la sentencia la obligación del pago del justiprecio por la Administración expropiante, sino que lo hace directamente de la expropiación, al estimar que, con independencia de que intervenga un tercero como beneficiario, la declaración formal de concurso y la incertidumbre que genera sobre la integridad y tiempo del pago del justiprecio, obligan a la Administración al pago del mismo.

Y así planteada la cuestión es indudable que difícilmente podemos nosotros aquí por la vía de este recurso excepcional de casación declarar ni errónea ni gravemente perjudicial la doctrina en los términos en que se suplica en el escrito de interposición, porque, como ya se dijo, la doctrina que se pretende declarar como correcta es que la declaración de concurso de la beneficiaria de la expropiación no genera por sí sola la responsabilidad patrimonial de la Administración expropiante. Y es indudable que esa declaración ni está vinculada a la fundamentación de la Sala de instancia para la decisión adoptada ni nos corresponde a nosotros establecer a la vista de lo declarado por la Sala de instancia (FJº 12).

(...) Es necesario reparar en esa dimensión de derecho constitucional que tiene la expropiación por su vinculación a la propiedad. En efecto, pese a la promulgación de la Ley de Expropiación en época bien diferente a la de nuestra Norma Fundamental, es lo cierto que el Legislador de 1954 fue consciente de que la limitación de la privación de la propiedad por la vía expropiatoria debía someterse a un régimen de estricta garantía, que se descubre del procedimiento que se estableció en la Ley y que ha permitido mantenerse con el nuevo marco normativo instaurado tras la Constitución; nos interesa ahora destacar que ya estableció el Legislador de 1954 en la regulación de la expropiación forzosa el principio de que para que se procediese a la ocupación del bien o derecho expropiado era necesaria la previa indemnización (artículo 124), estableciendo el régimen normal de la expropiación en el que sólo previo el pago del justiprecio podría ocuparse el bien o derecho expropiado (artículo 48). Bien es verdad, y es esta una perversión del sistema que no se ha dejado de poner de manifiesto por la jurisprudencia, que se ha hecho un uso y abuso del denominado procedimiento de urgencia en que quiebra dicha regla del previo pago; pero ya el mismo artículo 52, que es el que lo regula, lo califica de excepcional y lo somete a condiciones en garantía de su necesidad que se añaden a las ya establecidas con carácter general para la expropiación, como resulta del mencionado precepto que incluso impone la necesidad por parte de la Administración de realizar un depósito previo que por las características de nuestro mercado inmobiliario legal ha quedado inoperante, pero que tiene por finalidad garantizar el cobro del justiprecio. Y es necesario dejar constancia de esa circunstancia, porque si se ha situado al expropiado en la lamentable situación de haber perdido la propiedad de su finca sin haber percibido aun indemnización alguna y sin saber cuándo y cuánto podrá percibir a resultas del concurso declarado de la beneficiaria; lo ha sido por imponer la Administración expropiante un procedimiento que ha permitido que pueda ocuparse el bien sin haber percibido el justiprecio, pretendiendo ahora trasladar a un tercero, y sus circunstancias, la obligación ínsita en la expropiación declarada por la Administración del pago del justiprecio.

3. Junto a las razones anteriores, incidía también la consideración según la cual la configuración totalmente garantista de la RPA no era compatible con la definición del riesgo operacional de la Directiva 2014/23/UE, que cuando menos debe ser parcial.⁵⁹⁴
4. Ante tales perspectivas, y en previsión de tener que seguir abonando indemnizaciones como responsable subsidiario de las concesionarias, la AGE instó la adopción de medidas, que tomaron cuerpo en el RD Ley 1/2014, de 24.1, de reforma en materia de infraestructuras y transporte, y otras medidas económicas, con la modificación del TRLCSP, a cuyo art 271 se le añadía el siguiente apartado:

«7. Si el concesionario no cumpliera con las obligaciones del beneficiario en las expropiaciones y en virtud de resolución judicial, cualquiera que fuera su fecha, la Administración concedente tuviera que hacerse cargo de abonar las indemnizaciones a los expropiados, ésta quedará subrogada en el crédito del expropiado. En todo caso, desde el momento en que se declare la obligación de pago a cargo de la Administración concedente, las cantidades que no le sean reembolsadas minorarán el importe global que corresponda de conformidad con lo dispuesto en el apartado primero de este artículo.»⁵⁹⁵

Y aun habría que añadir que la misma Ley de Expropiación Forzosa (RCL 1954, 1848) desconoce al beneficiario -del que hace una acertada distinción, pese a las críticas doctrinales en el artículo 2, según se trate de declaración de utilidad pública o interés social, en aquellos partiendo de la especialidad de que los bienes se integren en el dominio público- al regular la obligación de pago del justiprecio, que ciertamente se contienen en los artículos 5 y 48 del Reglamento de la Ley, pero obsérvese que el último de dichos preceptos no desvincula a la Administración de esa obligación, porque ha de ser la misma Administración la que le ordene al beneficiario el pago y sin poder olvidar la importante circunstancia de que ese pago, en el sistema normal de la Ley, es previo a la ocupación; de tal forma que sólo después de dicho cumplimiento podrá procederse, a instancias de la Administración, a la ocupación de los bienes -artículo 53 del Reglamento- por parte del beneficiario. Es decir, de haberse seguido el sistema ordinario de la Ley, la situación que se denuncia por el expropiado en el proceso no se habría generado, porque sin pago de justiprecio no habría sido privado de sus bienes; circunstancia que no puede imponerse al expropiado por el hecho de haberse seguido el procedimiento de urgencia.» (FJº 13).

⁵⁹⁴ Como ya se ha visto (epígrafe 4.15.1, b.4ª), esa incompatibilidad resultaría de la exigencia de un riesgo al menos parcial (CDO 18 de la Directiva) y la garantía que ofrecía la RPA en su configuración tradicional, lo que ya se ha analizado en relación con la opinión de LAVILLA RUBIRA (2014). Plantea igualmente esa incompatibilidad DORREGO DE CARLOS (2015). Sobre este aspecto habremos de volver luego (epígrafe 4.15.3.2.).

⁵⁹⁵ El RD Ley 1/2014 justificaba esa medida *«con el fin de evitar que el Estado acabe asumiendo dos veces el pago de las expropiaciones. El justiprecio de los terrenos expropiados para la construcción de una autopista estatal de peaje en régimen de concesión debe ser abonado por la sociedad concesionaria. Así lo*

Más allá del efecto preventivo aparente (minorar el importe de la RPA a satisfacer al concesionario en compensación a la indemnización cubierta por la Administración), «en realidad, lo que hace la norma es mejorar el rango concursal de la Administración tras la subrogación en el crédito, para la hipótesis de liquidación concursal, al autorizarle compensar el crédito en el procedimiento administrativo de liquidación de la RPA».⁵⁹⁶ Y aplicándose dicha medida a todas las concesiones, «cualquiera que sea su fecha de adjudicación», dispone la DT 2ª del RDL 1/2014.⁵⁹⁷

5. Señalado todo lo anterior, una vez introducida la determinación transcrita en el art. 271.7, la Administración quedaría igualmente subrogada en el supuesto de que la concesión de servicios públicos incluyera obras e instalaciones construidos sobre

establece el artículo 17 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, en relación con el artículo 5 del Reglamento de Expropiación Forzosa.

A pesar de este régimen legal, existen sentencias que obligan al Estado a hacerse cargo de dichas deudas en caso de impago por la sociedad concesionaria declarada en concurso de acreedores.

La reforma que se propone pretende evitar que si el Estado se encuentra con este tipo de resoluciones judiciales, acabe asumiendo dos veces el pago de la expropiación, en beneficio del concesionario. De un lado paga al expropiado, obligado por resolución judicial, y de otro entrega al concesionario el importe de la responsabilidad patrimonial.

A tal fin, el precepto que se propone reconoce al Estado, como resultado del pago por cuenta de otro, el derecho a subrogarse en el crédito del expropiado frente al concesionario, procediéndose a minorar el importe de la responsabilidad patrimonial con la parte del crédito no reembolsada por la sociedad concesionaria, garantizándose la indemnidad del Estado frente a los incumplimientos de los concesionarios.

Aunque los preceptos surten efectos desde la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley, se prevé que puedan aplicarse respecto de cualesquiera concesiones ya adjudicadas.

Además, las mismas razones que justifican la modificación de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, se aprecian en el régimen del resto de concesiones administrativas, por lo que por uniformidad, se procede a modificar el artículo 271 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 noviembre. Se añade un nuevo apartado 7 al artículo 271 en el que se prevé la subrogación de la Administración concedente en el crédito del expropiado y el correlativo descuento del importe no reembolsado a las cantidades resultantes de aplicar lo previsto en el apartado primero del artículo 271.

La urgencia y extraordinaria necesidad se justifica en la salvaguarda y protección de las Administraciones concedentes frente a la situación de la falta de atención de las obligaciones legales de abono de justiprecio a los expropiados, evitando el perjuicio en los recursos públicos de acuerdo con el principio que excluye cualquier enriquecimiento injusto.» (EM, pfo. 29 y ss).

⁵⁹⁶ VILLORIA, FERNÁNDEZ-DAZA y ZAMARRO (2014). Esa alteración del orden concursal de pago de créditos fue objeto de diversas críticas, máxime cuando la razón aducida en la Exposición de Motivos del RDLey 1/2014, *evitar que el Estado acabe asumiendo dos veces el pago de las expropiaciones*, era negada por la propia evidencia de la imposibilidad de duplicidad en el pago; así, por VILLORIA *et. al.* (2014) y GONZÁLEZ-DELEITO (2015: 613).

⁵⁹⁷ Los efectos de esta medida son igualmente reprochados: «la reforma otorga una preferencia a la Administración de cara al cobro, lo que altera el régimen jurídico de la concesión y afecta a derechos adquiridos por la concesionaria y por terceros (por ejemplo, los titulares de una prenda sobre la RPA), de manera retroactiva» (VILLORIA *et. al.*, 2014); también es objetado el carácter retroactivo de las medidas por GONZÁLEZ-DELEITO *et. al.* (2015: 611).

la base de terrenos objeto de expropiación y cuya resolución fuera anticipada (ex TRLCSP, 288.1).

6. Debe precisarse, finalmente, que las consideraciones anteriores se refieren a la RPA regulada legalmente, toda vez que caben otras determinaciones derivadas de las licitaciones que concretamente se hubieran llevado a cabo y reguladas en sus respectivos pliegos y disposiciones de adjudicación.⁵⁹⁸

4.15.2. El planteamiento del ALCSP/A/2015

Iniciando ya 2015, el avance en los procesos concursales y las noticias relativas al progresivo aumento de los cálculos sobre los importes de las indemnizaciones que debería abonar la AGE por la resolución de las concesiones de las autopistas en quiebra llevaron al Gobierno a un replanteamiento de esa figura de la *responsabilidad patrimonial de la Administración*. Ese replanteamiento suponía la fijación de nuevas reglas en el supuesto de que la resolución se produjera por causa imputable al contratista, y se introdujo en el texto del Anteproyecto que se sometió a información pública en abril de 2015; concretamente se incluyeron, tanto para la concesión de obras como para la de servicios, las siguientes previsiones (ALCSP/A/2015, 280 y 293, pfos. 2º y 3º, respectivamente):

«En los casos en que la resolución se produzca por causa imputable al concesionario, el importe de las obras e instalaciones a las que se refiere el párrafo anterior no podrá superar el valor de la concesión. En el supuesto de que la concesión fuese a continuar con un nuevo concesionario, el valor de la concesión vendrá constituido por el valor

⁵⁹⁸ Esto es lo que permite distinguir la *RPA legal* y la *RPA convencional*, cuya principal finalidad es «establecer un límite máximo para cada contrato a la RPA legal» (GONZÁLEZ-DELEITO *et. al.*, 2015: 606). Así, se cita el caso de la AP-41 Madrid-Toledo, que limita la RPA a 348.886.000 euros, de la que 294.731.000 son por construcción, y 54.155.000 por expropiaciones, de acuerdo con la Orden FOM/2267/2003, de 1.8, que aprueba el PCAP, y el RD 281/2004, de 13.2, que adjudica la concesión (GONZÁLEZ-DELEITO *et.al.*, 2015: 604). Sobre la problemática de la afectación a ambas modalidades de RPA derivada del RDLey 1/2014, así como del RDL 11/2014, de 5.9, de medidas urgentes en materia concursal, véase GONZÁLEZ-DELEITO *et. al.* (2015: 607-624).

La práctica de fijar la RPA en las adjudicaciones de concesiones de autopistas se inició a finales de los años noventa y se mantuvo hasta febrero de 2004. Para el detalle del importe de las RPA de las ocho concesiones de autopistas *problemáticas* (cuya cifra acumulada se situaba en torno a 3000 millones de eur), véase RIDAO MARTÍN y GARCÍA MARTÍNEZ (2013: 100-101).

por el que se adjudique el nuevo contrato. En caso contrario, el valor de la concesión se determinará atendiendo a los resultados de la explotación en el último trienio.»⁵⁹⁹

Además de la consabida reducción a la concesión, el Anteproyecto alteraba sensiblemente el *statu quo* y establecía una regulación caracterizada, para el supuesto de que la resolución se produjera por causa imputable al concesionario, por las siguientes tres determinaciones:

- el importe de las obras e instalaciones no podría superar el valor de la concesión;
- en el supuesto de que la concesión fuese a continuar con un nuevo concesionario, el valor de la concesión vendría constituido por el valor por el que se adjudicase el nuevo contrato y, en caso contrario, el valor se determinaría atendiendo a los resultados de la explotación en el último trienio;
- en todo caso, se entendía que era imputable al concesionario la resolución del contrato cuando ésta obedeciera a haber sido declarado aquél en concurso o insolvencia en cualquier otro procedimiento.

Las determinaciones introducidas suponían ya una modificación trascendental, que pivotaba en torno al concepto de *valor de la concesión*, entendido como *valor de mercado*, con las consecuencias que ello tenía respecto de aquellas concesiones en las que, pese a las cuantiosas inversiones que requirieron, su valoración, su valor, hubiera sufrido una depreciación significativa, siempre sobre la base de que la

⁵⁹⁹ Las noticias sobre las cifras que se barajaban en torno al monto de las indemnizaciones avanzaban que «el Estado tendría que hacer frente a la Responsabilidad Patrimonial de la Administración (RPA) de 4.500 millones según el valor oficial, pero que se eleva a 5.700 millones según las estimaciones de los accionistas de estas autopistas» (La Vanguardia, 17.4.2015; véase <http://www.lavanguardia.com/economia/20150417/54429998207/el-gobierno-limita-la-rpa-en-caso-de-quebra-de-las-concesionarias.html>)

Y prueba de esa urgencia era que en el Consejo de Ministros celebrado ese mismo 17.4.2014, al presentar el Informe sobre el ALCSP, la Vicepresidenta del Gobierno, SAENZ DE SANTAMARÍA, destacaba «la nueva regulación de la responsabilidad patrimonial aplicable a las concesiones; éste es un aspecto muy importante. Si por razones de interés público, y causa no imputable al contratista, la Administración acuerda la resolución de la concesión, abonará al concesionario la inversión realizada. Sin embargo, si la resolución se produce por causa imputable al contratista, como ocurre en los casos de insolvencia o concurso de acreedores, la indemnización se calculará por el valor de la concesión, no de la inversión, sino de la concesión y se puede obtener por dos vías ese valor: si se licita de nuevo la concesión, es decir, se queda la concesión vacante y se vuelve a licitar, el anterior concesionario percibirá el valor en que se ha adjudicado la misma en el procedimiento competitivo, porque se supone que eso es lo que vale, por lo que han valorado esa concesión los nuevos adjudicatarios; si no se produce esa licitación, el valor se obtendrá con carácter general mediante la actualización de los resultados previstos, ateniendo a los resultados de explotación en el último trienio, que es lo que puede considerarse un valor de mercado» (véase <http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/ruedas/Documents/2015/170415RuedaConsejo.pdf>).

resolución fuera imputable al concesionario (así los supuestos de concurso, insolvencia u otra de las causas a él atribuibles vistas en el epígrafe 4.13.2). En estos supuestos, la *responsabilidad patrimonial de la Administración* se vería limitada considerablemente, si bien -como es obvio- ese criterio de indemnización por el *valor de mercado* o *precio real* se preveía que no sería aplicable sino a las concesiones adjudicadas con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva ley.⁶⁰⁰

Debe significarse, por último, que las determinaciones señaladas no eran de aplicación a la resolución anticipada por causa imputable a la Administración, cuya RPA en el ALCSP/A/2015 seguía rigiéndose de acuerdo con las reglas tradicionales, esto es, las que fijaban la indemnización en función de la inversión realizada por el concesionario y deducida la amortización efectuada.

4.15.3. La modificación del TRLCSP por la L 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público

4.15.3.1. Introducción

Pese a las previsiones vinculadas al Anteproyecto, no se quiso –seguramente no convino- esperar a su inclusión en el marco de una transposición de las Directivas que aún se veía lejana, por lo que ante las presiones se decidió afrontar ya la reforma de la RPA a mediados de 2015, lo que tuvo lugar en las condiciones siguientes:

1ª Tal como se ha anticipado, la reforma se incluyó en la L 40/2015, de 1.10, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuya DF 9ª modificó diversos preceptos del TRLCSP. Entre éstos, el art. 288.1, sobre *efectos de la resolución del contrato de gestión de servicios públicos*, que pasó a tener la siguiente redacción (se resaltan los cambios introducidos por la DF 9ª.11 de la LRJSP/2015):

«En los supuestos de resolución por causa imputable a la Administración, esta abonará al concesionario en todo caso el importe de las inversiones realizadas por

⁶⁰⁰ Sobre el nuevo criterio introducido en el ALCSP/A/2015 en relación con la RPA, véase ZAMARRO/CLIFORD CHANCE (2015); GIMENO FELIU (2015c) y MAGARIÑO (2015). También son de gran utilidad para la comprensión del entramado financiero de las concesiones y la incidencia de la RPA los trabajos de ALCALA BLASCO *et. al.* (2013) y PEREZ PEÑA *et. al.* (2013).

razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la obra objeto de la concesión, atendiendo a su grado de amortización. **Al efecto, se aplicará un criterio de amortización lineal de la inversión.**

Cuando la resolución obedezca a causas no imputables a la Administración, el importe a abonar a éste por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras y adquisición de bienes que deban revertir a la Administración será el que resulte de la valoración de la concesión, determinado conforme a lo dispuesto en el artículo 271 bis.

En todo caso, se entenderá que no es imputable a la Administración la resolución del contrato cuando ésta obedezca a alguna de las causas establecidas en las letras a) y b) del artículo 223 de esta Ley»⁶⁰¹

2ª Sobre el procedimiento de incorporación de las modificaciones cabe decir que ha sido objeto de críticas tanto por la forma (fue introducido como enmienda en el curso de la tramitación del Proyecto de ley de régimen jurídico del sector público), como por su falta de motivación (ni una sola mención en el Preámbulo de la LRJSP/2015 que las incorporó) o su extensión.⁶⁰²

⁶⁰¹ La modificación también alcanzó naturalmente a los efectos de la resolución de la concesión de obras, cuyo art. 271.1 quedó redactado –en términos análogos a los del CGSP- de la siguiente manera (DF 9ª.8, LRJSP/2015):

«En los supuestos de resolución por causa imputable a la Administración, esta abonará en todo caso al concesionario el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la obra objeto de la concesión, atendiendo a su grado de amortización. Al efecto, se aplicará un criterio de amortización lineal. La cantidad resultante se fijará dentro del plazo de seis meses, salvo que se estableciera otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

En los casos en que la resolución se produzca por causas no imputables a la Administración, el importe a abonar a éste por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras y adquisición de bienes que deban revertir a la Administración será el que resulte de la valoración de la concesión, determinado conforme a lo dispuesto en el artículo 271 bis.

En todo caso, se entenderá que la resolución de la concesión no es imputable a la Administración cuando obedezca a alguna de las causas previstas en las letras a), b), c), e) y j) del artículo 269 de esta Ley.»

Tal como se analizará después, la LRJSP/2015 también incorporó dos nuevos preceptos (DF 9ª.9 y .10, respectivamente):

- Artículo 271 bis, sobre «Nuevo proceso de adjudicación en concesión de obras en los casos en los que la resolución obedezca a causas no imputables a la Administración.»
- Artículo 271 ter, sobre «Determinación del tipo de licitación de la concesión de obras en los casos en los que la resolución obedezca a causas no imputables a la Administración.»

⁶⁰² Efectivamente, las modificaciones del TRLCSP fueron introducidas, mediante enmienda (la núm. 201), en el curso de la tramitación parlamentaria del Proyecto de ley de régimen jurídico del sector público, con la escueta justificación de *mejora técnica* (fuente: BOCG-CD-Serie A, núm. 154-2, 28.7.2015, pág. 128 a 137).

3ª La modificación afectó en mayor medida a la RPA derivada de la resolución por causa no imputable a la Administración, aunque también más limitadamente a la exigible como consecuencia de causas imputables a la misma, lo que aconseja su estudio por separado.

4ª En cualquier caso, la reforma no preveía efectos retroactivos, entre otras razones por aplicación del principio constitucional de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales (CE, 9.3). Su entrada en vigor se produjo el 22 de octubre de 2015, tras el transcurso de los 20 días de la publicación en el BOE de la LRJSP/2015 (ex Cc, 2.1), que para las modificaciones introducidas en el TRLCSP (DF 9ª) dispuso lo siguiente:

«Disposición transitoria cuarta. Régimen transitorio de las modificaciones introducidas en la disposición final novena.

Lo dispuesto en la disposición final novena será de aplicación a los expedientes de contratación iniciados con posterioridad a la entrada en vigor de dicha disposición. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.»

Resultando claro que la modificación no tiene carácter retroactivo, sí conviene precisar algo más sobre los efectos de la misma. A este respecto debe recordarse que el TRLCSP contiene una fórmula relativa a la transitoriedad con dos determinaciones distintas, a saber:

«Disposición transitoria primera. Expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley.

DORREGO DE CARLOS califica la reforma de *apresurada*, y destaca cómo la enmienda parlamentaria se presentó el 28 de julio de 2015 (primera vez que el sector conoció el dato), fue tramitada durante el mes de agosto, se votó el 1 de octubre y se publicó en el BOE el 2 de octubre (2015). REBOLLO FUENTE critica el *exceso de ímpetu legislativo* (2015). LOZANO CUTANDA, en fin, afirma que «un recorte tan drástico de las garantías del concesionario viene a alterar, a nuestro juicio, el sistema de protección de los inversores en los supuestos de resolución anticipada de la concesión y carece de justificación, especialmente en aquellos supuestos en los que la resolución no resulta imputable a la Administración pero tampoco al concesionario, como sucede en las insolvencias no punibles no culpables» (2015: 2).

1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.

2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior.»

Si se contrastan ambas determinaciones se diferencian dos consecuencias:

- La primera, referida a la tramitación de los expedientes de contratación, esto es, a las actuaciones relativas a la adjudicación y formalización de los contratos, que se corresponderían con las previstas en los Libros II (sobre «preparación de los contratos», art. 109 a 137) y III («selección del contratista y adjudicación de los contratos», art. 138 a 207).
- La segunda determinación comporta, *a sensu contrario*, que los contratos administrativos adjudicados con posterioridad a la entrada en vigor del TRLCSP se regirán por este texto en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, esto es, por las previsiones contenidas en el Libro IV (sobre *efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos*, art. 208 a 315).

Aplicando combinadamente la DF 9ª de la LRJSP/2015 y la DT1ª del TRLCSP resulta que las nuevas previsiones sobre la RPA (art. 271 y 288 de dicho Texto refundido), resultarán de aplicación no sólo a las *concesiones licitadas después de su entrada en vigor*, sino también a *aquellas cuya adjudicación hubiera sido posterior* a la misma, esto es, a partir del 22 de octubre de 2015, aunque su expediente de contratación hubiera sido iniciado antes de esta fecha. En consecuencia, solo no se verán afectadas por las nuevas reglas sobre responsabilidad patrimonial de la Administración los CGSP y las concesiones adjudicadas con anterioridad al 22 de octubre de 2015.⁶⁰³

⁶⁰³ Esa es la conclusión que corresponde desde el punto de vista del rigor jurídico, al resultar del propio TRLCSP y de su DT 1ª, cuyo apartado segundo viene en aplicación ante el silencio de la DF 9ª de la LRJSP respecto de los *contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la misma*.

Sobre la valoración de sus consecuencias hay que precisar que la aplicación de las dos reglas contenidas en la DF 1ª del TRLCSP revelan una *cesura reguladora*, un *gap normativo*, en

4.15.3.2. La RPA en los supuestos de resolución por causas no imputables a la Administración

a) Supuestos a los que alcanza

A tenor de las nuevas previsiones del TRLCSP respecto del contrato de gestión de servicios públicos, se entenderá que, en todo caso, no es imputable a la Administración la resolución del contrato cuando obedezca a las siguientes causas (art. 288.1 *in fine* en relación con el 223.a) y b):

1) La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 85 (referido a los supuestos de sucesión del contratista y continuación del contrato por fusión y los demás casos de reestructuración empresarial).

2) La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.

Sin embargo, estos supuestos deben entenderse ampliados, por extensión de las previsiones relativas a la concesión de obras (*ex* TRLCSP, 271.1 en relación con el 269, letras c), e) y j), y a las propias determinaciones referidas al CGSP (*ex* TRLCSP, 286 en relación con el 223.f, y 285), a las siguientes causas:

3) El secuestro de la concesión por un plazo superior al establecido como máximo sin que el contratista haya garantizado la asunción completa de sus obligaciones.

relación con las propuestas presentadas por los licitadores antes del 22 de octubre de 2015 o, con más razón, antes de la publicación de la LRJSP (1 de octubre anterior), pero cuya adjudicación se haya producido con posterioridad a estas fechas. Pese a haber formulado sus propuestas en base a unas reglas de la RPA muy favorables para el contratista, su aplicación en el caso de extinción por causa no imputable a la Administración resultará alterada y modificada por otras reglas mucho más restrictivas. De *lege ferenda*, la solución normativa pasaría, por tanto, por incluir una tercera previsión en la fórmula de la DT 1 del TRLCSP, que autorizara a los licitadores que se encontraran en tal situación a retirar sus propuestas, si lo estiman oportuno, sin ninguna penalidad ni consecuencia desfavorable por ello.

4) El abandono, la renuncia unilateral, así como el incumplimiento por el concesionario de sus obligaciones contractuales esenciales.⁶⁰⁴

Fijadas estas causas, hay que significar que el nuevo redactado del art. 288.1 2º pfo. del TRLCSP se refiere exclusivamente a la *valoración de la concesión*, y ello no obstante incluirse en un precepto que regula genéricamente los *efectos de la resolución del contrato de gestión de servicios públicos*.⁶⁰⁵ Lo cierto es que los apartados de dicho precepto que no han sido objeto de modificación siguen utilizando las expresiones *contrato* y *contratista*. Ante la disparidad caben dos soluciones interpretativas:

- i) extender al resto de modalidades (gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta) las previsiones sobre la concesión;
- ii) circunscribir a esta última de manera exclusiva las nuevas previsiones del art. 288.1 del TRLCSP.

En rigor jurídico, la primera es la interpretación que procede, ya sea por razones de supletoriedad o por aplicación del principio de integración. Sentado ese criterio debe precisarse, a continuación, que la ejecución de obras e instalaciones de nueva construcción o reposición a cargo del contratista y sujetas a reversión corresponde, normalmente y de manera exclusiva, a la concesión, atendida su configuración jurídico-administrativa, tal como se ha indicado en este mismo epígrafe y anteriormente (en el 3.2.4).

b) Justificación y valoración

Desde la perspectiva de la Administración, la modificación se justifica en las razones siguientes:⁶⁰⁶

⁶⁰⁴ También cabría extender el elenco de causas al supuesto de *la ejecución hipotecaria declarada desierta o la imposibilidad de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria por falta de interesados autorizados para ello en los casos en que así procediera, de acuerdo con lo establecido en el TRLCSP* (ex art. 269. c), prevista para la concesión de obras, si la concesión de servicios públicos fuera de las complejas, esto es, con construcción y adscripción de obras e instalaciones y éstas estuvieran garantizadas con un hipoteca y concurriera el supuesto antes aludido. Prueba de que cabe esa extensión la constituye el hecho de que así ha sido consignado en el ALCSP/O/2015 como se comprobará más adelante (epígrafe 4.15.4).

⁶⁰⁵ Es obvio que en la mente del redactor de esta modificación del TRLCSP está ya *interiorizada* la opción del Anteproyecto de supresión del CGSP.

- i. La indemnización que ha de abonar la Administración debe corresponderse con lo que se enriquece, es decir, el valor de las obras e instalaciones, pero por *su valor*, no por lo que se ha gastado el contratista; si se abonara lo que se gastó, sería la Administración la que asumiría el riesgo del negocio.
- ii. Si la Administración no ha incurrido en ninguna actuación antijurídica, la Administración paga lo que la concesión le aporta, y esta aportación vale lo que un tercero está dispuesto a pagar y, en el supuesto de que quede desierta, el 50% del tipo calculado en base a datos históricos (los *flujos de caja* en los términos que luego se detallarán).

La valoración de la modificación muestra consideraciones diversas:

1ª Tal como se ha señalado ya, supuso un cambio radical y de gran alcance, que por ello alteraba el fundamento jurídico-económico del sistema concesional vigente hasta entonces.⁶⁰⁷

2ª Dado que no se podían solucionar de raíz el problema de las autopistas concursadas por los imperativos constitucionales antes señalados, se ha aludido a motivos económicos para justificar la reforma, a un cambio de modelo destinado a luchar contra los llamados *white elephants* (*elefantes blancos*), contra los proyectos concesionales impulsados más en la mente de las autoridades y responsables administrativos que en la necesidad social, proyectos que tienen una rentabilidad social negativa.⁶⁰⁸

⁶⁰⁶ Por parte de JUAN ANTONIO MARTÍNEZ MENÉNDEZ (2015), Director General de Patrimonio del Estado.

⁶⁰⁷ Así, se ha objetado que «el pago por la Administración de la RPA en los supuestos de extinción anticipada de la concesión constituye la contrapartida del deber del concesionario de revertir las obras a la Administración en los términos establecidos en el artículo 272 TRLCSP y es, por otro lado, una medida esencial para moderar adecuadamente el riesgo del concesionario» (LOZANO CUTANDA, 2015: 2). Y añade «No puede olvidarse, en este sentido, que, como recuerda la doctrina, “el contrato de concesión de obra pública fue paulatinamente diseñado, entre 1995 y 2003, con la finalidad de atraer financiación privada para la construcción de obras e infraestructuras públicas, de ahí que el ordenamiento confiera garantías especiales a quienes financian las obras, particularmente cuando el concesionario es declarado en concurso de acreedores”» (*Idem*, con cita a I. DEL GUAYO CASTIELLA, Contratos del sector público y concurso de acreedores, La Ley, 2011).

⁶⁰⁸ DORREGO DE CARLOS (2015), que destaca que la RPA ha funcionado en estos casos (que están en la mente de todos) como una especie de seguro público para los ejecutivos y financiadores, produciendo una especie de retransferencia del riesgo hacia el sector público.

En consecuencia, los proyectos concesionales han de ser razonablemente sostenibles y financieramente viables en su configuración técnica desde el primer momento.⁶⁰⁹

3ª Así mismo se esgrimen razones jurídicas vinculadas a la transposición de la Directiva 2014/23/UE para hacer compatible la regulación de la RPA con el riesgo operacional (art. 5.1), que no lo era hasta ahora, en primer término. También se argumenta la normativa del SEC (Sistema Europeo de Cuentas Públicas), que para calificar la naturaleza de la asociación público-privada de la operación incluye la existencia de cláusulas de rescisión ventajosas, como es el caso de la RPA, lo que determina la necesidad de que esta figura tenga un tratamiento distinto. Significa ello que la reforma de la RPA, que trata de adaptarse a la normativa europea, no impide que haya apoyo público a la financiación de proyectos, pero lo que exige es que esta financiación se haga con transparencia y suficiente *tensión competitiva*.⁶¹⁰

Sobre las infraestructuras se ha defendido que «la inversión pública sólo está justificada si los beneficios sociales superan los costes sociales, y este principio no hay por qué cambiarlo en épocas de crisis económica. Si se destina más dinero público a la construcción de infraestructuras, mejor hacerlo en aquellas con mayor valor social evitando los *elefantes blancos*; es decir, las obras de dudosa utilidad con altos costes de mantenimiento y operación que, con independencia de sus efectos inmediatos en el periodo de construcción, acaban convirtiéndose en una pesada carga para la sociedad. En el caso de España, con una escasa práctica de evaluación de inversiones en las Administraciones públicas, separación entre quien decide y quien financia, y cierta inclinación a construir *elefantes blancos*, megaproyectos, frente a actuaciones más modestas pero socialmente más rentables, resulta especialmente útil recordar que elegir buenos proyectos de inversión pública contribuye al crecimiento económico a largo plazo y es compatible con el estímulo keynesiano de corto plazo. (...) El marco institucional actual hace que sea políticamente rentable invertir en malos proyectos. Gobiernos regionales que presionan por infraestructuras que jamás hubiesen construido con fondos propios, gobiernos nacionales que para maximizar la co-financiación supranacional promueven malos proyectos cuyo alto coste no es nada comparado con el proceso de expansión de *elefantes blancos* que por agravio comparativo se desencadenan en las comunidades autónomas. Sin un nuevo diseño institucional que haga políticamente rentable invertir en buenos proyectos seguiremos haciendo planes que no se cumplen, metodologías que no se aplican y artículos lamentándonos» (GINÉS DE RUS, El País, 18.5.2010).

Sabido es que el origen de la expresión *elefantes blancos* alude a que antiguamente los reyes de Tailandia, cuando no estaban satisfechos con un súbdito, le regalaban un elefante blanco, cuyo coste de manutención era mayor que los beneficios que producía. Aplicado a las infraestructuras, destacan los ejemplos de los últimos años: aeropuertos de Castellón, Ciudad Real o Huesca y macrocentros culturales como la Ciudad de las Artes en Valencia, la Ciudad de la Luz en Alicante o la Ciudad de la Cultura en Santiago de Compostela, y diversos tramos del AVE que se unen a las concesiones de autopistas fallidas ya sobradamente comentadas. Sobre las ineficiencias de estas infraestructuras véase GINÉS DE RUS (2015) y ROBINSON, J.A. & TORVIK (2004).

⁶⁰⁹ DORREGO DE CARLOS (2015).

⁶¹⁰ DORREGO DE CARLOS (2015); sobre el sentido dado a este término de *tensión competitiva* por las Comisiones de la Competencia ya lo hemos comentado anteriormente (epígrafe 4.15.1.b.3ª).

4ª Sobre los efectos que tendrá la reforma de la RPA a corto plazo, se ha afirmado que, aunque son difícilmente previsibles, no cabe duda que obliga a replantear los proyectos previstos, a una mayor necesidad de aportación de capital propio, a la reducción de los proyectos financiables y a un cierto retraimiento del sector concesional. A medio y a largo plazo, se estima que los efectos serán más complejos, de fondo, y que, en cualquier caso, se va a exigir una mayor maduración de los proyectos concesionales.⁶¹¹

En esta línea de razonamiento, y entre otras consecuencias, es de prever que se encarecerá la TIR (tasa interna de rentabilidad o retorno), porque a medida que baja el aseguramiento que hace la Administración, aumentan los costes de los préstamos necesarios para financiar las inversiones que deben acometer los concesionarios.⁶¹²

En sentido análogo, y como ya se ha tenido oportunidad de señalar, GIMENO FELIU (2014b: 141-155 y 2015c). Sobre el SEC 2010 el referente normativo es el Reglamento (UE) núm. 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21.5.2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea. La referencia a los riesgos se encuentra en los apartados siguientes:

«20.283. Al igual que sucede con los contratos de arrendamiento, para determinar quién es el dueño económico de los activos en una APP es preciso averiguar qué unidad asume la mayor parte de los riesgos y qué unidad se espera que reciba la mayor parte de los beneficios de los activos. Se asignará a esta unidad el activo, y por lo tanto la formación bruta de capital fijo. Los principales elementos de riesgo y beneficio que deben evaluarse son los siguientes:

a) Riesgo de construcción, que incluye los rebasamientos en los costes, la posibilidad de costes adicionales derivados de retrasos en la entrega, el incumplimiento de condiciones o códigos de construcción, y los riesgos ambientales y de otros tipos que exijan pagos a terceros.

b) Riesgo de disponibilidad, que incluye la posibilidad de costes adicionales, como los de mantenimiento y financiación, y las sanciones soportadas porque el volumen o la calidad de los servicios no cumple las normas especificadas en el contrato.

c) Riesgo de demanda, que incluye la posibilidad de que la demanda de los servicios sea mayor o menor de la esperada.

d) El riesgo de valor residual y obsolescencia, que incluye el riesgo de que el activo sea inferior a su valor esperado al final del contrato y el grado en que las administraciones públicas tienen opción a adquirir los activos.

e) La existencia de financiación del garante o de concesión de garantías, o de cláusulas de rescisión ventajosas sobre todo en caso de rescisión a iniciativa del operador.

20.284 Los riesgos y beneficios corresponden al operador si el riesgo de construcción y la demanda o los riesgos de disponibilidad han sido transferidos de manera efectiva. La financiación mayoritaria, las garantías que cubren la mayoría de la financiación percibida, o las cláusulas de rescisión que prevén un reembolso mayoritario del proveedor de la financiación en caso de rescisión a iniciativa del operador provocan la ausencia de una transferencia efectiva de cualquiera de estos riesgos.»

⁶¹¹ DORREGO DE CARLOS (2015).

⁶¹² GIMENO FELIU (2015c). Sobre la definición y cálculo de la TIR y la incidencia en el riesgo operacional del factor de duración del contrato, véase el epígrafe 4.3.4, 3ª.

5ª Sobre los efectos y el cómputo del importe de la RPA se ha señalado su cierto componente *perverso*:

- Hasta ahora, la Administración, sin poder acogerse a una relicitación, tenía un desincentivo muy determinante para ejecutar su derecho a terminar anticipadamente el contrato en caso de incumplimiento del concesionario: el impacto en déficit que iba a tener el recuperar esa concesión, lo cual implicaba que la Administración estaba coartada.
- Con la reforma, en cambio, la Administración puede terminar la relación contractual, con una potencial pérdida para el concesionario y sin tener ningún impacto en déficit, lo que genera un incentivo perverso para ir por esa vía y cabe la posibilidad de que la Administración pase de ser muy generosa con sus derechos de terminación anticipada, a ser mucho más de lo necesario exhaustiva y fiscalizadora de los supuestos de incumplimiento contractual porque, económicamente, en un momento determinado, le pueda interesar.⁶¹³

c) Caracterización de la valoración de la RPA.

Tal como prescribe el art. 288.1 2º pfo. del TRLCSP, cuando la resolución obedezca a causas no imputables a la Administración, el importe a abonar al concesionario por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras y adquisición de bienes que deban revertir a la Administración será el que resulte de la valoración de la concesión, determinado conforme a lo dispuesto en el artículo 271 bis del mismo texto, relativo a la *concesión de obras*.⁶¹⁴ La determinación de la valoración tiene las características siguientes:

1ª. El órgano de contratación deberá licitar nuevamente la concesión, siendo el tipo de licitación el que resulte de la aplicación del art. 271 ter del TRLCSP. La licitación se realizará mediante subasta al alza siendo el único criterio de adjudicación el precio.

⁶¹³ REBOLLO FUENTE (2015).

⁶¹⁴ Se trata, pues, de una prescripción referida a la concesión de obras que se aplica a la concesión de servicios por este imperativo legal, lo que determina un tratamiento unitario de ambas figuras ciertamente positivo; en el mismo sentido, DORREGO DE CARLOS (2015).

En el caso que quedara desierta la primera licitación, se convocará una nueva licitación en el plazo máximo de un mes, siendo el tipo de licitación el 50 % de la primera.⁶¹⁵

El adjudicatario de la licitación deberá abonar el importe de ésta en el plazo de dos meses desde que se haya adjudicado la concesión. En el supuesto de que no se abone el citado importe en el indicado plazo, la adjudicación quedará sin efecto, adjudicándose al siguiente licitador por orden o, en el caso de no haber más licitadores, declarando la licitación desierta.

La convocatoria de la licitación podrá realizarse siempre que se haya incoado el expediente de resolución, si bien no podrá adjudicarse hasta que éste no haya concluido. En todo caso, desde la resolución de la concesión a la apertura de las ofertas de la primera licitación no podrá transcurrir un plazo superior a tres meses.

Podrá participar en la licitación todo empresario que haya obtenido la oportuna autorización administrativa en los términos previstos en el apartado 2 del art. 263 del TRLCSP.⁶¹⁶

2ª El valor de la concesión será el que resulte de la adjudicación de las licitaciones a las que se refiere el apartado anterior.

En el caso de que la segunda licitación quedara desierta, el valor de la concesión será el tipo de ésta (el 50% de la valoración fijada de resultas de la aplicación del art. 271 ter del TRLCSP), sin perjuicio de la posibilidad de presentar por el concesionario originario o acreedores titulares al menos de un 5 % del pasivo exigible de la

⁶¹⁵ El porcentaje del 50% se ha fijado por analogía con el procedimiento de ejecución civil, esto es, que para quedarse con el bien se requiere el mínimo del 50% del tipo (MARTÍNEZ MENÉNDEZ, 2015).

La referencia normativa al respecto es la L 1/2000, de 7.1, de Enjuiciamiento Civil, que fija en el 50% el importe mínimo del remate para la adjudicación de bienes (art. 650, 670 y 671).

⁶¹⁶ El art. 263 del TRLCSP, sobre *ejecución de la hipoteca*, dispone en su apartado 2 lo siguiente:

«Todo el que desee participar en el procedimiento de ejecución hipotecaria en calidad de postor o eventual adjudicatario, incluso el propio acreedor hipotecario si la legislación sectorial no lo impidiera, deberá comunicarlo al órgano de contratación para obtener la oportuna autorización administrativa, que deberá notificarse al interesado en el plazo máximo de 15 días, y sin la cual no se le admitirá en el procedimiento. La autorización tendrá carácter reglado y se otorgará siempre que el peticionario cumpla los requisitos exigidos al concesionario. Si hubiera finalizado la fase de construcción o ésta no formara parte del objeto de la concesión, sólo se exigirán los requisitos necesarios para llevar a cabo la explotación de la obra.»

concesionaria, en el plazo máximo de tres meses a contar desde que quedó desierta, un nuevo comprador que abone al menos el citado tipo de licitación, en cuyo caso el valor de la concesión será el importe abonado por el nuevo comprador.

La Administración abonará al primitivo concesionario el valor de la concesión en un plazo de tres meses desde que se haya realizado la adjudicación de la licitación a la que se refiere el apartado anterior o desde que la segunda licitación haya quedado desierta.

En todo caso, el nuevo concesionario se subrogará en la posición del primitivo concesionario quedando obligado a la realización de las actuaciones vinculadas a las subvenciones de capital percibidas cuando no se haya cumplido la finalidad para la que se concedió la subvención.

3ª El contrato resultante de la licitación tendrá en todo caso la naturaleza de contrato de concesión de obra pública, siendo las condiciones del mismo las establecidas en el contrato primitivo que se ha resuelto, incluyendo el plazo de duración.⁶¹⁷

d) Fijación del tipo de licitación

Para la fijación del tipo de licitación en las concesiones de servicios, y tal como se acaba de ver, rige el art. 271 ter del TRLCSP por remisión directa del art. 271 bis del mismo texto, ambos relativos a la *concesión de obras*, pero cuya aplicación deriva del propio mandato del art. 288.1.2º pfo. del Texto refundido, garantizando así también el tratamiento unitario de las concesiones.

Aplicado pues a las concesiones de servicios, el referido precepto dispone lo siguiente:

⁶¹⁷ Sobre la naturaleza jurídica de las operaciones resultantes, como señala LOZANO CUTANDA, de un lado, «la nueva adjudicación supone, en la práctica, una subrogación del adjudicatario en la concesión originaria, por más que jurídicamente se trate de contratos distintos y haya que esperarse a la resolución del primero para que se pueda adjudicar el segundo»; de otro, «aunque nominalmente se mantiene el concurso o insolvencia del contratista como causa de resolución de la concesión (tal como lo establecen los arts. 223 y 270.2 TRLCSP, que no se modifican) y la consiguiente “extinción” de la misma (art. 266), lo cierto es que la concesión va a continuar con un nuevo adjudicatario (salvo que las dos licitaciones previstas resulten desiertas)» (2015: 4).

En relación con el proceso de licitación, como mecanismo para fijar la valoración y además de las valoraciones ya señaladas, se ha objetado que un elemento criticable lo constituye el hecho de que son muy complejos los mecanismos de entrada de terceros inversores (DORREGO DE CARLOS, 2015).

«Artículo 271 ter. Determinación del tipo de licitación de la concesión de obras en los casos en los que la resolución obedezca a causas no imputables a la Administración. Para la fijación del tipo de la primera licitación, al que se refiere el artículo 271 bis se seguirán las siguientes reglas:

a) El tipo se determinará en función de los flujos futuros de caja que se prevea obtener por la sociedad concesionaria, por la explotación de la concesión, en el periodo que resta desde la resolución del contrato hasta su reversión, actualizados al tipo de descuento del interés de las obligaciones del Tesoro a diez años incrementado en 300 puntos básicos.

Se tomará como referencia para el cálculo de dicho rendimiento medio los últimos datos disponibles publicados por el Banco de España en el Boletín del Mercado de Deuda Pública.

b) El instrumento de deuda que sirve de base al cálculo de la rentabilidad razonable y el diferencial citados podrán ser modificados por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, previo informe de la Oficina Nacional de Evaluación, para adaptarlo a las condiciones de riesgo y rentabilidad observadas en los contratos del sector público.

c) Los flujos netos de caja futuros se cuantificarán en la media aritmética de los flujos de caja obtenidos por la entidad durante un período de tiempo equivalente a los años que restan hasta la terminación. En caso de que el tiempo restante fuese superior al transcurrido, se tomará como referencia este último. No se incorporará ninguna actualización de precios en función de la inflación futura estimada.

d) El valor de los flujos de caja será el que el Plan General de Contabilidad establece en el Estado de Flujos de Efectivo como Flujos de Efectivo de las Actividades de Explotación sin computar en ningún caso los pagos y cobros de intereses, los cobros de dividendos y los cobros o pagos por impuesto sobre beneficios.

e) Si la resolución del contrato se produjera antes de la terminación de la construcción de la infraestructura, el tipo de la licitación será el 70 % del importe equivalente a la inversión ejecutada. A estos efectos se entenderá por inversión ejecutada el importe que figure en las últimas cuentas anuales aprobadas incrementadas en la cantidad resultante de las certificaciones cursadas desde el cierre del ejercicio de las últimas cuentas aprobadas hasta el momento de la resolución. De dicho importe se deducirá el correspondiente a las subvenciones de capital percibidas por el beneficiario, cuya finalidad no se haya cumplido.»

La regulación de la determinación del tipo y la licitación ha sido valorada y justificada en los siguientes términos:⁶¹⁸

1. Para calcular el tipo de licitación se valora la concesión mediante el sistema de descuento de flujos de caja; así:
 - se calculan los flujos de caja durante el período anterior equivalente al que queda por concluir la concesión,
 - y si el período que queda es mayor que el transcurrido, se tomará éste.
2. Se parte de datos históricos, no de estimaciones (no es un plan de negocio).
3. El tipo de descuento que se utiliza es el de la deuda a 10 años, incrementado en 300 puntos básicos, aunque estos dos extremos se pueden modificar por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.
4. El elemento clave del sistema, en consecuencia, radica en partir de datos históricos, toda vez que las estimaciones no son seguras.
5. La objeción que puede plantearse es que no se produce la actualización de esos datos históricos hacia el futuro. La razón de que no se produzca la actualización estriba en que la tramitación de esta modificación de la RPA tuvo lugar tras la aprobación de la Ley de deindexación (L 2/2015, de 30.3), y de ahí la dificultad de incluir una previsión que dispusiera que son los datos históricos actualizados en un uno o dos por ciento.
6. A cambio de eso se ha utilizado un tipo de interés de descuento que es más bajo del que parece que correspondería (la deuda a 10 años debe estar –a noviembre de 2015- al 1,5/1,6% y 300 puntos básicos serían el tipo de descuento al 4,5/4,6%), de manera que ello compensa la no actualización de los datos históricos.
7. Hay que precisar que los flujos de caja que se toman en cuenta son los de explotación, deduciendo los flujos derivados de los ingresos y costes financieros y el reparto de dividendos.

⁶¹⁸ Por JUAN ANTONIO MARTÍNEZ MENÉNDEZ (2015), Director General del Patrimonio del Estado.

La razón de no incluir los ingresos y costes es para no afectar la estructura financiera que pueda tener la empresa para gestionar esa concesión. Realmente se utilizan los flujos de caja para valorar unos activos de la empresa, que son los que pasan a la Administración, los que revierten, no la empresa misma y de ahí que no se valore su estructura financiera.

8. De acuerdo con los criterios señalados, así quedaría determinado el tipo que se licitaría. En una primera licitación (subasta al alza), el precio de adjudicación sería el que se abonaría al concesionario.

En caso de quedar desierta, seguiría una segunda licitación cuyo tipo sería el 50% de la primera y, caso de quedar igualmente desierta, el valor de la concesión será el de este 50% del tipo de la primera licitación, todo ello de acuerdo con los art. 271 bis del TRLCSP, antes analizado.

9. Finalmente, hay que consignar que cuando las obras están en construcción, el tipo de licitación es del 70% del valor de las obras, para lo cual se parte de las cuentas anuales, a las que se suman las certificaciones de obras que se hayan tramitado desde la fecha de aprobación de las cuentas anuales.
10. En conclusión, la reforma parte de la idea de que si la Administración no ha incurrido en ninguna actuación antijurídica, la Administración paga lo que se le aporta, y se entiende que lo que se le aporta vale lo que un tercero esté dispuesto a abonar y, en el supuesto de que no lo haya, se abona el 50% de los flujos que el concesionario ha generado en el período anterior.

4.15.3.3. La RPA en los supuestos de resolución por causas imputables a la Administración

La reforma introducida por la DF 9ª de la LRJSP/2015 ha dado nueva redacción al art. 288.1.1r pfo. del TRLCSP, cuyo tenor es el siguiente:

«En los supuestos de resolución por causa imputable a la Administración, esta abonará al concesionario en todo caso el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la obra objeto de la concesión,

atendiendo a su grado de amortización. **Al efecto, se aplicará un criterio de amortización lineal de la inversión.»**

Sobre el nuevo redactado pueden formularse las siguientes consideraciones:

1ª La reducción a la *concesión* pese a incluirse en un precepto dedicado –todavía- al *contrato de gestión de servicios públicos*, aunque ciertamente la ejecución de obras e instalaciones suele ser exclusiva de la modalidad de la *concesión de servicios públicos*, como ya se ha apuntado.

2ª La modificación al inicio del precepto es el resultado de la diferenciación entre causas no imputables a la Administración y las que sí lo son, toda vez que respecto de éstas se mantiene el *criterio de la valoración de la concesión* que era el que regía, con anterioridad, en ambos casos.⁶¹⁹

3ª Sobre la base de esos antecedentes, se ha defendido que el esquema en los supuestos de resolución por causa imputable a la Administración se ha mantenido básicamente igual: el importe de las inversiones se paga por lo que el concesionario se haya gastado, descontando las amortizaciones, para las cuales –y esta es la novedad- se *aplicará un criterio de amortización lineal de la inversión.*⁶²⁰

⁶¹⁹ De entre las causas imputables a la Administración, destaca la relativa al rescate que en su versión actualizada de la remunicipalización ha sido ya analizada (epígrafe 4.13.3.3). Respecto de esta figura y en relación con la responsabilidad patrimonial que venimos estudiando, se ha propuesto «que, con el fin de evitar incertidumbres incompatibles con la idea de atraer inversiones a la ejecución de estas fórmulas contractuales, la legislación de contratación pública debe incorporar, en la lógica del principio del derecho privado *rebus sic stantibus intellegitur* (junto a la técnica del equilibrio financiero del contrato para preservar el cumplimiento en condiciones de equivalencia) y, para supuestos de resolución, la RPA. En consecuencia, en todo contrato, con independencia de su naturaleza jurídica, se ha de procurar que las prestaciones que las partes se obligan a dar, entregar o recibir resulten equivalentes desde el punto de vista económico (sigue en nota al pie). Y es que como bien indicará el Conseil d'Etat francés “Es de esencia misma de todo contrato de concesión el buscar y realizar, en la medida de lo posible, una igualdad entre las ventajas que se conceden al concesionario y las obligaciones que le son impuestas. Las ventajas y las obligaciones deben compensarse para formar la contrapartida entre los beneficios probables y las pérdidas previsibles. En todo contrato de concesión está implicada, como un cálculo, la honesta equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige. Es lo que se llama la equivalencia comercial, la ecuación financiera del contrato de concesión” (Arrêt Compagnie générale française des tramways, de 21 marzo 1910)» (GIMENO FELIU, 2016b: 64).

⁶²⁰ Esa es la posición mantenida por MARTÍNEZ MENÉNDEZ (2015), Director General de Patrimonio del Estado.

4ª Ello no obstante, precisamente se ha objetado esa valoración sobre la base de que la amortización de todo lo que ha invertido el concesionario y las entidades que lo han financiado dibuja una curva que, en los supuestos de pagos por demanda, nada tiene que ver con la amortización lineal, por lo cual se está generando un desequilibrio económico para el concesionario.⁶²¹

5ª Finalmente, hay que consignar que las consideraciones formuladas se refieren al criterio de la indemnización por el valor de la inversión efectuada en los supuestos de resolución anticipada por causa imputable a la Administración, y cuya aplicación se entiende sin perjuicio de la indemnización por daños y perjuicios al contratista que será objeto de análisis más adelante.

⁶²¹ REBOLLO FUENTE, que precisa que en las concesiones con pagos por demanda y en esquemas de tarifa de usuario, los primeros años pudieran no ser los mejores y cuando se esperaran los beneficios fuera en el tramo final, con lo cual el nuevo criterio resulta perjudicial; en cambio –termina diciendo– en los supuestos de pago por disponibilidad no hay problema porque, más o menos, la curva de pagos de la Administración es lineal (2015). Sobre los *métodos de amortización contable* puede precisarse lo siguiente (MARTÍNEZ LAGUNA, 2015):

«Desde una perspectiva contable podrán utilizarse los métodos de carácter sistemático que distribuyan los costes de amortización a lo largo de la vida útil de los bienes, y que contemplen las características técnico-económicas de los mismos, con independencia de consideraciones fiscales.

Los criterios más habituales dan lugar a una cuota constante o una cuota variable (creciente o decreciente), dependiendo del activo a amortizar (véase *“Amortización productiva o técnica”*).

El más utilizado por su simplicidad es el método de *amortización lineal* basado en el tiempo, en el que la cuota de amortización se calcula tomando como referencia la base amortizable, constituida por el valor amortizable menos el valor residual, y dividiendo por el número de ejercicios de vida útil.

Por el principio de importancia relativa se puede tomar el valor residual como valor cero y no considerarlo en la base de cálculo, si no es significativo.

Otros métodos se aplican en función del nivel de actividad del elemento de inmovilizado, según el uso o la productividad esperada, medidos por ejemplo en kilómetros recorridos, horas máquina de funcionamiento, horas hombre de trabajo, unidades producidas, unidades vendidas, etc.

La Norma Internacional de Contabilidad nº 16, Inmovilizado material, (párrafos 60, 61 y 62) recoge que *“el método de amortización utilizado reflejará el patrón con arreglo al cual se espera que sean consumidos, por parte de la entidad, los beneficios económicos futuros del activo”*; citándose el *método lineal*, el método de amortización decreciente y el método de las unidades de producción. Elegido el que más fielmente refleje el patrón comentado, debe aplicarse de forma uniforme, aunque a la finalización de cada ejercicio debe revisarse, por si se pone de manifiesto un cambio significativo en el patrón, que se trataría como un cambio en una estimación contable.» Para un desarrollo de ese concepto, véase el artículo del referido autor en <http://www.expansion.com/diccionario-economico/amortizacion-contable.html>, consulta efectuada el 15.10.2015.

Respecto del método lineal o de cuotas de amortización constantes debe significarse que se fundamenta en la aplicación de los coeficientes de amortización fijados en la tabla incluida en la Ley 27/2014, de 27.11, del Impuesto de Sociedades (art. 12).

4.15.4. El planteamiento del ALCSP/O/2015

El ALCSP/O/2015 recoge las determinaciones sobre la indemnización que venimos analizando en los siguientes términos:

«Artículo 293. Efectos de la resolución

1. En los supuestos de resolución por causa imputable a la Administración, ésta abonará al concesionario en todo caso el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la obra objeto de la concesión, atendiendo a su grado de amortización. Al efecto, se aplicara un criterio de amortización lineal de la inversión.

Cuando la resolución obedezca a causas no imputables a la Administración, el importe a abonar al concesionario por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras y adquisición de bienes que deban revertir a la Administración será el que resulte de la valoración de la concesión, determinado conforme lo dispuesto en el artículo 279.

*En todo caso, se entenderá que no es imputable a la Administración la resolución del contrato cuando ésta obedezca a alguna de las causas establecidas en las letras a), b) y f) del artículo 209, **así como a la causa establecida en la letra a) del artículo 292.**»*

Tramitado en paralelo a la modificación de la LRJSP/2015, el Anteproyecto de octubre de 2015 reproduce en el art. 293.1 la regulación introducida en el art. 288.1 TRLCSP por dicha ley, por lo se refiere a la diferenciación de la valoración de la indemnización a abonar al contratista/concesionario por la resolución según se trate de causas imputables a la Administración o no imputables a la misma, con la variación en este segundo supuesto de lo siguiente:

1º. Tal como se desprende de la transcripción del precepto, el ALCSP define como causas de resolución no imputables a la Administración las siguientes:

a) La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 98 (referido a los supuestos de sucesión del contratista y continuación del contrato por fusión y los demás casos de reestructuración empresarial), prevista en el art. 209. a) del ALCSP.

b) La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento (ALCSP, 209. b).

c) El incumplimiento de la obligación principal del contrato (ALCSP, 209.f).

d) La ejecución hipotecaria declarada desierta o la imposibilidad de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria por falta de interesados autorizados para ello en los casos en que así procediera, de acuerdo con lo establecido en esta Ley (ALCSP, 292.a).

2º El TRLCSP recoge expresamente solo las dos primeras causas (art. 288.1 *in fine* en relación con el 223.a) y b), aunque cabe añadir las otras dos por aplicación analógica de las causas previstas para la concesión de obras (*ex art.* 269.c), e) y j) tal como ya se ha indicado.⁶²²

3º Hechas las precisiones anteriores sobre las innovaciones respecto del TRLSCP introducidas por el ALCSP en su art. 293.1, le resultan de aplicación las consideraciones que se acaban de formular en el apartado anterior (4.15.3).

4.16. Efectos de la resolución (III): otras determinaciones sobre la concesión de servicios públicos

4.16.1. Efectos derivados de las disposiciones específicas del servicio

El ALCSP recoge la siguiente determinación (art. 293.2):

«Con independencia de lo dispuesto en el artículo 211, el incumplimiento por parte de la Administración o del contratista de las obligaciones del contrato producirá los efectos que según las disposiciones específicas del servicio puedan afectar a estos contratos.»

⁶²² En el epígrafe 4.15.3.2, en el bien entendido que serían reconducibles a la causa del *incumplimiento de la obligación del contrato* (ALCSP ,209.f), las siguientes causas previstas para la concesión de obras en el TRLSCP (art. 269.e) y j, respectivamente):

- El secuestro de la concesión por un plazo superior al establecido como máximo sin que el contratista haya garantizado la asunción completa de sus obligaciones.
- El abandono, la renuncia unilateral, así como el incumplimiento por el concesionario de sus obligaciones contractuales esenciales.

Es esta una previsión que reproduce fielmente el texto del TRLCSP (art. 288.2), incluso sin sustituir la mención al contrato (la genérica del CGSP) por la de concesión, propia de la opción adoptada por los ALCSP.

Se trata de una remisión que efectúan el TRLCSP (288.2) y el ALCSP (293.2) a la legislación específica del servicio, esto es, a la sectorial que resulte de aplicación (así, sobre recogida y tratamiento de residuos o transporte urbano de viajeros, por ejemplo).

Dicha remisión cumple al objetivo de recordar que la legislación sectorial de servicios públicos constituye un ámbito normativo en el cual pueden disponerse determinados efectos jurídicos que resultarán de aplicación al CGSP o concesión en cuya virtud sean prestados los servicios.

También cabe entender que se trata de una regla general, aplicable a todos los supuestos de resolución del contrato, y de ahí la precisión, contenida al inicio del precepto citado, de que dicha regla se entiende *«con independencia de lo dispuesto en el artículo 211»*, referido a los efectos de las causas generales de resolución previstas en el art. 209 del ALCSP (en términos análogos, art. 225 y 223 del TRLCSP, referidos al CGSP).

4.16.2. Demora superior a seis meses en la entrega al contratista de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó la Administración.

El ALCSP dispone lo siguiente (art. 293.3):

«En el supuesto de la letra a) del artículo 292, el contratista tendrá derecho al abono del interés de demora previsto en la Ley por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales de las cantidades debidas o valores económicos convenidos, a partir del vencimiento del plazo previsto para su entrega, así como de los daños y perjuicios sufridos.»

De conformidad con este precepto, en el supuesto de la demora superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega al contratista de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato, el contratista tendrá derecho al abono del interés de demora previsto en la Ley por la que se establecen medidas de

lucha contra la morosidad en operaciones comerciales de las cantidades debidas o valores económicos convenidos, a partir del vencimiento del plazo previsto para su entrega, así como de los daños y perjuicios sufridos.

Con esta regla vino a ajustarse el régimen del CGSP al general, contenido en el art. 216.4 del TRLCSP, referido al precio, y que determina que, si se produce demora en su pago, la Administración «*deberá abonar al contratista, a partir del cumplimiento de dicho plazo de treinta días, los intereses de demora y la indemnización de los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad de las operaciones comerciales.*» Y esa misma previsión se reproduce en el art. 196.4 del ALCSP como ya se ha tenido ocasión de significar (epígrafe 4.11).

Contrastadas las respectivas combinaciones de preceptos, hay que advertir la coincidencia de que se fija como cantidad a abonar *los intereses de demora*, y la única diferencia estriba en las menciones a «*la indemnización por los costes de cobro*» (TRLCSP, 216.4 y ALCSP, 196.4), y a «*los daños y perjuicios sufridos*» (TRLCSP, 286.3 y ALCSP, 292.3). Opino que se trata de una discrepancia que debe ser salvada en el sentido de equiparar sus efectos, en el sentido de referirlos a los daños y perjuicios sufridos para conseguir la percepción de tales intereses de demora, por lo que cabe concluir que tienen el mismo alcance material.

4.16.3. Indemnización por daños y perjuicios al contratista o concesionario

4.16.3.1. Introducción

A la hora de examinar la indemnización por daños y perjuicios al contratista o concesionario de servicios públicos en el caso de resolución por causa imputable a la Administración debe adelantarse lo siguiente:

1º Que el régimen del TRLCSP (art. 288.4) no ha sido objeto de variación con ocasión de la LRJSP/2015.

2º Que ese régimen se mantenía en el texto del Anteproyecto de abril de 2015 (art. 293.4), si bien con una pequeña variación.

3º Que, sin embargo, el texto del Anteproyecto de octubre de 2015 sí introduce una variación de mayor calado (art. 293.4).

Precisado lo anterior, cabe adelantar las dudas sobre la no afectación del TRLCSP por la modificación de la LRJSP/2015 en los contratos de concesión de servicios públicos, toda vez que sí fueron objeto de alteración los de concesión de obras y atendido que uno de los criterios de aquella modificación fue la de unificar el régimen de las concesiones de obras y de servicios públicos.

4.16.3.2. La regulación del TRLCSP y del ALCSP/A/2015

A) Regulación

a) TRLCSP (art. 288.4).

«En los supuestos de las letras b), c) y d) del artículo 286, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, la Administración indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que se le irroguen, incluidos los beneficios futuros que deje de percibir, atendiendo a los resultados de la explotación en el último quinquenio y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquélla, habida cuenta de su grado de amortización.»

b) ALCSP/A/2015 (art. 293.4).

*«En los supuestos de las letras b), c) y d) del artículo 292, y **en general en los casos en que la resolución del contrato se produjera por causas imputables a la Administración**, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, la Administración indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que se le irroguen, incluidos los beneficios futuros que deje de percibir, atendiendo a los resultados de la explotación en el último **trienio** y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquélla, habida cuenta de su grado de amortización»*

B) Comentarios

Los supuestos a los que se remiten los preceptos transcritos en sus inicios se refieren a las causas de resolución del CGSP y concesión, respectivamente, del rescate, la

supresión del servicio y la imposibilidad de prestación del mismo como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato. Y es en razón de esta resolución que la Administración deberá indemnizar al contratista.

Sobre esta regla que obliga al abono de indemnización en los casos señalados (causas específicas de resolución detalladas en el TRLCSP, 286 y ALCSP, 292), procede señalar las precisiones siguientes:

- a) Respecto del alcance de la indemnización al contratista, tales preceptos prescriben que comprenderá *«los daños y perjuicios que se le irroguen, incluidos los beneficios futuros que deje de percibir»*, lo que incluye no sólo el *daño emergente*, sino también el *lucro cesante*.
- b) Para la fijación del montante de esa indemnización se señala un primer criterio interpretativo, de carácter temporal, en el sentido de que deberá atenderse *«a los resultados de la explotación en el último quinquenio»*, según el TRLCSP (288.4), que se reduce al *último trienio* (ALCSP/A/2015, 293.4).
- c) El segundo criterio que se establece para la determinación de la indemnización es el de que se atenderá *«a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquélla, habida cuenta de su grado de amortización»* (coincidentes en TRLCSP, 288.4 y ALCSP/A/2015, 293.4). Se trata, por tanto, de obras e instalaciones que no pasarán a propiedad de la Administración, que no revertirán, y cuyo abono procede al haber sido ejecutadas por el contratista y en tanto no hayan sido amortizadas. Se comprende, así, que se señale que esta indemnización se entiende *«sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo»*, que se centra en las obras e instalaciones que sí pasan a propiedad de la Administración al ser objeto de reversión (igual en TRLCSP, 288.4 y ALCSP, 293.4), como ya se ha analizado (epígrafe 4.15.3.3.).
- d) Se ha planteado la cuestión de si es admisible imponer en el pliego al adjudicatario del contrato que la supresión del servicios no comportará ninguna indemnización al concesionario, sobre lo cual la jurisprudencia se ha pronunciado calificando como válida una cláusula que incluyera tal determinación.⁶²³

⁶²³ Así, la STS de 10.5.2004 afirma lo siguiente (Ar 3472, FD 3º):

«En este sentido, el Pliego de Condiciones del contrato, que exige para la prestación del servicio de conducción del correo entre Barcelona y los centros de reparto establecidos en las

- e) Las determinaciones detalladas son aplicables «en general en los casos en que la resolución del contrato se produjera por causas imputables a la Administración» (TRLCSJP, 288.4 y ALCSP, 293, 4, segundo inciso).
- f) Hasta aquí, los comentarios referidos al TRLCSJP y al texto del Anteproyecto de abril de 2015, pero sucede que la LRJSP/2015 sí modificó sustancialmente la regulación a este respecto de la concesión de obras, que pasó, de tener un contenido análogo al transcrito al del CGSP, a ser objeto de la siguiente regulación (art. 271.3, en la redacción dada por la DF 9.8 de la L 40/2015):

«En los supuestos de los párrafos g), h) e i) del artículo 269, y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, la Administración concedente indemnizará al concesionario por los daños y perjuicios que se le irroguen. Para determinar la cuantía de la indemnización se tendrán en cuenta:

a) los beneficios futuros que el concesionario dejará de percibir, cuantificándolos en la media aritmética de los beneficios antes de impuestos obtenidos durante un período de tiempo equivalente a los años que restan hasta la terminación de la concesión. En caso de que el tiempo restante fuese superior al transcurrido, se tomará como referencia este último.

sucursales 23, 25, 27 y 30 un camión de siete toneladas con furgón cerrado, previene en la cláusula 22 que la Administración se reserva la facultad de modificar el itinerario y horario de la conducción contratada y de «suprimirla» cuando así conviniera al servicio, sin que contra cualquiera de dichos acuerdos el contratista pueda alegar derecho alguno. En el contrato celebrado el 3 de agosto de 1974 el adjudicatario declara que acepta y se obliga a cumplir el servicio con arreglo a todas las condiciones del Pliego.

Pues bien, en el caso de autos no son aplicables los artículos 79 y 80 de la LCE, ya que la cláusula 22 del Pliego de Condiciones contiene una expresa renuncia del contratista a alegar derecho alguno y, por tanto, comprende también la renuncia a solicitar una indemnización, en los supuestos de supresión del servicio, como ha acontecido en el supuesto enjuiciado.

Esta cláusula es perfectamente válida. Se encuentra amparada en el principio de libertad de pactos que se recoge en el artículo 3 de la LCE, no habiendo en ella nada contrario al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración. En relación con el ordenamiento jurídico, el artículo 6.2 del Código Civil admite como válida la renuncia a los derechos reconocidos por las Leyes (en este caso a la indemnización en caso de supresión del servicio), exigiendo sólo que la renuncia no sea contraria al interés o al orden público ni perjudique a terceros, circunstancias que no se dan en el supuesto que analizamos.

Por otra parte, tampoco cabe invocar la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato de gestión de servicios públicos, ya que la empresa contratista sabía desde el primer momento, al aceptar el Pliego de Condiciones, que en caso de suprimirse el servicio no tendría derecho a indemnización alguna, por lo que sus previsiones debían incluir forzosamente la amortización del material e inversiones realizadas para la prestación del servicio de conducción del correo.

El motivo debe ser desestimado y con él el recurso de casación.»

En el mismo sentido las STS 18.5.2004 (Ar 3517, FD 8º y 9º) y 21.5.2004 (Ar 3796, FD 3º). Véanse también los comentarios de BLANQUER CRIADO (2012: 1336-1337) y PÉREZ AMORÓS (2013: 1612-1613).

La tasa de descuento aplicable será la que resulte del coste de capital medio ponderado correspondiente a las últimas cuentas anuales del concesionario.

b) la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de ser entregadas a aquélla, considerando su grado de amortización.»

Sobre esta modificación se han formulado las valoraciones siguientes:

f.1) Sobre el *daño emergente*, se indemniza por la diferencia respecto de lo que el concesionario hubiera abonado, y, por lo que se refieren al *lucro cesante*, se estiman los beneficios futuros antes de impuestos para evitar la doble fiscalidad, dado que la indemnización que satisfaga la Administración sí pagará impuestos, y aplicando un tipo de descuento que es del coste medio del capital de la empresa.⁶²⁴

f.2) La nueva regulación ha sido objetada sobre la base de que la valoración del *daño emergente* puede no corresponderse con la amortización lineal prevista (en el art. 288.1.1r pfo. del TRLCSP, analizado en el epígrafe 4.15.3.3.), que para el *lucro cesante* las proyecciones no tendrían que basarse en los años anteriores, sino en proyecciones actualizadas y que, cada vez que se va aquilitando más en la ley la metodología de cálculo de la compensación por la finalización anticipada, se está coartando el buen ejercicio de diseño fino de cómo se quiere tratar cada contrato en función de sus características específicas todos los supuestos de riesgo.⁶²⁵

f.3) En cualquier caso, no se entiende que se introduzca una modificación en el TRLCSP sobre la *cuantificación de la indemnización al concesionario por los daños y perjuicios que se irroguen* aplicable a la *concesión de obras* (art. 271.3), con una regulación muy precisa de la metodología de cálculo de la misma, y que esa previsión no se extienda también a la concesión de servicios públicos, en abierta contradicción, pues, con el objetivo de unificar el régimen jurídico de ambos tipos de concesiones.⁶²⁶

Da un argumento añadido a la falta de lógica de esa omisión el hecho de que, en el texto del Anteproyecto de octubre de 2015, sí se produzca esa traslación a la

⁶²⁴ Por MARTÍNEZ MENÉNDEZ (2015), Director General de Patrimonio del Estado.

⁶²⁵ REBOLLO FUENTE (2015).

⁶²⁶ Que esa integración en un mismo régimen jurídico era una finalidad de la reforma lo expresan MARTÍNEZ MENÉNDEZ (2015), Director General de Patrimonio del Estado, DORREGO DE CARLOS (2015) y JIMÉNEZ MARCONI (2015).

concesión de servicios, del régimen de la concesión de obras, como se verá a continuación.

4.16.3.3. La propuesta del ALCSP/O/2015

El texto del Anteproyecto de octubre de 2015 incluye, entre los *efectos de la resolución de la concesión de servicios*, la siguiente determinación (art. 293.4):

*«En los supuestos de las letras **b)**, c), d) y e) del artículo 292, y en general en los casos en que la resolución del contrato se produjera por causas imputables a la Administración, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, la Administración indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que se le irroguen, incluidos los beneficios futuros que deje de percibir, **cuantificados conforme a lo establecido en la letra a) del apartado 3 del artículo 278** y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquélla, habida cuenta de su grado de amortización.»*

Sobre esta previsión cabe formular los siguientes comentarios:

1º Se aplica, *en general*, en los casos en que la resolución del contrato se produjera por causas imputables a la Administración y, en particular, en los de *las letras b), c), d) y e) del artículo 292 del ALCSP/O/2015*, esto es, los siguientes:

«b) La demora superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega al concesionario de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato.

c) El rescate del servicio por la Administración para su gestión directa, por razones de interés público.

d) La supresión del servicio por razones de interés público.

e) La imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato.»

2º Contrastado con las regulaciones anteriores del TRLCSP (288.4) y ALCSP/A/2015 (293.4), se advierte que en el Anteproyecto de octubre de 2015 se ha incorporado la causa de *«la demora superior a seis meses por parte de la Administración en la*

entrega al concesionario de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato».

Esta misma incorporación se produce en relación con la *concesión de obras* en el Anteproyecto citado (ex 277.3), por lo que se confirma la decisión adoptada en este texto. Con todo, se trata más de una mejora técnica que de una modificación, toda vez que esa demora de seis meses, como causa de resolución, era lógicamente imputable a la Administración y, por tanto, se hallaba ya incluida en la fórmula general (*en todo caso*), antes destacada.

3º) La determinación más relevante es, sin duda, la relativa a que *«la Administración indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que se le irroguen, incluidos los beneficios futuros que deje de percibir, cuantificados conforme a lo establecido en la letra a) del apartado 3 del artículo 278 y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquélla, habida cuenta de su grado de amortización»*, de cuyo análisis cabe fijar las siguientes consideraciones:

3.a) La remisión es al art. 278.3.a) del propio Anteproyecto, relativo a la *concesión de obras*, y que determina que para la cuantificación de la indemnización, en primer término, se tendrán en cuenta *«los beneficios futuros que el concesionario dejará de percibir, cuantificándolos en la media aritmética de los beneficios antes de impuestos obtenidos durante un período de tiempo equivalente a los años que restan hasta la terminación de la concesión. En caso de que el tiempo restante fuese superior al transcurrido, se tomará como referencia este último. La tasa de descuento aplicable será la que resulte del coste de capital medio ponderado correspondiente a las últimas cuentas anuales del concesionario»*.

Se trata, efectivamente, de la misma regla de cálculo introducida en el art. 271.3 del TRLCSP, para la concesión de obras, por la LRJSP/2015 (DF 9ª.8), analizada en el epígrafe anterior.

3.b) La segunda regla de cuantificación de los beneficios futuros que se recoge para la *concesión de servicios* en el art. 293.4 del Anteproyecto, *«la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquélla, habida cuenta de su grado de amortización»*, es básicamente la misma que recoge dicho texto para la *concesión de obras* en su art. 278.3.b), que la concreta en la expresión *«la pérdida del valor de las*

obras e instalaciones que no hayan de ser entregadas a aquélla (referido a la Administración concedente), considerando su grado de amortización».

3.c) Se concluye de lo anterior que en el ALCSP/O/2015 se consuma la unificación del régimen jurídico de la RPA en las concesiones, que, en el aspecto de la indemnización de daños y perjuicios que se analiza, quedó sin completar.

De ahí que resulten aplicables a la regulación las consideraciones relativas a la modificación operada en la concesión de obras en el TRLCSP, en relación con el daño emergente y el lucro cesante, y sobre su justificación y eventual crítica realizadas en el epígrafe anterior.⁶²⁷

4.17. Prerrogativa y procedimiento de ejercicio de la resolución de las concesiones de servicios públicos

Acordar la resolución de los contratos administrativos y determinar sus efectos se califica como una *prerrogativa* del órgano de contratación y, por extensión, de la Administración pública, tanto por el TRLCSP (210), como por el ALCSP (188), que la extienden a la *interpretación de los contratos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento y modificarlos por razones de interés público*.

El *procedimiento de ejercicio* de las prerrogativas citadas se recoge en los art. 211 del TRLCSP y 189 del ALCSP. Circunscribiéndola a la resolución de la concesión, los trámites a observar son los siguientes:

1º *Audiencia al contratista* (TRLCSP, 211.1 y ALCSP, 189.1).

2º Emisión de los correspondientes *Informes*, por la Secretaría y la Intervención si los referimos a la entidad local (TRLCSP, 211.2 y DA 2ª.8, y ALCSP, 189.2 y DA 2ª.8).

⁶²⁷ Así, en el 4.16.3.2.f), por MARTÍNEZ MENÉNDEZ (2015) Director General de Patrimonio del Estado, y REBOLLO FUENTE (2015).

3º Cuando se formule *oposición por parte del contratista*, será *preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva* (TRLCS, 211.3.a y ALCS, 189.3.a).⁶²⁸

⁶²⁸ TORNOS MAS (2015) recuerda la necesidad de dicho trámite en relación con el rescate de las concesiones, por lo que el carácter preceptivo del dictamen del órgano consultivo es determinante de la nulidad de los acuerdos que se adopten sin la observancia del mismo, como concluye la STS de 29.12.2003 (Ar 2005 3340):

«TERCERO

(...)El rescate del servicio comporta la extinción de la concesión administrativa, por lo que resultaba obligada la consulta de la Comisión Permanente de ese alto órgano consultivo que dispone el anterior precepto.

La idea central utilizada por la sentencia recurrida para no considerar necesario el dictamen del Consejo de Estado es que en la Administración local, por lo que se refiere a la determinación de los casos en que ese requisito ha de considerarse necesario, la interpretación más adecuada es la de entender que no rige la Ley del Consejo de Estado sino la legislación específica de régimen local y la legislación general de las Administraciones públicas. Esa es la interpretación que se hace de la previsión genérica que sobre la intervención del Consejo de Estado figura en el artículo 48 de la Ley 7/1985, de 2 de abril (RCL 1985, 799, 1372), reguladora de las Bases del Régimen Local.

Con esta premisa se dice que el artículo 114 del TRRL (RCL 1986, 1238, 2271, 3551) sólo dispone la consulta para los casos de resolución, y que son supuestos distintos el de resolución contractual y el de rescate de concesiones.

Se señala también que la interpretación anterior debe considerarse admisible teniendo en cuenta el principio de autonomía local.

Y se finaliza razonando que son cosas diferentes, de un lado, la compatibilidad de la consulta al Consejo de Estado con la autonomía local y, de otro, la tesitura de optar por la interpretación legal más favorable a la autonomía local.

La argumentación anterior no puede ser compartida. Contradice la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de noviembre (STC 204/1992 [RTC 1992, 204]) sobre el significado que ha de darse a la exigencia contenida en los artículos 21 y 22 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado (LO 3/1980 [RCL 1980, 921]), sobre la compatibilidad de dicha exigencia con el principio de autonomía de los artículos 2 y 137 CE (RCL 1978, 2836) y sobre la naturaleza del alto órgano consultivo.

CUARTO

La jurisprudencia constitucional a la que se ha hecho referencia se puede sintetizar en las ideas que se expresan a continuación.

El artículo 22 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado (LO 3/1980 [RCL 1980, 921]) tiene el valor de normativa básica o procedimental común para todas las Administraciones públicas, dictada al amparo de lo establecido en el artículo 149.1.18 de la Constitución (RCL 1978, 2836), y por ello es también aplicable a las entidades locales en cuanto que son también Administraciones públicas.

El párrafo segundo del artículo 23 de esa misma Ley así lo confirma cuando la intervención consultiva no la limita únicamente a la Administración General del Estado y la hace extensiva a las Comunidades Autónomas (El dictamen será preceptivo para las Comunidades en los mismos casos previstos en esta Ley para el Estado, cuando hayan asumido las competencias correspondientes).

Esa extensión a las Comunidades Autónomas dispuesta por una Ley estatal significa atribuir al precepto correspondiente ese valor de normativa básica o procedimental común para todas las Administraciones públicas.

La virtualidad de esa regulación estatal básica y procedimental común está referida a la necesidad del dictamen consultivo, por lo que la compatibilidad de este requisito con la potestad de autoorganización de las Comunidades Autónomas se logra mediante la sustitución del informe preceptivo del Consejo de Estado por el del órgano superior consultivo autonómico cuando este haya sido creado.

Por otra parte, el Consejo de Estado actúa con autonomía orgánica y funcional y lo hace con un fin de tutela de la legalidad y del Estado de Derecho, por lo que su intervención no puede considerarse atentatoria contra el principio de autonomía local.

4º Acuerdos de resolución y determinación de los efectos de ésta adoptados por el órgano de contratación, los cuales pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos.

4.18. Subcontratación en las concesiones de servicios públicos (art. 294).

4.18.1. Accesoriedad de la subcontratación en la concesión de servicios

Con el precedente del art. 289 del TRLCSP (objeto de análisis en el epígrafe 4.10.2), el Anteproyecto determina lo siguiente:

«Artículo 294. Subcontratación.

En el contrato de concesión de servicios, la subcontratación sólo podrá recaer sobre prestaciones accesorias, resultándole de aplicación la regulación establecida en los artículos 213, 214 y 215 de la presente Ley».

No recoge el precepto del Texto refundido esta remisión a la regulación de la subcontratación, contenida en los art. 213, 214 y 215 del Anteproyecto, y que necesita, en cualquier caso, de un análisis pormenorizado para cada uno de ellos.

4.18.2. Regulación general de la subcontratación

El Anteproyecto dispone lo siguiente:

*La conclusión, pues, que se deriva de lo anterior es que **resulta injustificado el razonamiento que realiza la sentencia de instancia para declarar la inaplicación del artículo 22 de la LO 3/1980, como también su argumentación de que es más favorable a la autonomía local una solución que prescinda de la intervención del Consejo de Estado.***

QUINTO

*La acogida del anterior motivo de casación determina que esta Sala deba entrar en el análisis de la cuestión de fondo planteada en el proceso de instancia, lo que conduce a estimar el recurso Contencioso-Administrativo con este alcance: **anular las resoluciones administrativas impugnadas y retrotraer el procedimiento administrativo de rescate del servicio al momento en que fue formulada oposición por el concesionario, a fin de que, antes de dictarse la resolución que haya de pronunciarse sobre la extinción de la concesión administrativa, sea elevado el expediente para su dictamen al Consejo de Estado o al órgano superior consultivo de la Comunidad Autónoma de Andalucía;** y reponer al concesionario en sus derechos hasta que se dicte la resolución correspondiente una vez realizado el dictamen que se ha mencionado.*

En relación con lo anterior, ha de decirse que el dato de la omisión del dictamen del órgano consultivo que fue denunciado en la demanda no fue desmentido por la parte demandada, ya que esta en su contestación no negó esa omisión y lo que hizo fue rebatir esta impugnación únicamente con el razonamiento de que no era necesario.»

«Artículo 213. Subcontratación

1. El contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación, salvo que los pliegos dispongan lo contrario o que por su naturaleza y condiciones se deduzca que aquél ha de ser ejecutado directamente por el primero.

En ningún caso la prohibición de subcontratación podrá suponer que se produzca una restricción efectiva de la competencia, sin perjuicio de lo establecido en la presente Ley respecto a los contratos de carácter secreto o reservado, o aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado.

2. La celebración de los subcontratos estará sometida al cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Si así se prevé en los pliegos, los licitadores deberán indicar en la oferta la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe, y el nombre o el perfil empresarial, definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización.

b) En todo caso, el contratista deberá comunicar por escrito, tras la adjudicación del contrato y, a más tardar, cuando inicie la ejecución de éste, al órgano de contratación la intención de celebrar los subcontratos, señalando la parte de la prestación que se pretende subcontratar y la identidad, datos de contacto y representante o representantes legales del subcontratista, y justificando suficientemente la aptitud de éste para ejecutarla por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia, y acreditando que el mismo no se encuentra incurso en prohibición de contratar de acuerdo con el artículo 71.

El contratista principal deberá notificar por escrito al órgano de contratación cualquier modificación que sufra esta información durante la ejecución del contrato principal, y toda la información necesaria sobre los nuevos subcontratistas.

En el caso que el subcontratista tuviera la clasificación adecuada para realizar la parte del contrato objeto de la subcontratación, la comunicación de esta circunstancia será suficiente para acreditar la aptitud del mismo.

La acreditación de la aptitud del subcontratista podrá realizarse inmediatamente después de la celebración del subcontrato si ésta es necesaria para atender a una situación de emergencia o que exija la adopción de medidas urgentes y así se justifica suficientemente.

c) Si los pliegos hubiesen impuesto a los licitadores la obligación de comunicar las circunstancias señaladas en la letra a) del presente apartado, los subcontratos que no se ajusten a lo indicado en la oferta, por celebrarse con empresarios distintos de los indicados nominativamente en la misma o por referirse a partes de la prestación diferentes a las señaladas en ella, no podrán celebrarse hasta que transcurran veinte días desde que se hubiese cursado la notificación y aportado las justificaciones a que se refiere la letra b) de este apartado, salvo que con anterioridad hubiesen sido autorizados expresamente, siempre que la Administración no hubiese notificado dentro de este plazo su oposición a los mismos. Este régimen será igualmente aplicable si los subcontratistas hubiesen sido identificados en la oferta mediante la descripción de su perfil profesional.

Bajo la responsabilidad del contratista, los subcontratos podrán concluirse sin necesidad de dejar transcurrir el plazo de veinte días si su celebración es necesaria para atender a una situación de emergencia o que exija la adopción de medidas urgentes y así se justifica suficientemente.

d) En los contratos de carácter secreto o reservado, o en aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con

disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado, la subcontratación requerirá siempre autorización expresa del órgano de contratación.

e) Las prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate con terceros no podrán exceder del porcentaje que se fije en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En el supuesto de que no figure en el pliego un límite especial, el contratista podrá subcontratar hasta un porcentaje que no exceda del 60 por 100 del precio del contrato.

Para el cómputo de este porcentaje máximo, no se tendrán en cuenta los subcontratos concluidos con empresas vinculadas al contratista principal, entendiéndose por tales las que se encuentren en algunos de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio.

Cuando el pliego de cláusulas administrativas particulares establezca un límite de subcontratación superior al 60 por 100, se deberán justificar suficientemente las razones que lo amparan. No se podrá, en ningún caso, contratar con terceros la totalidad de la prestación objeto del contrato

3. La infracción de las condiciones establecidas en el apartado anterior para proceder a la subcontratación, así como la falta de acreditación de la aptitud del subcontratista o de las circunstancias determinantes de la situación de emergencia o de las que hacen urgente la subcontratación, tendrá, entre otras previstas en esta Ley, y en función de la repercusión en la ejecución del contrato, alguna de las siguientes consecuencias, cuando así se hubiera previsto en los pliegos:

a) La imposición al contratista de una penalidad de hasta un 50 por 100 del importe del subcontrato.

b) La resolución del contrato, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el segundo párrafo de la letra f) del apartado 1 del artículo 209.

4. Los subcontratistas quedarán obligados sólo ante el contratista principal que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares o documento descriptivo, y a los términos del contrato, incluido el cumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral a que se refiere el artículo 199.

El conocimiento que tenga la Administración de los subcontratos celebrados en virtud de las comunicaciones a que se refieren las letras b) y c) del apartado 2 de este artículo, o la autorización que otorgue en el supuesto previsto en la letra d) de dicho apartado, no alterarán la responsabilidad exclusiva del contratista principal.

5. En ningún caso podrá concertarse por el contratista la ejecución parcial del contrato con personas inhabilitadas para contratar de acuerdo con el ordenamiento jurídico o comprendidas en alguno de los supuestos del artículo 71.

6. El contratista deberá informar a los representantes de los trabajadores de la subcontratación, de acuerdo con la legislación laboral.

7. Los órganos de contratación podrán imponer al contratista, advirtiéndolo en los pliegos, la subcontratación con terceros no vinculados al mismo, de determinadas partes de la prestación que no excedan en su conjunto del 50 por ciento del presupuesto base de licitación del contrato, cuando gocen de una sustantividad propia dentro del conjunto que las haga susceptibles de ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación profesional o poder atribuirse su realización a empresas con una clasificación adecuada para realizarla.

Las obligaciones impuestas conforme a lo previsto en el párrafo anterior se considerarán obligaciones esenciales a los efectos previstos en el apartado 1 del artículo 190 y en la letra f) del apartado 1 del artículo 209.

8. Los subcontratos y los contratos de suministro a que se refieren los artículos 213 a 215 tendrán en todo caso naturaleza privada.

9. Los subcontratistas no tendrán en ningún caso acción directa frente a la Administración contratante por las obligaciones contraídas con ellos por el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos».

Sobre la base del antecedente del art. 227 del TRLCSP, de las determinaciones consignadas en el art. 213 del ALCSP transcrito considero aplicables, en síntesis, las obligaciones de dar conocimiento por escrito a la Administración del subcontrato a celebrar (nº 2, letra b), que los subcontratistas quedan obligados sólo ante el contratista principal, el cual asumirá la total responsabilidad de la ejecución frente a la entidad contratante (nº 4), y que los subcontratistas no pueden estar inhabilitados o incurso en algunos de los supuestos del art. 71 del ALCSP (nº 5 del 213).

En cambio no parece posible admitir en el PCAP la aplicación de la previsión del art. 213.2, letra e), sobre porcentajes de subcontratación de hasta el 60% o incluso superiores, por cuanto son incompatibles con la regla de la accesoriadad que preside las prestaciones susceptibles de subcontratación en la concesión según el art. 294 del ALCSP. Más difícil parece negar, a r dice, la posibilidad de la *imposición al contratista de un porcentaje de subcontratación con terceros*, recogida en el apartado 7 del art. 213 del ALCSP, antes transcrito, bien que en unos niveles prudentes a fin de no desnaturalizar el criterio general de la accesoriadad sealado.⁶²⁹

En sus diversas acepciones, son *accesorias* las prestaciones *dependientes*, *complementarias* o *agregadas* a las *principales*, las cuales constituyen las *propias* del servicio público cuya gestión se contrata.

Aunque el art. 67.2.u) del RGLCAP posibilita que el PCAP fije, de antemano, la «parte o tanto por ciento de las prestaciones susceptibles de ser subcontratadas por el

⁶²⁹ A la inclusión de esa posibilidad de imposición al contratista del art. 213.7 del Anteproyecto cabe atribuir que éste no haya recogido, para la concesión de obras, la previsión correlativa de imponer al adjudicatario la obligación de subcontratar con terceros un porcentaje de los contratos de obras, objeto de regulación en el art. 273 del TRLCSP, cuyo texto es el siguiente: «Artículo 273. Subcontratación.

1. El  rgano de contratación podrá imponer al concesionario de obras públicas que confíe a terceros un porcentaje de los contratos que represente, como mínimo, un 30 por 100 del valor global de las obras objeto de la concesión, previendo al mismo tiempo la facultad de que los candidatos incrementen dicho porcentaje; este porcentaje mínimo deberá constar en el contrato de concesión de obras.

2. En caso de no hacer uso de la facultad a que se refiere el apartado anterior, el órgano de contratación podrá invitar a los candidatos a la concesión a que indiquen en sus ofertas, si procede, el porcentaje del valor global de las obras objeto de la concesión que se proponen confiar a terceros.»

contratista», en el pliego de la concesión entiendo mucho más apropiado consignar el deber genérico del gestor de ejercer por sí la prestación y un recordatorio sobre la limitación a las prestaciones accesorias que prescribe el art. 213 del ALCSP.

En este sentido debe consignarse que el ROASCat/1955 añade dos requisitos más a la subcontratación: que «se haya previsto en la convocatoria del procedimiento de adjudicación» y que «los subcontratos que se suscriban los ha de autorizar el ente local titular del servicio» (art. 241, 1 y 2, respectivamente). El art. 272 del RBASO Arag/2002 reproduce los términos del art. 227 del TRLCSP.

Un problema se plantea al exigir el ROAS que «los subcontratos que se suscriban tendrán que ser autorizados por la entidad titular del servicio» (art. 242.2). Surge así el conflicto con el TRLCSP, cuyo art. 227.2.b), precepto básico, tan solo establece la obligación de dar conocimiento anticipado a la Administración del subcontrato a celebrar, por lo que aquella exigencia no resultaría aplicable por ser contraria a la legislación básica.⁶³⁰ Otro elemento que confirma este juicio lo proporciona el reglamento aragonés que, si bien sigue al ROAS en muchas determinaciones, se aparta de éste y no contradice al TRLCAP (115.2.a), en su día, y ahora al TRLCSP y el ALCSP al consignar que «los subcontratos que se suscriban deberán ser comunicados a la Entidad local titular del servicio» (RBASO, 272.2).

4.18.3. Pagos a subcontratistas y suministradores

Como su antecedente del art. 228 del TRLCSP, el 214 del ALCSP, en tanto que regulador de los requisitos de los *pagos a subcontratistas y suministradores* por el contratista principal, cabe entender que será de aplicación íntegra al concesionario y su tenor es el siguiente:

«Artículo 214. Pagos a subcontratistas y suministradores

1. El contratista debe obligarse a abonar a los subcontratistas o suministradores el precio pactado en los plazos y condiciones que se indican a continuación.

2. Los plazos fijados no podrán ser más desfavorables que los previstos en el apartado 4 del artículo 196 para las relaciones entre la Administración y el contratista, y se computarán desde la fecha de aprobación por el contratista principal de la factura emitida por el subcontratista o el suministrador, con indicación de su fecha y del período a que corresponda.

⁶³⁰ Ya lo advirtieron LLISSET BORRELL y LLISSET CANELLES (1995: 308).

3. La aprobación o conformidad deberá otorgarse en un plazo máximo de treinta días desde la presentación de la factura. Dentro del mismo plazo deberán formularse, en su caso, los motivos de disconformidad a la misma.

4. El contratista deberá abonar las facturas en el plazo fijado de conformidad con lo previsto en el apartado 2. En caso de demora en el pago, el subcontratista o el suministrador tendrá derecho al cobro de los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, sin que en ningún caso pueda ser inferior al establecido para las Administraciones Públicas en el apartado 4 del artículo 196.

5. El contratista podrá pactar con los suministradores y subcontratistas plazos de pago superiores a los establecidos en el presente artículo, respetando los límites previstos en el artículo 4.3 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, siempre que dicho pacto no constituya una cláusula abusiva de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 9 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, y que el pago se instrumente mediante un documento negociable que lleve aparejada la acción cambiaria, cuyos gastos de descuento o negociación corran en su integridad de cuenta del contratista. Adicionalmente, el suministrador o subcontratista podrá exigir que el pago se garantice mediante aval.

6. Los subcontratistas no podrán renunciar válidamente, antes o después de su adquisición, a los derechos que tengan reconocidos por este artículo, sin que sea de aplicación a este respecto el artículo 1.110 del Código Civil».

Ausente del TRLCSP, el último apartado de este art. 214 del Anteproyecto dispone la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al subcontratista, medida que hay que considerar acertada para equilibrar la posición más precaria de éste, y que se complementa con la prevención sobre la no aplicación de los efectos liberatorios de los recibos de los pagos previstos en el art. 1110 del Código civil, que dispone lo siguiente:

«El recibo del capital por el acreedor, sin reserva alguna respecto a los intereses, extingue la obligación del deudor en cuanto a éstos.

El recibo del último plazo de un débito, cuando el acreedor tampoco hiciere reservas, extinguirá la obligación en cuanto a los plazos anteriores»

4.18.4. Comprobación de los pagos a los subcontratistas o suministradores

Finalmente, el Anteproyecto establece:

«Artículo 215. Comprobación de los pagos a los subcontratistas o suministradores
1. Cuando así lo hubieran previsto los pliegos o el documento descriptivo, los órganos de contratación podrán comprobar el estricto cumplimiento de los pagos que los contratistas principales han de hacer a los subcontratistas o

suministradores que participen en la ejecución del contrato. En todo caso, los contratistas principales presentarán al órgano de contratación el correspondiente plan de pagos en el plazo máximo de un mes tras el inicio de la ejecución del contrato.

A efectos de la comprobación señalada en el párrafo anterior, los órganos de contratación podrán requerir al contratista principal la información y justificantes que se indican en el apartado siguiente. La previsión que, en su caso, hagan los pliegos o el documento descriptivo en este sentido deberá calificar la obligación de información del contratista principal como condición especial de ejecución, cuyo incumplimiento conllevará, entre otras consecuencias previstas en esta Ley, la imposición de penalidades en los términos indicados en el artículo 190.

2. El requerimiento de información y justificantes a que se refiere el apartado anterior podrá comprender:

a) Una relación detallada de aquellos subcontratistas que participen en la ejecución del contrato.

b) Las condiciones de subcontratación o suministro acordadas por el contratista principal con los subcontratistas o suministradores y que guarden una relación directa con el plazo de pago.

c) El justificante o justificantes de cumplimiento de los pagos a subcontratistas y suministradores, una vez terminada la prestación dentro de los plazos de pago legalmente establecidos en el artículo 214 y en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, en lo que le resulte de aplicación».

Con el antecedente del art. 228 bis del TRLCSP, introducido por la L 14/2013, de apoyo a los emprendedores (art. 47.3), el art. 215 del ALCSP fija el marco y las medidas para la comprobación de los pagos a subcontratistas y suministradores, actuación que requiere en el Anteproyecto la previsión en los pliegos o documento descriptivo y su calificación como condición especial de ejecución. El incumplimiento de esa obligación de información conlleva, según el precepto transcrito, la imposición de las penalidades previstas en el art. 190 del ALCSP, sin que se habilite la opción por la resolución contractual que este precepto recoge.

Hasta aquí las previsiones del Anteproyecto, las cuales son objeto de comentarios relevantes por el Consejo de Estado, en primer término, en relación con la *no incorporación de la opción contenida en la Directiva sobre contratación relativa a los pagos directos a subcontratistas*, y, en segundo, sobre la *necesidad de incorporación en el PCAP* ya apuntada. El Alto órgano consultivo dice así (Dictamen núm. 1116/2015, de 10.3.2016):

a) Sobre la primera cuestión, «debe tenerse en cuenta que el artículo 71 .3 de la Directiva 2014/24/UE, habilita a los Estados miembros a prever que, "a petición del subcontratista y cuando la naturaleza del contrato lo permita, el poder adjudicador transfiera directamente al subcontratista /as cantidades que se le

adeuden por los servicios prestados, /os suministros entregados o /as obras realizadas para el operador económico al que se haya adjudicado el contrato público (el contratista principal)". El anteproyecto ha renunciado a incorporar esta posibilidad, lo que no merece reproche jurídico alguno, considerando que la Directiva habilita a los Estados miembros para disponer los pagos directos del poder adjudicador a los subcontratistas, pero no los impone. La posición del anteproyecto es, además, coherente con la configuración de la subcontratación en nuestra legislación administrativa, que descarta, como se ha visto, la acción directa de los subcontratistas frente a la Administración. Ahora bien, el Consejo de Estado llama la atención sobre la conveniencia de ponderar la introducción de alguna fórmula que contemple dicho pago directo a los subcontratistas en casos especiales a determinar reglamentariamente » (Dictamen p. 233, los entrecorridos y las cursivas son suyos).

- b) Sobre la necesidad de incorporación en el pliego, «la redacción del artículo 215.1 del anteproyecto, en comparación con la del artículo 228 bis del TRLCSP de la que procede, pone de relieve la siguiente diferencia: mientras la norma en vigor faculta al órgano de contratación para comprobar el estricto cumplimiento de los pagos que los contratistas adjudicatarios han de hacer a todos los subcontratistas o suministradores que participen en los mismos, el texto consultado condiciona la atribución de esta facultad a que "*así lo hubieran previsto los pliegos o el documento descriptivo*".

No parece oportuno restringir o condicionar la facultad del órgano de contratación de comprobar los pagos a subcontratistas y suministradores, la cual ha sido introducida para luchar contra la morosidad. Por ello, el artículo 215.1 debe reconocer la referida facultad a favor del órgano de contratación "*en todo caso*", y no solamente cuando así esté contemplado en la documentación contractual» (Dictamen p 233 y 234, los entrecorridos y las cursivas son suyos).

Del todo oportunas resultan las recomendaciones del Consejo de Estado y deberían ser incorporadas en el proyecto de ley a aprobar por el Consejo de Ministros. En cualquier caso, estas determinaciones resultarán de aplicación a la concesión de servicios, bien que sobre la base del carácter accesorio que han de tener las prestaciones que desarrollen por imperativo del art. 294 del Anteproyecto.

4.18.5. Concesiones de servicios que incluyan la ejecución de obras

Las prescripciones anteriores, limitativas de la subcontratación, no creo que deban mantenerse, siempre y en todo caso, si en la concesión de servicios se incluye la ejecución de obras. En tales supuestos, resultarán de aplicación los preceptos de la *concesión de obras* (ex art. 133.2, *in fine*, del TRLCSP y 295, del ALCSP), por lo que en tal caso sí serán susceptibles de aplicar en toda su extensión las prescripciones contenidas en el art. 213 del Anteproyecto, antes transcrito.

Tal sería, pues, el caso de la aplicación, ahora sin el límite de la accesoriedad de las prestaciones que regía para la concesión de servicios, de las posibilidades del Anteproyecto sobre autorización de porcentajes de subcontratación de obras (art. 213.2.e), así como la de imposición de los mismos al concesionario (art. 213.7), antes comentadas. Deben traerse a colación, no obstante, las dos recomendaciones formuladas por el Consejo de Estado al respecto. El Alto órgano consultivo se pronuncia en los siguientes términos (Dictamen núm. 1116/2015, de 10.3.2016):

a) Sobre la primera, señalando que «con este precepto (art. 213) se inicia la regulación de la subcontratación en el anteproyecto. Esta regulación se ajusta a lo previsto en el artículo 71 de la Directiva 2014/24/UE, que se caracteriza por el amplio margen de apreciación reconocido a los Estados miembros a la hora de configurar esta categoría.

La nueva regulación de la subcontratación en el anteproyecto remitido introduce la novedad (apartado 2.e) del precepto comentado) de que, una vez establecido que "en el supuesto de que no figure en el pliego un límite especial, el contratista podrá subcontratar hasta un porcentaje que no exceda del 60 por 100 del precio del contrato", prevé que "cuando el pliego de cláusulas administrativas particulares establezca un límite de subcontratación superior al 60 por cien, se deberán justificar suficientemente las razones que lo amparan. El adjudicatario no podrá, en ningún caso, subcontratar con terceros la totalidad de la prestación objeto del contrato".

En otras palabras, al igual que en el régimen vigente, el anteproyecto encomienda a los pliegos la fijación del porcentaje máximo de subcontratación, fijando como regla supletoria el 60% del precio del contrato, a lo que el texto en tramitación añade dos matices: i) cuando se quiera superar en el pliego la aludida regla supletoria, esto es,

establecerse un límite de subcontratación superior al 60%, ello tendrá que estar suficientemente justificado; y ii) se prohíbe expresamente la subcontratación de la totalidad del contrato.

Sin perjuicio de la valoración positiva que merecen estas dos cautelas, considera el Consejo de Estado que resulta excesivo el margen que se otorga a los pliegos para fijar cualquier tope máximo, pues, aunque ello tendría que contar con alguna justificación, en su literalidad el precepto permite situar dicho tope en el 99%. Por ello, se recomienda que el propio legislador, además de la regla supletoria y de la prohibición de subcontratar la totalidad de la prestación, fije un límite máximo que en todo caso haya de ser respetado por los pliegos (por ejemplo, del 75%)» (Dictamen p. 231 y 232, los entrecomillados son suyos).

b) En relación con la posibilidad de la imposición al contratista de un porcentaje de subcontratación con terceros, precisando que «de acuerdo con el último párrafo del apartado 7 (del art. 213), *"las obligaciones impuestas conforme a lo previsto en el párrafo anterior se considerarán obligaciones esenciales a los efectos previstos en el apartado 1 del artículo 190 y en la letra f) del apartado 1 del artículo 209"*. En coherencia con las remisiones contenidas en esta previsión, su redacción debe ser la que sigue: *"Las obligaciones impuestas conforme a lo previsto en el párrafo anterior tendrán simultáneamente la consideración de condiciones especiales de ejecución a los efectos previstos en el apartado 1 del artículo 190 y la de obligaciones esenciales a los efectos prevenidos en la letra f) del apartado 1 del artículo 209"*» (Dictamen p. 232, lo entrecomillados y las cursivas son suyos).

Desde luego que las recomendaciones sobre la *fijación de un límite máximo a la posibilidad de autorizar la subcontratación* (así, el del 75% resulta equilibrado), y la *calificación como condiciones especiales de ejecución a los efectos del art. 190.1 del ALCSP* son del todo oportunas y deberían ser incorporadas en el proyecto de ley que se remita a las Cortes Generales.

4.19. Otras previsiones relativas a la concesión de servicios públicos

Junto a las determinaciones relativas a las concesiones de servicios públicos recogidas en los preceptos vistos en las páginas anteriores, en el Anteproyecto se localizan otras previsiones cuyo análisis se desarrolla a continuación.

4.19.1. Adjudicación a sociedades de economía mixta

En relación con la sociedad de economía mixta como modalidad de CGSP, la DA 29.1 del TRLCSP, sobre «*Fórmulas institucionales de colaboración entre el sector público y el sector privado*», prevé que «*los contratos públicos y concesiones podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concurra capital público y privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en esta Ley para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto, y en su caso, las relativas al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado*».⁶³¹

El ALCSP recoge esa figura y la regula de la siguiente manera:

«DISPOSICIÓN ADICIONAL VIGÉSIMA TERCERA. Adjudicación de contratos de concesión de obras y de concesión de servicios a sociedades de economía mixta.

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

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

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

⁶³¹ Sobre los antecedentes de esta disposición, véase el exhaustivo IJCCA Aragón 1/2012, de 1.2 (apartado IV), del que interesa destacar que procede de la DA 16 (apartado 34) de la L 2/2011, de Economía Sostenible, que introdujo en la LCSP la DA 35 que «venía a dar carta de naturaleza, en nuestro ordenamiento jurídico de la contratación, al criterio contenido en la Comunicación interpretativa de la Comisión, relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración publicoprivada institucionalizada (CPPI) de 12 de abril de 2008, (...) criterio a su vez refrendado por Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera), de 15 de octubre de 2009, Asunto C-196/08, Acoset SpA contra Conferenza Sindaci e Presidenza della Prov. Reg. Di Ragusa y otros». Puede consultarse también el trabajo de MARTÍNEZ PALLARÉS (2013: 132-134).

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

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

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

Sobre el precepto transcrito es operativo realizar las siguientes precisiones:

1ª Inicialmente, en el ALCSP/A/2015 no se contenía esta previsión, sino que la recuperación de la misma se incorporó en el ALCSP/O/2015, de lo que se hace eco el propio texto, precisamente después de haber anunciado la desaparición del CGSP, en los siguientes términos:

«Sin perjuicio de lo anterior, se mantiene la posibilidad de que se adjudique directamente a una sociedad de economía mixta un contrato de concesión de obras o de concesión de servicios en los términos recogidos en la Disposición Adicional Vigésima Tercera, siguiendo el criterio recogido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia 196/08 en el caso ACOSSET, y en la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada de 5 de febrero de 2008» (EM, IV, pfo. 6º).⁶³²

2ª Del contenido substantivo, lo primero que llama la atención es que se circunscriba a las concesiones de obras y de servicios, lo que deja fuera los contratos públicos, en abierta discrepancia con el planteamiento de la Comunicación de la Comisión como se desprende de su misma denominación a la que alude el propio Anteproyecto. A tenor de esa previsión, pues, solo si concurre la transferencia del riesgo al contratista podrá

⁶³² Debe consignarse que la referencia jurisprudencial que menciona el Anteproyecto puede inducir a confusión, siendo la correcta la transcrita en la cita anterior reproducida del Informe de la JCCA Aragón 1/2012; en cuanto a la Comunicación de la Comisión, ciertamente es de fecha 5.2.2008 y fue publicada en el DOUE el 12.4.2008 (C 91/4).

El Consejo de Estado reproduce el párrafo transcrito del Anteproyecto en referencia al contenido del mismo (Dictamen núm 1116/2015, de 10.3.2016, p. 26). También recuerda que «la gestión interesada, el concierto o la *sociedad de economía mixta* (...) forman parte de la tradición del Derecho administrativo español» (Dictamen, p. 80, la cursiva es mía), reproduciendo así los términos formulados en mis alegaciones de mayo de 2015 al ALCSP/A/2015 (p. 33) y el artículo en la RGDA de octubre del mismo año (p. 38).

producirse la adjudicación a la sociedad de economía mixta de la concesión de obra o de servicio.

No se contempla, en consecuencia, la posibilidad de que esa adjudicación en favor de tal sociedad tenga lugar en el marco de un contrato distinto de la concesión, lo que ciertamente restringe la aplicación de esa figura de la colaboración público-privada institucionalizada, y sin que se adviertan las razones que justifican la limitación del criterio comunitario, abierto también a los contratos públicos.⁶³³

3ª La previsión sobre que la modificación de los contratos de concesión de obras o de concesión de servicios que se adjudiquen directamente al amparo de esta DA 23ª del ALCSP, únicamente se podrá realizar de conformidad con lo establecido en la Subsección 4ª de la Sección 3ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo (art. 201-205), relativa a la modificación de los contratos, se explica en el marco de la ortodoxia sobre las limitaciones a las modificaciones contractuales propio de la Directivas y del Derecho interno, que el Anteproyecto reitera.

4ª En esa misma clave de ortodoxia hay que interpretar la prevención sobre que en el caso en que la sociedad de economía mixta pretendiera acceder como concesionaria a otros contratos distintos de los referidos en el apartado 1 de la DA 23ª del ALCSP, deberá concurrir al correspondiente procedimiento de licitación de conformidad con lo establecido legalmente.

5ª Finalmente, el apartado 3º de la DA 23ª del ALCSP, sobre la utilización de medios de financiación, reproduce el contenido del apartado 2º de la DA 29ª del TRLCSP, bien que circunscribiéndolo obviamente a las concesiones.

⁶³³ Es expresivo de la amplitud que preconiza la *Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI)*, de 5.2.2008, el siguiente párrafo (2.2, *in fine*):

«Una de las posibilidades que se ofrecen para crear una CPPI conforme con los principios de la legislación comunitaria, evitando los problemas derivados de la doble licitación, es actuar de la manera siguiente: el socio privado es seleccionado mediante un procedimiento de licitación transparente y competitivo cuyo objeto es el contrato público o la concesión (18) que se ha de adjudicar a la entidad de capital mixto y la contribución operativa del socio privado a la ejecución de esas tareas y/o su contribución administrativa a la gestión de la entidad de capital mixto. La selección del socio privado va acompañada de la creación de la CPPI y la adjudicación del contrato público o la concesión a la entidad de capital mixto.

(18) Si la CPPI en cuestión se crea mediante la participación de un socio privado en una empresa pública existente, el objeto del procedimiento de selección del socio privado para dicha CPPI puede ser confiar la ejecución de contratos públicos o concesiones que hasta entonces habían sido ejecutados internamente por la empresa pública.»

4.19.2. Concesiones del sector del agua y no sujeción a regulación armonizada.

El Anteproyecto incluye los *contratos sujetos a regulación armonizada* en los art. 19 (*delimitación general*), 20, 21 y 22 (*sobre umbrales de los contratos de obras, concesión de obras y concesión de servicios, de suministros y de servicios, respectivamente*) y 23 (*contratos subvencionados*).

Con independencia de los umbrales y cualquiera que sea su valor estimado, entre los contratos que no se consideran sujetos a regulación armonizada se encuentran (art. 19.2.h.4):

«Los contratos de concesión adjudicados para:

1º. *La puesta a disposición o la explotación de redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, el transporte o la distribución de agua potable;*

2º. *El suministro de agua potable a dichas redes.*

Asimismo, tampoco se considerarán sujetos a regulación armonizada los contratos de concesión que se refieran a uno de los objetos siguientes o a ambos que estén relacionadas (sic) con una de las actividades contempladas en los números 1º y 2º anteriores:

I. Proyectos de ingeniería hidráulica, irrigación o drenaje, siempre que el volumen de agua destinado al abastecimiento de agua potable represente más del 20 % del volumen total de agua disponible gracias a dichos proyectos o a dichas instalaciones de irrigación o drenaje, o

II. Eliminación o tratamiento de aguas residual»

Las exclusiones específicas en el sector del agua que se corresponden con las concesiones citadas son consecuencia directa de la transposición del art. 12 de la Directiva 2014/23/UE, de cuyo texto toma el precepto transcrito expresiones literales.⁶³⁴

⁶³⁴ De hecho, a ello obedece la falta de concordancia señalada (*relacionadas* en lugar de *relacionados* por haber tomado la expresión de la Directiva referida a *las concesiones*, mientras que el Anteproyecto lo hace a *los contratos de concesión*).

Los términos concretos de la Directiva 23/2014 son los siguientes:

«Artículo 12

Exclusiones específicas en el sector del agua

1. *La presente Directiva no se aplicará a las concesiones adjudicadas a:*

a) *la puesta a disposición o la explotación de redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, el transporte o la distribución de agua potable;*

b) *el suministro de agua potable a dichas redes.*

2. *La presente Directiva tampoco se aplicará a las concesiones que se refieran a uno de los objetos siguientes o a ambos que estén relacionadas con una de las actividades contempladas en el apartado 1:*

Las razones de la exclusión no están del todo claras, y se suele aludir a la especificidad y complejidad de ese recurso tan esencial como es el agua y del propio sector de su gestión y distribución.⁶³⁵

a) proyectos de ingeniería hidráulica, irrigación o drenaje, siempre que el volumen de agua destinado al abastecimiento de agua potable represente más del 20 % del volumen total de agua disponible gracias a dichos proyectos o a dichas instalaciones de irrigación o drenaje, o
b) eliminación o tratamiento de aguas residuales.»

⁶³⁵ La Directiva lo justifica así (CDO.40):

«En el sector del agua, las concesiones están sujetas a menudo a mecanismos específicos y complejos que requieren una consideración especial debido a la importancia del agua como bien público de valor fundamental para todos los ciudadanos de la Unión. Las características especiales de dichos mecanismos justifican exclusiones en el sector del agua ámbito de aplicación de la presente Directiva. La exclusión incluye las concesiones de obras y servicios para suministrar o explotar redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, el transporte o la distribución de agua potable o a suministrar agua potable a dichas redes. También debe excluirse, en la medida en que los servicios estén vinculados a una de las actividades mencionadas, la concesión de servicios para la evacuación o tratamiento de aguas residuales y para proyectos de ingeniería hidráulica, irrigación o drenaje (siempre que el volumen de agua destinado al abastecimiento de agua potable represente más del 20 % del volumen total de agua disponible gracias a dichos proyectos o a dichas instalaciones de irrigación o drenaje).»

El 19.3.2014 tuvo lugar en Bruselas una jornada organizada por la Comisión Europea sobre *Las nuevas normas europeas de contratación pública y concesiones*, a cuyo vídeo puede accederse en

<https://scic.ec.europa.eu/streaming/index.php?es=2&sessionno=08fc80de8121419136e443a70489c123>

En el resumen facilitado por ROMAR VILLAR de las intervenciones durante el debate (no reproducidas en el vídeo), se ofrece la siguiente información:

"¿Por qué ha quedado fuera de esta directiva el sector del agua?"

P.JUVIN. 7:19:44. Por que se entendió mal. La concesión no es una privatización. Se ha descartado el agua por motivos políticos.

D. MACEDO GRACA.7:22:00. S. BROOM. 7:22:40. El debate del agua fue una distracción

V. RONZITTI. 7:23:10.

P.JUVIN. 7:23:43. Esto surgió por la presión de algunos blogistas. La exclusión nos pareció una cuestión política.

V. RONZITTI. 7:23:10. Opinión en contra." (véase <http://contratodeobras.com/videos-contratacion-publica/>; V003).

Profundizando más en las razones, HERNÁNDEZ GONZÁLEZ (2016: 56) precisa que «la Directiva se cuida, asimismo, de recordar que no es su objetivo la liberalización de servicios de interés económico general reservados a las entidades públicas o privadas, ni la privatización de entidades públicas prestadoras de servicios (considerando 7º). Precisamente, la posibilidad de que pudiera interpretarse como una norma liberalizadora motivó la exclusión, de su ámbito de aplicación, de las concesiones de servicios relativas al servicio público de suministro de agua potable y de la evacuación y tratamiento de aguas residuales, ante la presión de algunos Estados miembros (considerando 40 y art. 12). Polémica que, en opinión PHILIPPE JUVIN (ponente de la Directiva), obedece a "un desconocimiento, real o simulado, de la Directiva" (entrevista publicada en *Europolitics*, con el título "Contrat de concesion: un acharnement sur la question de l'eau", Hiver 2013-2014, págs. 62-63)».

4.19.3. Recurso especial de contratación⁶³⁶

4.19.3.1. Regulación

La regulación del recurso especial de contratación (REC) en el ALCSP se localiza en el Libro Primero (*Configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos*), Título III (*Disposiciones generales sobre la contratación del sector público*), Capítulo V (*Del recurso especial*); concretamente, los preceptos que lo recogen son los siguientes:

- *«Artículo 44. Recurso especial en materia de contratación: actos recurribles [antecedente, art. 40 TRLCSP]*
- *Artículo 45. Órgano competente para la resolución del recurso en la Administración General del Estado [art. 41 TRLCSP]*
- *Artículo 46. Órgano competente para la resolución del recurso en las Comunidades Autónomas y Entidades Locales [art. 41 TRLCSP]*
- *Artículo 47. Recursos contra actos de poderes adjudicadores que no sean Administración Pública [art. 41 TRLCSP]*
- *Artículo 48. Legitimación [art. 42 TRLCSP]*
- *Artículo 49. Solicitud de medidas cautelares [art. 43 TRLCSP]*
- *Artículo 50. Iniciación del procedimiento y plazo [art. 44 TRLCSP]*
- *Artículo 51. Forma y lugar de interposición del recurso especial [art. 44 TRLCSP]*
- *Artículo 52. Acceso al expediente*
- *Artículo 53. Efectos derivados de la interposición del recurso [art. 45 TRLCSP]*
- *Artículo 54. Comunicaciones y notificaciones*
- *Artículo 55. Inadmisión*
- *Artículo 56. Tramitación del procedimiento [art. 46 TRLCSP]*
- *Artículo 57. Resolución del recurso especial [art. 47 TRLCSP]*
- *Artículo 58. Indemnizaciones y multas [art. 48 TRLCSP]*
- *Artículo 59. Efectos de la resolución del recurso especial [art. 49 TRLCSP]*
- *Artículo 60. Emplazamiento de las partes ante los órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa»*

⁶³⁶ Referencias bibliográficas: BAÑO LEÓN (2016: 647-673), BERNAL BLAY (2016: 489-498), FERNÁNDEZ ACEVEDO (2016: 511-522), GIMENO FELIU (2015: 37 y 38), HERNÁNDEZ GONZÁLEZ (2016: 499-510), MORENO MOLINA (2011), RAZQUÍN LIZÁRRAGA, M.M. (2012), TORNOS MAS (2016: 801-818) Y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (2016: 303-367).

De la referida regulación, y en relación con el objeto de la tesis, interesa reproducir el precepto siguiente:

«Artículo 44. Recurso especial en materia de contratación: actos recurribles

1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran exclusivamente a contratos sujetos a regulación armonizada y correspondan a alguno de los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

a) *Contratos de obras, suministro y servicios.*

b) *Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en la letra anterior, así como los contratos basados en cualquiera de ellos.*

c) Concesiones de obras o de servicios.

Serán igualmente recurribles los contratos administrativos especiales, cuando, por sus características no sea posible fijar su precio de licitación o, en otro caso, cuando éste, atendida su duración total más las prórrogas, sea igual o superior a lo establecido para la regulación armonizada en los contratos de servicios.

Asimismo serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23, y los encargos cuando, por sus características no sea posible fijar su importe o, en otro caso, cuando éste, atendida su duración total más las prórrogas, sea igual o superior a lo establecido para la regulación armonizada en los contratos de servicios.

2. Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones:

a) **Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales** que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

b) **Los actos de trámite** adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos **decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.** Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los **actos de la mesa de contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.**

c) **Los acuerdos de adjudicación.**

d) **las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 202 y 203 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.**

e) *La formalización de encargos a medios propios en los casos en que éstos no cumplan los requisitos legales.*

3. *Los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los contemplados en el apartado 2 podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección con arreglo a derecho, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación.*

4. *No se dará este recurso en relación con los procedimientos de adjudicación que se sigan por el trámite de emergencia.*

5. *Contra las actuaciones mencionadas en el presente artículo no procederá la interposición de recursos administrativos ordinarios.*

Los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas que no reúnan los requisitos del apartado 1 podrán ser objeto de recurso de conformidad con lo dispuesto en la legislación vigente en materia de procedimiento administrativo común [(O) suprimido “régimen jurídico del sector público y de”]; así como en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

6. La previa interposición del recurso especial en materia de contratación será requisito imprescindible para interponer el recurso contencioso administrativo.

7. **El Consejo de Ministros, mediante acuerdo, podrá ampliar los contratos en los que es susceptible de formularse el recurso especial cuando resulte aconsejable atendidas las razones de índole jurídica o económica concurrentes.»**

Del resto de previsiones, son de destacar las previsiones referidas a:

i) La solicitud y adopción de medidas cautelares, contenida en el art. 49 del ALCSP.

El referido precepto reproduce el art. 43 del TRLCSP con las únicas novedades de substituir el termino de medidas *provisionales* de éste por el de medidas *cautelares*. Considero acertada la modificación, toda vez que las medidas tienen, en efecto, un *carácter cautelar*, precautorio, expresión más rigurosa y precisa que la de *provisionales*. En cualquier caso, hay que celebrar el mantenimiento de este precepto que asegura los derechos de los licitadores y las garantías del proceso de licitación.⁶³⁷

⁶³⁷ El ALCSP dispone lo siguiente:

«Artículo 49. Solicitud de medidas cautelares

1. *Antes de interponer el recurso especial, las personas legitimadas para ello podrán solicitar ante el órgano competente para resolver el recurso la adopción de medidas cautelares. Tales medidas irán dirigidas a corregir infracciones de procedimiento o impedir que se causen otros*

ii) La propuesta de inadmisión del recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente.

El ALCSP establece que «en ningún caso se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente» (art. 50.1. b, *in fine*). Previsión esta que complementa con la contenida en el art. 55, intitulada *inadmisión*, que prescribe lo siguiente:

«El órgano encargado de resolver el recurso, tras la reclamación y examen del expediente administrativo, podrá declarar su inadmisión cuando constare de modo inequívoco y manifiesto cualquiera de los siguientes supuestos: (...)

e) Haber presentado la oferta o solicitud de participación con carácter previo a la interposición del recurso contra los pliegos y documentos contractuales en el mismo

perjuicios a los intereses afectados, y podrán estar incluidas, entre ellas, las destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación.

2. El órgano competente para resolver el recurso deberá adoptar decisión en forma motivada sobre las medidas cautelares dentro de los cinco días hábiles siguientes a la presentación del escrito en que se soliciten.

A estos efectos, el órgano que deba resolver, en el mismo día en que se reciba la petición de la medida cautelar, comunicará la misma al órgano de contratación, que dispondrá de un plazo de dos días hábiles, para presentar las alegaciones que considere oportunas referidas a la adopción de las medidas solicitadas o a las propuestas por el propio órgano decisorio. Si transcurrido este plazo no se formularan alegaciones se continuará el procedimiento.

Si antes de dictar resolución se hubiese interpuesto el recurso, el órgano competente para resolverlo acumulará a éste la solicitud de medidas cautelares.

Contra las resoluciones dictadas en este procedimiento no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de los que procedan contra las resoluciones que se dicten en el procedimiento principal.

3. Cuando de la adopción de las medidas cautelares puedan derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, la resolución podrá imponer la constitución de caución o garantía suficiente para responder de ellos, sin que aquéllas produzcan efectos hasta que dicha caución o garantía sea constituida.

Reglamentariamente se determinará la cuantía y forma de la garantía a constituir así como los requisitos para su devolución.

4. Salvo que se acuerde lo contrario por el órgano competente, la suspensión del procedimiento que pueda acordarse cautelarmente no afectará al plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados.

5. Las medidas cautelares que se soliciten y acuerden con anterioridad a la presentación del recurso especial en materia de contratación decaerán una vez transcurra el plazo establecido para su interposición sin que el interesado lo haya deducido.»

procedimiento de adjudicación, en los términos previstos en el último párrafo del artículo 50.1.b).

Si el órgano encargado de resolverlo apreciara que concurre alguno de ellos, sin más trámite dictará resolución acordando la inadmisión del recurso.»

Se trata, ciertamente, de un supuesto controvertido, respecto del cual concurren argumentos que apoyan el criterio contenido en la propuesta, si bien el rigorismo que resulta de sus términos aconsejaría la introducción de algunas cautelas, en la línea por ejemplo de las sugeridas por el Consejo de Estado.⁶³⁸

4.19.3.2. Comentarios y opinión del Consejo de Estado

A) Comentarios

De la regulación contenida en el Anteproyecto, los aspectos más relevantes a destacar son los siguientes:

1º El recurso especial de contratación (REC) se configura, tal como señala el propio Anteproyecto, *con carácter obligatorio para posteriormente interponer recurso contencioso administrativo*, lo cual constituye una garantía más frente a posibles actos irregulares. Junto a ello, debe considerarse la demostrada ágil resolución de los recursos especiales y que el nuevo sistema contribuirá a evitar estrategias procesales de impugnación de diferentes actos de una misma licitación unos ante el órgano que resuelva el recurso especial y otros ante la Jurisdicción Contencioso- Administrativa en función de los intereses de parte (EM, IV, pfo. 14).

2º El recurso tendrá *efectos suspensivos automáticos* siempre que el acto recurrido sea el de adjudicación, salvo en el caso de contratos basados en un acuerdo marco o de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición. Esta última salvedad, según precisa el ALCSP, encuentra su fundamento en que en este tipo de contratos un plazo suspensivo obligatorio podría afectar a los aumentos de eficiencia que se pretende obtener con estos procedimientos de licitación, tal y como establece el considerando 9 de la Directiva 2007/66/CE por la que se modifican las

⁶³⁸ Sobre la cuestión, recuérdese el supuesto expuesto en relación con el Ayuntamiento de Alcobendas, en relación con la Resolución del TACP de la Comunidad de Madrid núm 67/2014, de 10.4.2014, anulada por la STSJMadrid de 14.5.2015 (Ar. JUR 2015 148741) (epígrafe 4.20.2 y 7.3.4).

Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE en lo que respecta a la mejora de la eficacia en los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos (EM, IV, pfo 15).

3º El REC se podrá interponer contra los contratos especificados detallados en el art. 44 transcrito, siempre que se encuentren sujetos a regulación armonizada. También se podrá interponer contra los anuncios de licitación, pliegos, documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación, actos de trámite que cumplan los requisitos de esta Ley, acuerdos de adjudicación adoptados por poderes adjudicadores, así como modificaciones contractuales y encargos a medios propios siempre que no cumplan las condiciones previstas en la regulación citada (EM, IV, pfo. 16).

4º Sobre la base de tales antecedentes, el REC se podrá interponer en relación con las *concesiones de servicios cuyo valor estimado (VEC) sea igual o superior a 5.225.000 euros*, cifra que sustituyó a la de 5.186.000 en aplicación del Reglamento delegado 2015/2172/UE de la Comisión de 24.11.2015 (referencia ALCSP, 20.1).

5º Por su parte, el REC podrá interponerse en relación con los *contratos de servicios cuyo VEC sea igual o superior a 135.000 o 209.000*, según adjudique la Administración General del Estado (AGE) o sus entes, o no (cifras que, en aplicación de los Reglamentos delegados 2015/2170 y 2172/UE de la Comisión de 24.11.2015, sustituyeron, respectivamente, las inicialmente fijadas en 134.000 y 207.000 eur), o *750.000 euros, si se trata de servicios sociales y el resto de los del anexo IV de la Directiva 2014/24/UE* (referencia, en todos los casos, ALCSP, 22). Regulación esta relevante en la medida en que, como se viene sosteniendo, resultará de aplicación a aquellos contratos de gestión de servicios públicos en los que no se transfiera al contratista el riesgo operacional, por tanto, en las modalidades diferentes de la concesión, esto es, la gestión interesada, el concierto y la sociedad mixta.

6º Hechas las precisiones anteriores, debo manifestar mi criterio opuesto a la restricción que supone reservar el REC solo para los contratos armonizados, objeción que ya planteé en relación con el Anteproyecto de Ley de contratos del sector público de abril de 2015, sobre la base de mantener la opción por generalizar el recurso

especial al estimarla como la más adecuada.⁶³⁹ Por otra parte, la posibilidad que habilita para que el Consejo de Ministros amplíe los supuestos supone, a mi juicio, una deslegalización que encuentro desproporcionada, atendida la trascendencia de la medida.

7º Sobre el carácter obligatorio del REC, expreso mi parecer coincidente con la propuesta del Anteproyecto; básicamente por dos razones: de un lado, para evitar los graves inconvenientes que se derivan de la posibilidad de tener abiertas en paralelo las dos vías, la administrativa y la del contencioso-administrativo; de otro, atendida la celeridad con que se debe tramitar el REC, es una garantía que beneficia a todos, a los recurrentes, al adjudicatario y a la propia Administración porque despeja las dudas que se plantean sobre la licitación en un período acotado de tiempo.⁶⁴⁰

B) La opinión del Consejo de Estado

De los pronunciamientos del Alto órgano consultivo, en atención a su entidad, cabe destacar los relativos a las siguientes cuestiones:

a) En contra del carácter obligatorio del REC y de su reserva a los contratos armonizados, y lo hace así (Dictamen núm. 1116/2015, de 10.3.2016, p. 107 a 109): «el anteproyecto introduce una gran novedad relativa al carácter obligatorio de la interposición del recurso especial en materia de contratación para acudir al recurso contencioso-administrativo (artículo 44.6), lo que la parte expositiva justifica por razones garantistas; si bien el ámbito objetivo del recurso sigue ceñido a los "actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran exclusivamente a contratos sujetos a regulación armonizada" (artículo 44.1 del anteproyecto).

⁶³⁹ Esos eran los términos en que me pronunciaba en las alegaciones presentadas en mayo de 2015, durante el trámite de información pública a la que fue sometido el ALCSP/A/2015 (p. 33), así como en el artículo publicado en la RGDA en octubre de 2015 (p.38); pueden consultarse los referidos documentos en la página del GREL (*Grup de Recerca en Estudis Locals / Universidad de Barcelona*, del que formo parte):

<https://grelub.wordpress.com/2016/04/26/opiniones-y-argumentos-defendidos-por-investigadores-del-grel-son-confirmados-por-el-consejo-de-estado/>

Defienden igualmente esa generalización: BERNAL BLAY (2016: 496), GIMENO FELIU (2015: 37 y 38), MORENO MOLINA (2011), RAZQUÍN LIZÁRRAGA, M. M. (2012) y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (2016: 362).

⁶⁴⁰ Coinciden en apoyar el carácter obligatorio del REC: BERNAL BLAY (2016: 495) y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (2016: 362).

Sobre estos extremos ya el dictamen número 514/2006, de 25 de mayo, del Pleno del Consejo de Estado sobre el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, que se aprobaría después como Ley 30/2007, afirmó lo siguiente:

"La primera duda que plantea la regulación proyectada para el nuevo recurso especial y el nuevo sistema especial de medidas provisionales radica en su ámbito de aplicación. (...) Tales mecanismos son únicamente aplicables en los procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, por lo que no se extenderán a los restantes contratos del sector público.

A juicio del Consejo de Estado, esta distinción entre los mecanismos de control de uno y otro tipo de contratos no está suficientemente justificada y podría generar un cierto nivel de inseguridad jurídica, por lo que debería considerarse su extensión a todos los contratos.

La finalidad que se persigue con el nuevo recurso y el sistema especial de medidas cautelares es, en último término, garantizar que el control del procedimiento de adjudicación sea rápido y eficaz, de modo que las incidencias que pueda plantearse se tramiten y resuelvan antes de adoptarse la decisión de adjudicación. Esa conveniencia de rapidez y eficacia en la resolución de las incidencias del procedimiento de adjudicación resulta extensible a cualquier tipo de contrato, esté o no sujeto a regulación armonizada.

Por estas razones, y aun cuando las exigencias de la Directiva de recursos [Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras] queden cumplidas con aplicar estos mecanismos de garantía a los contratos sujetos a regulación armonizada, sería conveniente valorar su extensión a todos los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación del anteproyecto de Ley.

Así se ha hecho en el Derecho francés, cuyo *référé précontractuel*, aunque creado en cumplimiento de la normativa comunitaria, se extiende al control de la observancia de las reglas de publicidad y concurrencia de todos los contratos, estén o no en el ámbito de aplicación de las directivas. Frente al ejemplo francés, otros países, como Alemania, han optado por restringir la aplicación de esta vía especial de recurso a los contratos sujetos a la regulación comunitaria, una solución a la que nada hay que oponer desde el punto de vista del cumplimiento de las normas comunitarias, pero que sin duda resulta menos garantista para los administrados".

Posteriormente el citado dictamen subrayó que esta extensión del ámbito del recurso más allá de los contratos sujetos a regulación armonizada se entendía también conveniente en cuanto a la regulación de las medidas provisionales (hoy, cautelares: artículo 49 del anteproyecto), en orden a no producir una injustificada restricción de las garantías con que cuentan los interesados.

Por último y en otro orden de consideraciones, se señaló la conveniencia de configurar este recurso especial en materia de contratación como un recurso potestativo, tal y como en efecto sucede en el vigente texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Pues bien, el Consejo de Estado reitera todos estos argumentos a la vista de que el anteproyecto sometido a consulta establece, de una parte, el carácter preceptivo del recurso y mantiene, de otra, su ámbito de aplicación referido a los actos y decisiones que se refieran exclusivamente a los contratos sujetos a regulación armonizada (sugiriéndose a este último respecto que se extienda a los contratos no sujetos a regulación armonizada, en todo caso y como mínimo cuando aquellos se celebren por poderes adjudicadores)» (las cursivas y los entrecuadrados son del Consejo de Estado).

b) En contra de la habilitación conferida al Consejo de Ministros; y se pronuncia en los siguientes términos (Dictamen núm. 1116/2015, p 109-110):

«En el contexto normativo que se acaba de analizar, el último apartado del artículo 44 establece: "7. El Consejo de Ministros, mediante acuerdo, podrá ampliar los contratos en los que es susceptible de formularse el recurso especial cuando resulte aconsejable atendidas las razones de índole jurídica o económica concurrentes".

Se desconoce el origen de esta previsión, que no ha sido explicada por la memoria del análisis de impacto normativo ni se menciona por la parte expositiva del anteproyecto. De esta regla, inexistente en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público en vigor, caben dos interpretaciones:

- Una, que el acuerdo del Consejo de Ministros al que se alude pueda autorizar que frente a ciertos contratos, por razones de índole jurídica o económica justificadas, quepa la interposición de recurso especial aun cuando aquellos no estén sometidos a regulación armonizada. Una opción de este tipo, al estilo de lo que p. ej. prevé el

anteproyecto cuando regula la autorización excepcional del Consejo de Ministros para permitir la contratación de la Administración General del Estado con empresarios no clasificados (*cfr.* artículo 78.2 del anteproyecto y vigente artículo 66.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público), sería manifiestamente inviable en materia de recursos -por discriminatoria- y no parece que esta haya sido la intención del legislador.

- Otra opción, a la que apunta más el tenor literal de la norma, sería que el Consejo de Ministros mediante acuerdo de efectos generales pudiese, no "ampliar los contratos" como se establece con redacción defectuosa, sino *extender el ámbito de los supuestos contractuales frente a los que cabe interponer recurso especial con carácter obligatorio* (bien disminuyendo las cuantías a que se refieren los artículos 19 y siguientes del anteproyecto para definir contrato sujeto a regulación armonizada, bien estableciendo de forma directa que ciertas categorías o tipos de contratos sean susceptibles de recurso), y ello por "razones de índole jurídica o económica".

Este segundo término de la alternativa consistiría, pues, en una determinación de carácter normativo, con vocación de generalidad, por parte del Gobierno para ampliar el ámbito del recurso especial.

Sin perjuicio de lo dicho antes sobre la conveniencia a juicio de este Consejo de extender el ámbito del recurso especial en materia de contratación sin hacer distinciones según que los contratos estén o no sujetos a regulación armonizada, parece claro que es el anteproyecto de Ley el que debe tomar una decisión normativa que resuelva de forma coherente y segura este punto. No cabe dejar la cuestión al ámbito reglamentario del real decreto ni la orden ministerial, ni menos deferirla a la decisión que se adopte mediante acuerdo del Consejo de Ministros.

En consecuencia, debe suprimirse el artículo 44.7 del anteproyecto. Esta observación tiene carácter esencial a los efectos de lo dispuesto en el artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado» (las cursivas y los entrecorillados son del Consejo de Estado).

c) Sobre la propuesta de inadmisión del recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente.

En relación con esta propuesta, ya enunciada antes, el Consejo de Estado formula las reservas siguientes (Dictamen núm. 1116/2015, p.111-113):

«- Artículo 50.1.b), último párrafo. Iniciación del procedimiento y plazo

Dispone este precepto lo siguiente: "En ningún caso se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente".

Nada se ha justificado en el expediente sobre la introducción de esta regla, que no encuentra paralelo en el vigente texto refundido.

Por lo demás, el sentido de la misma es claro y responde a la llamada condición *de contractus lex* -el contrato es ley para las partes- que tienen las cláusulas contractuales, incluidas las de los pliegos, cuando se ha producido la adjudicación del contrato. Según una antigua y reiterada jurisprudencia, la regla general es que el contrato, una vez perfeccionado, constituye la primera ley para las partes y resulta de inexcusable cumplimiento.

De este modo, al haber sido aceptada -ante la ausencia de impugnación- la regla de que el pliego de condiciones es la ley del contrato con fuerza para ambas partes, esta impediría a quien ha aceptado el pliego impugnar a posteriori sus consecuencias o determinaciones, ya que quien presenta una propuesta para tomar parte en una licitación acepta e implícitamente da validez a lo actuado (cfr., entre otras muchas, las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo y 20 de junio de 1972 y de 31 de marzo de 1975).

Una solución de este tipo encontraría apoyo, además, en lo dispuesto por el artículo 139.1 del anteproyecto, en términos similares a los establecidos hoy por el artículo 145 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público: "Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna ...".

Frente a esta doctrina y la consecuente excepción del acto consentido juegan tres tipos de razones:

i) que en todo caso lo anterior ha de dejar en pie la posibilidad de combatir los vicios que suponen la nulidad de pleno derecho; ii) alguna otra jurisprudencia que ha venido admitiendo la posibilidad de impugnación, incluso en casos de simple anulabilidad; y iii) la circunstancia de que el Derecho de la Unión Europea impone el efecto útil de la Directiva de recursos y es contrario a una regla de este tipo.

i) En primer término, la doctrina de la imposibilidad de impugnar los pliegos consentidos ha de dejar siempre a salvo lo dispuesto para los supuestos de cláusulas nulas de pleno derecho, toda vez que el acto nulo de pleno derecho no se puede consentir y puede impugnarse en cualquier momento.

ii) En segundo lugar, algunas sentencias han admitido la anulación de la adjudicación por vicios del pliego aun cuando este no había sido impugnado en tiempo oportuno (Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1981 y 31 de octubre de 1982) y otra jurisprudencia ha dado lugar a la anulación de ciertas cláusulas contenidas en pliegos particulares conforme a los que se adjudicó un contrato, por concurrencia de vicios que suponen una grave infracción del ordenamiento jurídico o en casos en que el particular ha renunciado a derechos que la propia ley le reconoce (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1988).

También esta posibilidad de recurso parece venir abonada por lo dispuesto hoy con más claridad por el artículo 38.c) del anteproyecto, a saber:

que "los contratos celebrados por los poderes adjudicadores (...) serán inválidos: (...) en aquellos casos en que la invalidez derive de la ilegalidad de su clausulado".

iii) Finalmente, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta), de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13, e *Vigilo Ud.*, ha afirmado que "el artículo 1, apartado 1, párrafo tercero, de la Directiva 89/665 y los artículos 2, 44, apartado 1, y 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18 deben interpretarse en el sentido de que exigen que un derecho de recurso relativo a la legalidad de la licitación sea accesible, tras el vencimiento del plazo previsto por el Derecho nacional, a un licitador razonablemente informado y normalmente diligente que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión. Tal recurso podrá interponerse hasta que finalice el plazo de recurso contra la decisión de adjudicación del contrato" (apartado 58 y punto 1, segundo párrafo, del fallo).

En el expediente se ha alegado que una doctrina de este tipo obligaría -cuando se den las condiciones expuestas- a reabrir el plazo de recurso contra los pliegos y -esto es lo relevante- a permitir las pretensiones de impugnación de los mismos con ocasión del recurso que se interponga contra el acto de adjudicación.

A la vista de todo lo anterior, el Consejo de Estado sugiere que la regla sea suprimida dejando en cada caso la respuesta sobre la impugnabilidad al órgano competente para conocer del recurso, que deberá ponderar las circunstancias en juego.

En cualquier caso, de mantenerse la norma, debe formularse en términos de regla general que admite excepciones (no taxativos) y ha de incluir la salvedad -i. e. la posibilidad de recurso- frente a los pliegos o documentos contractuales en que concurren vicios de nulidad de pleno derecho. Podría establecerse en los siguientes o similares términos: "Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho". Esta observación tiene carácter esencial a los efectos de lo dispuesto en el artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado» (las cursivas y entrecomillados son del Consejo de Estado).

Y, más adelante, el Alto órgano Consultivo añade (Dictamen núm. 1116/2015, p. 115-116):

«- Artículo 55, apartado e). Inadmisión.

Este artículo dispone lo siguiente: "El órgano encargado de resolver el recurso, tras la reclamación y examen del expediente administrativo, podrá declarar su inadmisión cuando constare de modo inequívoco y manifiesto cualquiera de los siguientes supuestos: (...) e) Haber presentado la oferta o solicitud de participación con carácter previo a la interposición del recurso contra los pliegos y documentos contractuales en el mismo procedimiento de adjudicación, en los términos previstos en el último párrafo del artículo 50.1.b)".

Por las razones que se acaban de exponer en la observación referida al artículo 50.1.b), no procede establecer como nueva causa de inadmisión la que se propugna por este precepto.

La inadmisión, por su carácter de cierre del acceso al recurso, ha de tener carácter excepcional en orden a asegurar el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución. Como se ha razonado, el hecho de haber participado en la licitación no debe valorarse -sin atención a las circunstancias que concurren en el caso y a la causa de invalidez que se esgrime- como un motivo de inadmisión, sino a lo sumo de desestimación del recurso.

Debe suprimirse, en consecuencia, el apartado e) del artículo 55 del anteproyecto. Esta observación tiene carácter esencial a los efectos de lo dispuesto en el artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado» (las cursivas son de este órgano).

Como se desprende de su lectura, se trata de tres opiniones del Consejo de Estado de indudable calado, las dos últimas con la característica añadida de ser calificadas como observación de carácter esencial y sobre las cuales manifiesto mi coincidencia.

4.20. La Oficina Nacional de Evaluación

4.20.1. Creación y naturaleza jurídica

La *Oficina Nacional de Evaluación* (ONE) fue creada mediante la LRJSP/2015, cuya DF 9ª introdujo en el TRLCSP una nueva disposición adicional (la DA 36) que la instituye con la finalidad de analizar la sostenibilidad financiera de los contratos de concesiones de obras y contratos de concesión de servicios públicos (apartado 1). Creada la ONE, se difirió su entrada en vigor hasta el 2 de abril de 2016, esto es, seis meses después de la publicación en el BOE de la LRJSP/2015, según la DF 18ª de la misma (apartado 1, *in fine*).⁶⁴¹

No obstante la falta de justificación expresa de esta Oficina en la LRJSP/2015, se deduce de su incorporación en el TRLCS la necesidad de creación y regulación de la misma, bien que con la *vacatio legis* señalada.⁶⁴² El texto del Anteproyecto de Ley de

⁶⁴¹ Como ya se ha tenido la oportunidad de señalar, tanto esta como el resto de modificaciones del TRLCSP fueron introducidas, mediante enmienda (la núm. 201), en el curso de la tramitación parlamentaria del Proyecto de ley de régimen jurídico del sector público, con la escueta justificación de *mejora técnica* (fuente: BOCG-CD-Serie A, núm. 154-2, 28.7.2015, pág. 128 a 137). El Preámbulo de la LRJSP/2015 no incorpora ninguna mención a la Oficina Nacional de Evaluación ni al resto de modificaciones del TRLCSP.

⁶⁴² La regulación es la siguiente:

«Disposición adicional trigésimo sexta. La Oficina Nacional de Evaluación.

1. Se crea la Oficina Nacional de Evaluación que tiene como finalidad analizar la sostenibilidad financiera de los contratos de concesiones de obras y contratos de concesión de servicios públicos.

2. Mediante Orden del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, se determinará la composición, organización y funcionamiento de la misma.

3. La Oficina Nacional de Evaluación, con carácter previo a la licitación de los contratos de concesión de obras y de gestión de servicios públicos a celebrar por los poderes adjudicadores dependientes de la Administración General del Estado y de las Corporaciones Locales, evacuará informe preceptivo en los siguientes casos:

a) Cuando se realicen aportaciones públicas a la construcción o a la explotación de la concesión, así como cualquier medida de apoyo a la financiación del concesionario.

b) Las concesiones de obra pública y los contratos de gestión de servicios en las (sic) que la tarifa sea asumida total o parcialmente por el poder adjudicador concedente, cuando el importe de las obras o los gastos de primer establecimiento superen un millón de euros.

Asimismo informará de los acuerdos de restablecimiento del equilibrio del contrato, en los casos previstos en los artículos 258.2 y 282.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, respecto de las concesiones de obras y servicios públicos que hayan sido informadas previamente de conformidad con las letras a) y b) anteriores o que, sin haber sido informadas, supongan la incorporación en el contrato de alguno de los elementos previstos en éstas. Cada Comunidad Autónoma podrá adherirse a la Oficina Nacional de Evaluación para que realice dichos informes o si hubiera creado un órgano u organismo equivalente solicitará estos informes preceptivos al mismo cuando afecte a sus contratos de concesión.

Reglamentariamente se fijarán las directrices apropiadas para asegurar que la elaboración de los informes se realiza con criterios suficientemente homogéneos.

4. Los informes previstos en el apartado anterior evaluarán si la rentabilidad del proyecto obtenida en función del valor de la inversión, las ayudas otorgadas, los flujos de caja esperados y la tasa de descuento establecida es razonable en atención al riesgo de demanda que asuma el concesionario. En dicha evaluación se tendrá en cuenta la mitigación que las ayudas otorgadas puedan suponer sobre otros riesgos distintos del de demanda, que habitualmente deban ser soportados por los operadores económicos.

En los contratos de concesión de obra en los que el abono de la tarifa concesional se realice por el poder adjudicador la oficina evaluará previamente la transferencia del riesgo de demanda al concesionario. Si éste no asume completamente dicho riesgo, el informe evaluará la razonabilidad de la rentabilidad en los términos previstos en el párrafo anterior.

En los acuerdos de restablecimiento del equilibrio del contrato, el informe evaluará si las compensaciones financieras establecidas mantienen una rentabilidad razonable según lo dispuesto en el primer párrafo de este apartado.

5. Los informes serán evacuados, a solicitud del poder adjudicador contratante, en el plazo de treinta días desde la petición o nueva aportación de información al que se refiere el párrafo siguiente. Este plazo podrá reducirse a la mitad siempre que se justifique en la solicitud las razones de urgencia. Estos informes serán publicados a través de la central de información económico-financiera de las Administraciones Públicas dependiente del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y estarán disponibles para su consulta por el público a través de medios electrónicos.

El poder adjudicador que formule la petición remitirá la información necesaria a la Oficina, quien evacuará su informe sobre la base de la información recibida. Si dicha Oficina considera que la información remitida no es suficiente, no es completa o requiriere alguna aclaración se dirigirá al poder adjudicador petionario para que le facilite la información requerida dentro del plazo que ésta señale al efecto. La información que reciba la Oficina deberá ser tratada respetando los límites que rigen el acceso a la información confidencial.

6. Si la Administración o la entidad destinataria del informe se apartara de las recomendaciones contenidas en un informe preceptivo de la Oficina, deberá motivarlo en un informe que se incorporará al expediente del correspondiente contrato y que será objeto de publicación. En el caso de la Administración General del Estado esta publicación se hará a través de la central de información económico-financiera de las Administraciones Públicas.

7. La Oficina publicará anualmente una memoria de actividad.»

Contratos del Sector Público de octubre de 2015 recoge igualmente la regulación de esta *Oficina Nacional de Evaluación* (disposición adicional cuadragésima).⁶⁴³

Poco se precisa en el TRLSCP sobre la naturaleza jurídica de la ONE, si bien cabe inferir que se trata de un órgano de la Administración General del Estado, de *carácter colegiado y adscrito al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas* (MINHAP), puntualiza el ALCSP (DA40.1), carente por todo ello de personalidad jurídica propia.

Se prevé que por Orden del MINHAP, previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, se determinará la composición, organización y funcionamiento de la Oficina (TRLCSP, DA36.2 y ALCSP, DA40.2), y cabe esperar que fije también su rango, así como su *status* en punto a definir claramente si goza de independencia funcional o si se trata de un órgano jerárquicamente subordinado.⁶⁴⁴

Configurada la ONE como órgano adscrito a la AGE, su funcionalidad se proyecta también respecto de las Corporaciones Locales y, optativamente, para las Comunidades Autónomas, que podrán crear un órgano u organismo o *adherirse* (sic) a la Oficina en los supuestos relativos a los contratos previstos (TRLCSP, DA36.3 y ALCSP, DA 40.3).

La discordancia de género del apartado 3.b) señalada se explica en razón de la mimética reproducción del redactado del Anteproyecto, como se acaba de completar en la nota siguiente.

⁶⁴³ Sobre la base de la DA36 del TRLSCP, la DA40 del ALCSP/O/2015 reproduce el texto de la misma con las únicas variaciones de dar por existente la ONE y la sustitución de la mención al *contrato de gestión de servicios* por la de la *concesión de servicios* (apartados 1 y 3.b, respectivamente, lo que corrige la discordancia de género resaltada en la nota anterior), y calificar dicha Oficina como «*órgano colegiado adscrito al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas*» (apartado 1 de la DA40).

⁶⁴⁴ En el mes de junio de 2016 se sometió a información pública el proyecto de Orden del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas por el que se determina la composición, organización y funcionamiento de la Oficina Nacional de Evaluación. Según el proyecto, la Oficina se configura como un órgano colegiado interministerial adscrito al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas a través de la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos y formarán parte de la misma los ministerios más directamente implicados en este tipo de proyectos de inversión; además, podrá contar con la participación tanto del sector privado como de las Administraciones autonómicas y locales. Del proyecto se desprende su dependencia del MINHAP, atemperada por la asistencia de representantes de la Administración que vaya a licitar el contrato objeto de informe (art. 2) ; accesible en (consulta el 7.8.2016): <http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Proyectos/PROYECTO%20DE%20ORDEN%20OFICINA%20NACIONAL%20DE%20EVALUACION.pdf>

4.20.2 Informe a emitir, tramitación y valoración

A) Informes a emitir

Los informes de la ONE se caracterizan por las siguientes notas:

1ª. Deben ser emitidos con carácter previo a la licitación y tienen carácter preceptivo (TRLCSF, DA 36 y ALCSP, DA40, ambos núm. 3.1r pfo.)

2ª. Los supuestos en que debe evacuarse el informe son los siguientes (TRLCSF, DA 36 y ALCSP, DA40, ambos núm. 3.2º pfo.):

a) Cuando se realicen aportaciones públicas a la construcción o a la explotación de la concesión, así como cualquier medida de apoyo a la financiación del concesionario, aportaciones y medidas reguladas en el TRLCSF (254 y 256) y en el ALCSP (264 y 266).⁶⁴⁵

b) Las concesiones de obra pública y los contratos de gestión de servicios en los que la tarifa sea asumida total o parcialmente por el poder adjudicador concedente, cuando el importe de las obras o los gastos de primer establecimiento superen un millón de euros.⁶⁴⁶

⁶⁴⁵ Sobre este particular debe recordarse que, también en virtud de la LRJSP/2015 (DF9.4), se introdujo la siguiente determinación en relación con los criterios de adjudicación previstos en el TRLCSF (150.2, *in fine*):

«Cuando en los contratos de concesión de obra pública o de gestión de servicios públicos se prevea la posibilidad de que se efectúen aportaciones públicas a la construcción o explotación así como cualquier tipo de garantías, avales u otro tipo de ayudas a la empresa, en todo caso figurará como un criterio de adjudicación evaluable de forma automática la cuantía de la reducción que oferten los licitadores sobre las aportaciones previstas en el expediente de contratación.»

Idéntica previsión se contiene en el ALCSP (145.6, *in fine*).

⁶⁴⁶ En el ALCSP/O/2015 la referencia a los *contratos de gestión de servicios* se sustituye por la mención a las *concesiones de servicios* (DA 40.3.b). Si bien el importe de 1 MEUR parece adecuado, se utiliza el concepto de *gastos de primer establecimiento*, previsto para el CGSP en el TRLCSF como criterio para el recurso especial de contratación (art. 40.1.c), publicidad en boletín oficial de la formalización del contrato (art. 154.2) y procedimiento negociado (art. 172.b). Se trata de un concepto impreciso –de *escurridizo* lo califica LAZO VITORIA (2015)–, y que ha dado lugar a frecuentes recursos y pronunciamientos dispares. Sobre el concepto de *gastos de primer establecimiento* pueden consultarse las referencias siguientes:

a) Nota de la Presidenta del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, de 6.6.2013, que concluye que la expresión *gastos de primer establecimiento* debe interpretarse como comprensiva de los costes para la puesta en marcha de un servicio, lo que incluye las inversiones y gastos (IVA excluido) que el adjudicatario deba asumir, excluyendo las inversiones y gastos futuros y los gastos de explotación; accesible en

c) Sobre los acuerdos de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, en los casos previstos en los artículos 258.2 y 282.4 del TRLCSP, respecto de las concesiones de obras y servicios públicos que hayan sido informadas previamente de conformidad con las letras a) y b) anteriores o que, sin haber sido informadas, supongan la incorporación en el contrato de alguno de los elementos previstos en éstas.⁶⁴⁷

3ª. En sus informes, la ONE evaluará los siguientes aspectos (TRLCSP, DA 36.4 y ALCSP, DA 40.4):

- a) Si la previsión de la rentabilidad del proyecto obtenida en función del valor de la inversión, las ayudas otorgadas, los flujos de caja esperados y la tasa de descuento establecida es razonable en atención al riesgo de demanda que asuma el concesionario. En dicha evaluación se tendrá en cuenta la mitigación que las ayudas otorgadas puedan suponer sobre otros riesgos distintos del de

<http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=filename%3DTACPCM-Concepto+Gastos+primer+establecimiento.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1352819167949&ssbinary=true>

- b) En relación con esa interpretación, véase la Resolución del TACP de la Comunidad de Madrid núm 67/2014, de 10.4.2014, si bien debe consignarse que la misma fue anulada por la STSJMadrid de 14.5.2015 (Ar. JUR 2015 148741), en base a una objeción formal:

«La pretensión de que se declarase la inadmisión del citado recurso especial por el motivo concretado en la firmeza e inatacabilidad del Pliego, que no fue impugnado en su momento, fue puesta de manifiesto al Tribunal Administrativo de Contratación Pública, tanto por el Ayuntamiento de Alcobendas como por la adjudicataria de contrato, la mercantil Acciona Servicios Urbanos, S.L. El Tribunal Administrativo de Contratación Pública, en lugar de acordar dicha inadmisión sin entrar a examinar las cuestiones de fondo planteadas, entra a analizar lo que se entiende por gastos de primer establecimiento, afirmando que, al no existir una definición explícita en la legislación contractual, hay que estar a una nota de la Presidenta del Tribunal de fecha 6 de junio de 2013, hecha pública mediante su página web, y conforme a la cual el concepto de gastos de primer establecimiento no debe interpretarse en el sentido estrictamente contable sino que debe incluir las inversiones precisas para el establecimiento del servicio. Desde este punto de vista la inversión inicial a cargo del adjudicatario en el contrato que nos ocupa excede de 500.000 euros, por lo que cabe dicho recurso especial, y en consecuencia, procede a revisar si la adjudicación del contrato ha sido o no conforme a derecho.

Esta Sala entiende que en el momento de la adjudicación ya no es posible examinar las cláusulas de los Pliegos de Condiciones Administrativas y de Prescripciones Técnicas, por haber quedado las mismas consentidas y firmes al no haber sido impugnadas en tiempo y forma; cláusulas que vinculan a todos los que participan en el procedimiento de licitación y a la Administración contratante» (FJ 3º), por lo que anula «la resolución impugnada reseñada en el fundamento de derecho primero de esta resolución por no ser conforme a derecho, ya que debió declarar la inadmisión del recurso especial interpuesto por la mercantil Compañía Española de Servicios Auxiliares, S.A. (CESPA)» (Fallo).

- c) Acuerdos TACP Aragón núm 44/2012, de 9.10, 6/2013, de 30.1 y 6/2014, de 4.2.

⁶⁴⁷ En el ALCSP/O/2015 los preceptos mencionados son, respectivamente, los art. 268.2 y 288.4, referido este último a las *concesiones de servicios*.

demanda, que habitualmente deban ser soportados por los operadores económicos.

- b) En los contratos de concesión de obra en los que el abono de la tarifa concesional se realice por el poder adjudicador, la transferencia del riesgo de demanda al concesionario. Si éste no asume completamente dicho riesgo, el informe evaluará la razonabilidad de la rentabilidad en los términos previstos en el párrafo anterior.
- c) En los acuerdos de restablecimiento del equilibrio del contrato, si las compensaciones financieras establecidas mantienen una rentabilidad razonable según lo dispuesto en la letra a).

4ª Se prevé que, reglamentariamente, se fijarán las directrices apropiadas para asegurar que la elaboración de los informes se realiza con criterios suficientemente homogéneos (TRLCSF, DA 36.3 y ALCSP. DA 40.3, ambas *in fine*).

B) Tramitación de los informes y actuaciones posteriores

Los informes a emitir por la ONE se sujetarán a los trámites siguientes (TRLCSF, DA 36.5 y ALCSP, DA 40.5):

- a) Los informes serán evacuados, a solicitud del poder adjudicador contratante, en el plazo de treinta días desde la petición o nueva aportación de información. Este plazo podrá reducirse a la mitad siempre que se justifique en la solicitud las razones de urgencia.
- b) El poder adjudicador que formule la petición remitirá la información necesaria a la Oficina, quien evacuará su informe sobre la base de la información recibida. Si dicha Oficina considera que la información remitida no es suficiente, no es completa o requiere alguna aclaración se dirigirá al poder adjudicador peticionario para que le facilite la información requerida dentro del plazo que ésta señale al efecto. La información que reciba la Oficina deberá ser tratada respetando los límites que rigen el acceso a la información confidencial.
- c) Los informes de la ONE serán publicados a través de la central de información económico-financiera de las Administraciones Públicas dependiente del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y estarán disponibles para su consulta por el público a través de medios electrónicos.

Una vez emitidos los informes por la ONE, se prevén las actuaciones que se indican (TRLSCP, DA 36 y ALCSP, DA 40 ambos núm. 6 y.7):

- d) Si la Administración o la entidad destinataria del informe se apartara de las recomendaciones contenidas en un informe preceptivo de la Oficina, deberá motivarlo en un informe que se incorporará al expediente del correspondiente contrato y que será objeto de publicación. En el caso de la Administración General del Estado esta publicación se hará a través de la central de información económico-financiera de las Administraciones Públicas.
- e) La Oficina publicará anualmente una memoria de actividad.

C) Valoración

Carente de antecedentes normativos, la *Oficina Nacional de Evaluación* ha sido bien recibida en general, destacándose que se enmarca en unas coordenadas «cuya finalidad es asegurar el buen hacer de determinadas licitaciones públicas», y su «vocación claramente preventiva» como «mecanismo de control *ex ante*». ⁶⁴⁸ Esta iniciativa ha sido calificada como «un paso en la buena dirección», si bien se ha considerado que «le falta independencia», aunque se valora como «positiva para las empresas que tienen capacidad de incorporar valor a los proyectos, ya que así van a tener ventaja competitiva». ⁶⁴⁹ Indudablemente, atendida la relevancia que el principio de sostenibilidad financiera ha adquirido en la gestión pública, la creación de una oficina que evalúe su cumplimiento en relación con los contratos de concesión debe ser calificado como una actuación acertada. ⁶⁵⁰

El aspecto que plantea más dudas es la capacidad de la ONE, atendido que «ha de abarcar muchos proyectos», ⁶⁵¹ y que «un ámbito de actuación así de amplio (considérese el elevadísimo número y la complejidad de las licitaciones que serán sometidas a su parecer) requiere de una superestructura organizativa capaz de dar

⁶⁴⁸ LAZO VITORIA (2015).

⁶⁴⁹ DORREGO DE CARLOS (2015)

⁶⁵⁰ Sobre la función financiera de la ONE y los métodos de valoración y selección de inversiones y/o proyectos productivos, véase GÓMEZ GUZMÁN (2016).

⁶⁵¹ DORREGO DE CARLOS (2015)

respuesta en breve plazo (30 días, por regla general) y con la calidad esperada a los informes que los poderes adjudicadores soliciten». ⁶⁵²

4.21. Regulación supletoria (art. 295)

Tal como ya se ha venido anticipando y aplicando, el Anteproyecto contiene la siguiente previsión interpretativa:

«Artículo 295. Regulación supletoria

En lo no previsto en el presente Capítulo respecto al contrato de concesión de servicios, le será de aplicación la regulación establecida en la presente Ley respecto al contrato de concesión de obras, siempre que resulte compatible con la naturaleza de aquél».

Se trata de una determinación del todo coherente con la esencia jurídica común de las concesiones de obras y de servicios, afirmada por lo demás por el tratamiento conjunto que efectúa la Directiva 2014/23/UE, sobre la base de los elementos coincidentes del *derecho de explotación* (obra o servicio) y de la transferencia, total o parcial, del *riesgo operacional* al concesionario, ambos objeto ya de análisis. Fijada, pues, esta regla interpretativa, su aplicación permite la traslación de las determinaciones recogidas para la concesión de obras ausentes en la regulación de la de servicios, excepción hecha de las que resulten incompatibles con la naturaleza de ésta.

A modo de recapitulación, las concreciones efectuadas a lo largo del trabajo sobre la aplicación de los preceptos de la concesión de obras a la de servicios son las siguientes:

- a) Aspectos a los que debe hacer referencia el pliego de cláusulas administrativas particulares (ex ALCSP, 248 en relación con el 283.1, comentado en el epígrafe 4.4.A).
- b) Contenido del estudio de viabilidad (ex ALCSP, 245 y 283.2, epígrafe 4.4.B).

⁶⁵² LAZO VITORIA (2015).

- c) Ejecución de obras en el marco de una concesión de servicios (ex ALCSP, 250-254 y 285.1, epígrafe 4.6.A).
- d) Hipoteca de la concesión (ex ALCSP, 261-264 y 285.3, epígrafe 4.6.C).
- e) Obligaciones sobre el uso y conservación de las obras adscritas a la concesión de servicios (ex ALCSP, 257 y 286, epígrafe 4.7.7).
- f) Obligaciones respecto de las zonas complementarias de explotación comercial (ex ALCSP, 258 y 286, epígrafe 4.7.11).
- g) Previsiones en relación con las tarifas que complementan la regulación de la concesión de servicios (ex ALCSP, 246.2.d, 248.1.c.4, 248.1.d, 259.1.e, 265.2, 265.6 y 270.1, respecto del 283.1, 286.a y 288.1 y .5, epígrafe 4.8.2.4).
- h) Determinaciones sobre la subvención, precio o pago que se agregan a las de la concesión de servicios (ex ALCSP, 248.1.c.5, 248.1.d, 265.4, en relación con el 15.1 y 287.1, epígrafe 4.8.3).
- i) Secuestro de la concesión (ex ALCSP, 261 y 291.1, epígrafe 4.12.2).
- j) Fijación plazo de 6 meses para el abono al concesionario del importe de la inversión realizada en los supuestos de resolución del contrato (ex ALCSP, 280.1 y 293.1, epígrafe 4.15).
- k) Extensión de las determinaciones sobre subcontratación de la concesión de obras si la de servicios las incluye (ex ALCSP, 213 y 294, epígrafe 4.15).

4.22. El régimen jurídico *extravagante* de la concesión de servicios no públicos y su necesaria reconducción

4.22.1. La contextualización de la concesión de servicios no públicos: entre la Directiva 2014/23/UE y el ALCSP

4.22.1.1. Introducción

Tal como ya se ha apuntado (epígrafe 4.3.2.), el ALCSP regula la concesión de servicios tanto si estos tienen la consideración de públicos como si no integran ese calificativo. Objeto de análisis detallado la *concesión de servicios públicos* en lo que llevamos desarrollado de este epígrafe 4, corresponde ahora ahondar en el concepto y el régimen jurídico de la *concesión de servicios no públicos*, sobre la base de la regulación comunitaria, las propuestas formuladas y las alternativas que se consideran procedentes.

4.22.1.2. Las regulaciones respectivas.

El punto de partida lo tenemos en la nueva Directiva 2014/23/UE que define los contratos de concesión en los términos siguientes:

«Artículo 5. Definiciones

A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

1) «concesiones»: las concesiones de obras o de servicios, con arreglo a las definiciones contempladas en las letras a) y b):

- a) «concesión de obras»: un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar las obras objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago;*
- b) «concesión de servicios»: 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».*

En su tarea de transposición, en el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público las determinaciones sobre el ámbito de la concesión de servicios las encontramos en su Exposición de motivos y en el art. 282, con las previsiones que se transcriben a continuación:

«En el ámbito de las concesiones, desaparece la figura del contrato de gestión de servicio público y, con ello, la regulación de los diferentes modos de gestión indirecta de los servicios públicos que se hacía en el artículo 277 del anterior texto refundido. Surge en su lugar, y en virtud de la nueva Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión, la nueva figura de la concesión de servicios, que se añade dentro de la categoría de las concesiones a la ya existente figura de la concesión de obras, y que podrá tener por objeto servicios que no sean públicos siempre y cuando los mismos sean de la titularidad o competencia de la Administración» (EM, IV, pfo 5º)

«Artículo 282. Ámbito del contrato de concesión de servicios.

1. La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato de concesión de servicios, los servicios de su titularidad o competencia siempre que sean susceptibles de explotación económica por particulares. En ningún caso podrán prestarse mediante concesión de servicios los que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

2. Antes de proceder a la contratación de una concesión de servicios, en los casos en que se trate de servicios públicos, deberá haberse establecido su régimen jurídico, que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio.

3. El contrato expresará con claridad, en todo caso, el ámbito de la concesión, tanto en el orden funcional, como en el territorial».

4.22.2. La conceptualización de los servicios no públicos y su régimen jurídico extravagante

Sobre tales contenidos del Anteproyecto cabe formular las consideraciones siguientes:

1ª La concesión de servicios puede aplicarse tanto a servicios públicos como a *servicios que no sean públicos* (por utilizar la expresión del inciso final del párrafo transcrito de la EM). La distinción entre unos y otros no es fácil, por la misma razón que la legislación ha venido obviando la definición de la *actividad de servicio público*, obligando así a la doctrina y a la jurisprudencia a dotar de significado ese término.

Sobre tales bases, y para el ámbito del servicio público que se analiza, la he definido «como aquella actividad *desarrollada* por una entidad pública local, por sí o mediante un gestor contratado, para satisfacer las necesidades de los usuarios, conjunto de personas destinatarias de la misma, *caracterizada*, objetivamente, por venir constituida por prestaciones técnicas, que reportan utilidades a los usuarios que las reciben, *configurada* bajo criterios de generalidad e igualdad y en unas condiciones de continuidad y regularidad, y *declarada* por la legislación como servicio público local o *asumida* como tal por la entidad en el ámbito de sus competencias y de conformidad con el procedimiento administrativo establecido».⁶⁵³

Por contraste con esa definición, los *servicios no públicos* integrarían unas actuaciones que, constituidas lógicamente por utilidades y siendo recibidas efectivamente por terceros, su prestación no responde a una obligación derivada de la

⁶⁵³ MARTÍNEZ-ALONSO (2007: 25 y 66 y 2014: 599).

competencia de la Administración. Faltando este título, pero concurriendo el de la titularidad de los inmuebles en que se prestan los servicios, podría darse cobertura contractual a supuestos en que se produce una *explotación económica* y concurre la *transferencia del riesgo operacional*.⁶⁵⁴

Entiendo por ello correcta la disyuntiva sobre *los servicios de su titularidad o competencia*, referidos a la Administración, que se contiene en el art. 282.1 del Anteproyecto, toda vez que sirve para distinguir los servicios *no públicos* de los *públicos*, respectivamente. Pues es bien sabido que el *criterio de la competencia* es el que ha venido caracterizando, en tanto que amparo y título jurídico, la prestación de servicios públicos por las Administraciones en la legislación básica de contratos (TRLCS, con menciones en los art. 8.1, a «*servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia*», y 275.1, a «*los servicios de su competencia*», en ambos casos referidos al contrato de gestión de servicios públicos). Y ese mismo criterio de la competencia es el observado en la legislación local para los servicios públicos en este ámbito (cfr. los art. 25, 26, 86 y concordantes de la LBRL y su comentario en los apartados 1.5.3.1 y 1.5.4.).

Pero por las razones aludidas no encuentro explicación a que esa misma disyuntiva sirva para justificar que la concesión de servicios «*podrá tener por objeto servicios que no sean públicos siempre y cuando los mismos sean de titularidad o competencia de la Administración*» (EM, IV, pfo. 5º). Cabalmente, habría que entender que si se atribuye

⁶⁵⁴ Así, por ejemplo, los habituales *servicios de cafetería y restauración* de edificios públicos (ministerios, universidades y otros), objeto de controversia sobre su calificación como contratos de servicios, administrativos especiales o patrimoniales, entiendo que podrían encontrar acomodo en esta *concesión de servicios no públicos*, porque obviamente la oferta de tales servicios aunque reporta utilidades a terceros, no integra competencia alguna de las Administraciones, que sí ostentan la titularidad de los espacios y dependencias en que se prestan. Y siempre sobre la base de que el concesionario asuma los riesgos de demanda y oferta y el resto de determinaciones que se establezcan (sobre tarifas, ejecución de las obras y canon a satisfacer, entre otras). Sobre el encaje de este contrato en la concesión de servicios comunitaria véase el IJCCA de la Administración General del Estado núm. 25/2012, de 20.11 (FJ 2, *in fine*).

Otros supuestos susceptibles de reconducir a la concesión serían los siguientes: los *servicios de fotocopias, encuadernación y copistería*, tan habituales en las facultades y escuelas de grado medio y superior, y los *servicios de prensa, librería y regalos*, que podemos encontrar en los hospitales y otros centros de pública concurrencia. También en estos casos se cumplen las reglas de:

- no suponer el ejercicio de competencias públicas,
- reportar utilidades a terceros, que incluso pueden resultar ser usuarios de servicios públicos (el universitario y el de sanidad, en los ejemplos puestos), los cuales, sin embargo, no integran en su concepto esos *otros servicios que no son públicos*, y
- ser susceptibles de explotación económica con transferencia de riesgo operacional al contratista.

la competencia, los servicios han de calificarse como públicos, y reservar la categoría de los no-públicos para los supuestos en que la Administración solo ostenta la titularidad respecto de actuaciones que se desarrollan por el concesionario, pero en el marco de un contrato que aquella ha promovido.⁶⁵⁵

El Consejo de Estado también advierte sobre ese *doble objeto de la concesión* que incluye el anteproyecto: «la distinción entre el contrato de servicios y el de gestión de servicios públicos, basada en la naturaleza de la prestación, ha sido desplazada por una dicotomía entre el contrato de concesión de servicios y el de servicios fundada en la transferencia o no del riesgo operacional, *con independencia de si el servicio sobre el que recae el pacto entre las partes tiene la consideración de servicio público*» (Dictamen núm. 1116/2015, de 10.3.2016, p. 75, la cursiva es mía).

Apreciadas las diferencias respecto de la dualidad de objetos de la concesión, hay que adelantar que las consecuencias no se detienen ahí, sino que se proyectan sobre el *régimen jurídico aplicable a uno y otro tipo de servicios*.

2ª La segunda determinación sobre el ámbito del contrato se refiere a que la Administración podrá gestionar mediante concesión los *servicios que sean susceptibles de explotación económica por particulares* (ALCSP, 282.1, 1º inciso *in fine*). La expresión proviene de la LCSP/2007 (251.1), que la tomó de sus precedentes LCE/1964 (63.1), LCAP/1995 (156.19) y TRLCAP/2000 (155.1), si bien suprimiendo significativamente la mención a *empresarios particulares*, y dejando sólo el término *particulares* (sustantivizándolo), con lo que se solventaban las dificultades que aquella calificación había planteado cuando los licitadores no reunían la condición de empresarios (así, fundaciones o asociaciones); y en los mismos términos pasó al TRLCSP (275.1).

Se han citado los antecedentes históricos para evidenciar que la expresión *explotación económica* siempre ha estado presente en el contrato de gestión de servicios públicos, si bien su significado ha ido variando, de manera especialmente acusada en relación con la concesión y su vinculación directa con el *riesgo* de tal explotación en su sentido

⁶⁵⁵ Estas consideraciones sobre la dualidad de objetos de la concesión las formulé en las alegaciones al ALCSP/O/2015 (p. 16 y 17) y en el artículo de la RGDA (p. 17 a 19).

comunitario, y como criterio de distinción entre la concesión y el contrato de servicios.⁶⁵⁶

Situados ya en el Anteproyecto, la explotación económica de los servicios no públicos mediante concesión también requiere ineludiblemente que se transfiera el *riesgo operacional* al contratista en los términos vistos en el apartado anterior.

3ª El Anteproyecto trae al artículo 282.2 que se reexamina la determinación referida al *establecimiento del régimen jurídico en los casos en que se trate de servicios públicos*, que en el TRLCSP se ubicaba, como precepto autónomo, entre las *actuaciones preparatorias del contrato de gestión de servicios públicos* (Sección, 3ª, Capítulo II, Título I, Libro II, art. 132).⁶⁵⁷

En cualquier caso, se trata de una prescripción muy relevante, ya que las previsiones que, con carácter previo, deben establecerse sobre el régimen jurídico del servicio público son las siguientes:

- *declaración expresa de que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, la denominada publicatio;*
- *determinación del alcance de las prestaciones en favor de los administrados;*
- *regulación de los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio.*

La fijación de estas prescripciones viene a coincidir con el *establecimiento, modificación y supresión del servicio público*, cuestión regulada en la legislación local, con determinaciones generales en la de carácter básico y específicas en aquellas

⁶⁵⁶ Así, en el ámbito del contrato de gestión de servicios públicos, se había mantenido pacíficamente hasta 2008 que la explotación también podía centrarse en la disminución de costes, razón por la cual el contenido económico podía referirse al precio que satisfacía la entidad titular del servicio al gestor indirecto para su prestación. La JCCA de la Generalitat de Cataluña (GENCAT) admitió que en los contratos de gestión de servicios públicos el prestatario percibiese como única retribución la que le abonaba la administración, incluso en la modalidad de concesión (Informe 1/2005, de 5.5); con carácter general para el contrato de gestión de servicios públicos lo prevé el TRLCP (281.1).

⁶⁵⁷ No tiene mucha lógica esta incorporación al art. 282 si se tiene en cuenta que, a continuación, se localizan la *Sección 2ª, Régimen jurídico* y la *Subsección 1ª. Actuaciones preparatorias del contrato de concesión de servicios*.

Comunidades Autónomas que las han aprobado, las cuales ya he analizado en otros trabajos a los que me remito.⁶⁵⁸

En cualquier caso, lo que es evidente es que esa exigencia sobre la concreta determinación referida al *establecimiento del régimen jurídico* no resultará de aplicación atendido que se trata de *servicios no públicos*, lo que no excluye, naturalmente, que como toda actuación pública deba someterse a derecho y ser objeto de motivación, en tanto que actuación discrecional (ex L 30/1992, 54.1.f) y LPAC/2015, 35.1.i).

4ª Proveniente del TRLCSP (275.1), el Anteproyecto incorpora la prescripción de que, «*en ningún caso, podrán prestarse mediante concesión de servicios los que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos*» (282.1, *in fine*).

Los antecedentes y la vinculación de esta limitación en relación con la concesión de servicios públicos ya han sido analizados con detalle (epígrafe 4.3.2., 4ª), bien que debe ya adelantarse que será igualmente de aplicación en el caso de la concesión de servicios no públicos. Efectivamente, esa regla rige también para el contrato de servicios, como queda acreditado en el propio ALCSP, que prescribe:

«*Artículo 17. Contrato de servicios.*

Son contratos de servicios aquéllos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquéllos en que el empresario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y pro precio unitario.

No podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.»⁶⁵⁹

Consecuentemente, no podrán prestarse mediante concesión de servicios los no públicos que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

⁶⁵⁸ Las determinaciones generales se contienen, esencialmente, en la LBRL (85 y 86) y en el TRRL/1986 (96-98, 100 y 109) y, de las autonómicas, destacan las reguladas en Cataluña (ROAS/1995, 136-163), Aragón (RBASO/2002, 203-217) y Andalucía (L 5/2010, 26-32). Para un análisis más detallado véase MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS (2007: 255-270 y 2014: 597-614).

⁶⁵⁹ Esta limitación respecto del contrato de servicios es comentada en el epígrafe 5.4.

Formuladas, pues, las consideraciones sobre el concepto de los servicios no públicos que resulta de la regulación del Anteproyecto, me permito la licencia de calificar de *extravagante* la configuración que de su régimen jurídico efectúa el mismo.⁶⁶⁰ En síntesis, se aplica un régimen jurídico diseñado específicamente para los servicios públicos, el que la legislación contractual básica ha venido atribuyendo al CGSP, a un objeto que se identifica como *servicios que no sean públicos* (por seguir utilizando la expresión de la EM del ALCSP, IV, pfo. 5°); en definitiva, esos *servicios no públicos* ven trascendidos su lógica y sus límites propios y son sometidos a una regulación pensada para su antónimo.

4.22.3. La reconducción del régimen jurídico de los servicios no públicos

A) Planteamiento

Tal como se ha expuesto, que el objeto de la concesión sea un servicio público justifica la traslación en bloque de los preceptos sobre el CGSP contenidos en el TRLCSP/2011, pues ese es el régimen jurídico que le corresponde, incluidas las prerrogativas y potestades exorbitantes conferidas a la Administración titular del servicio público a fin de garantizar la continuidad, regularidad y demás exigencias derivadas de tal objeto. Pero por esas mismas razones debe excluirse la aplicación de tales potestades en los supuestos en que la concesión recaiga en servicios que no sean públicos.⁶⁶¹

Enlazando con su apreciación antes transcrita, el Consejo de Estado repara así en esas consecuencias: «El desplazamiento de la noción de servicio público como elemento diferenciador de las dos modalidades contractuales aludidas, para poner el foco en un aspecto, sin duda, importante, pero de índole organizativo, como es si se

⁶⁶⁰ Etimológicamente, se ha señalado que «La palabra **extravagante** viene del latín, del participio de presente *extravagans*, *extravagantis*, del verbo *extravagari* (errar o vagabundear fuera de los límites), de ahí que extravagante designe al sujeto raro o extraño que se mueve o actúa sin una lógica aparente, fuera de los límites de la normalidad.

Este verbo se compone de extra- (fuera de) y el verbo *vagari* (andar errabundo y sin rumbo, ir a la aventura y sin orden). El verbo *vagari* se deriva de *vagus* (errante, sin rumbo, sin sentido), adjetivo cuya etimología indoeuropea está discutida y es poco clara.»; cifro Diccionario Etimológico-deChile.net; accesible en: <http://etimologias.dechile.net/?extravagante>

⁶⁶¹ Sobre el régimen jurídico aplicable a los servicios públicos y la correlativa exclusión de las prerrogativas y potestades exorbitantes en el caso de los servicios que no tengan tal carácter me extendía en las alegaciones al ALCSP (p. 17 y 18) y en el artículo de la RGDA (p. 19).

transfiere o no el riesgo operacional, es el *germen de diversas distorsiones*. Al fin y al cabo, si el adjudicatario asume o no el aludido riesgo es una cuestión capital para regular las relaciones entre las partes en el contrato, pero sin impacto directo en los *ciudadanos destinatarios de los servicios públicos, en beneficio de los cuales ha de garantizarse la continuidad e igualdad en la prestación*. Tales distorsiones pueden reconducirse a dos:

a) En el contrato de *concesión de servicios rigen las reglas propias del contrato de gestión de servicios públicos, pese a que, como reconoce la propia exposición de motivos, aquel contrato puede tener por objeto servicios no públicos* » (Dictamen núm. 1116/2015, p. 77, la cursiva es mía).⁶⁶²

B) Prescripciones que no deben resultar de aplicación a las concesiones de servicios no públicos

Se parte, pues, de la base de que la aplicación de las prerrogativas y las potestades exorbitantes debe reservarse al ámbito de los servicios públicos. En congruencia con ello, en primer término, no encuentra justificación la inaplicación para los servicios no públicos de la figura de la *suspensión del contrato*, instada por el contratista ante el impago por plazo superior a 4 meses (*ex* 196.5 y 206.1 del ALCSP), prevista con carácter general para *todas* las concesiones de servicios en el art. 284 del Anteproyecto. Se estima correcta, por tanto, la preterición de la suspensión si el contrato de concesión tiene por objeto servicios públicos, pero resultará falta de causa si se trata de meros servicios que no merezcan ese calificativo.

En congruencia con esta consideración, debería consignarse la no-aplicación, en el supuesto de *concesiones de servicios que no sean públicos*, de las prerrogativas y potestades recogidas en el ALCSP en relación con:

⁶⁶² La segunda distorsión que señala el Consejo de Estado se centra en la *inidoneidad del contrato de servicios para la gestión indirecta de servicios públicos*, cuestión sobre la me extenderé en el epígrafe 5. Los términos en los que se pronuncia el Alto órgano consultivo son los siguientes:

«b) En el contrato de servicios no se establecen las garantías propias del servicio público, para el supuesto de que sea la vía por la que se articule, en el caso de que no recaiga sobre el adjudicatario el riesgo operacional. En concreto, no se asegura la vigencia de los principios básicos definidores de la noción de servicio público, esto es, los de igualdad en su acceso, continuidad de su prestación y universalidad» (Dictamen, p. 77 y 78).

- las obligaciones del concesionario vinculadas estrictamente al servicio público (art. 286),⁶⁶³
- la modificación del contrato y el mantenimiento del equilibrio económico en tanto que vinculados con el interés público (art. 288);
- la no embargabilidad de los bienes en tanto que debe circunscribirse a los afectos al servicio público (art. 289.3).
- las previsiones sobre el secuestro o la intervención, en relación con el incumplimiento del concesionario, atendida su vinculación con el servicio y el interés públicos (art. 291).
- las causas de resolución de la concesión del rescate y la supresión del servicio por razones de interés público (art. 292.b) y c) y, consecuentemente, los efectos a ellas vinculados (art. 293).⁶⁶⁴

En los mismos términos se expresa el Consejo de Estado (Dictamen núm. 1116/2015, de 10.3.2016, p. 246):

«En el contrato de concesión de servicios se han mantenido las reglas propias del contrato de gestión de servicios públicos, pese a que aquel contrato pueda tener por objeto servicios no públicos. Sin embargo, existen una serie de prescripciones que deben observarse respecto a la contratación de servicios públicos, independientemente del riesgo operacional, es decir, al margen de si la contratación reviste la forma de concesión de servicio o contrato de servicio -v.gr. la inembargabilidad de los bienes afectos al servicio público (artículo 289.3), el secuestro o la intervención, en relación con el incumplimiento del contratista, atendida su vinculación con el servicio y el interés públicos (artículo 291) o la inclusión entre las causas de resolución del contrato del rescate y la supresión del servicio por razones de interés público (artículo 292.c) y d)) y, consecuentemente, los efectos a ellas vinculados (artículo 293).»

Y, en razón de ello, concluye el Alto órgano consultivo (p. 246 y 247):

⁶⁶³ Dado que los destinatarios de esas utilidades, aunque no integrantes de servicios públicos, son también los ciudadanos es perfectamente plausible incluir en el PCAP obligaciones de servicio que garanticen las prestaciones del mismo y su calidad, las cuales deberán ser cumplidas por el concesionario en tanto que vinculado contractualmente. Véase a este respecto los comentarios al art. 311 del ALCSP, sobre *especialidades de los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a los ciudadanos* (epígrafe 5.7).

⁶⁶⁴ Estas prescripciones que no deben resultar de aplicación a las concesiones de servicios públicos las detallé en las alegaciones al ALCSP (p. 18) y en el artículo de la RGDA (p. 19 y 20).

«La opción escogida por el legislador, en cambio, no se aviene con este planteamiento, puesto que en la concesión de servicios, independientemente de si este servicio es público o no, se contienen las referidas prescripciones propias de los servicios públicos. Tal planteamiento, indudablemente, va a conducir a distorsiones en la práctica, puesto que no es posible extender a todo tipo de servicios, por más que se transfiera el riesgo operacional, la regulación del servicio público, por lo que se sugiere la reconsideración de esta opción legislativa.»

Es por ello que, en tanto llega esa nueva regulación legislativa, hay que atenerse a lo que resulte del efecto directo de las Directivas comunitarias y la regulación no afectada del Texto refundido de Contratos del Sector Público. De ahí la coincidencia con lo expuesto por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, que señala que «hay que tener en cuenta que cuando el objeto de la concesión sea la prestación y gestión de un servicio que no cumpla los requisitos para ser calificado como de servicio público, se aplicarán los preceptos de la Directiva de concesiones con efecto directo, y los del TRLCSP aplicables a los contratos de servicios mientras no los contradigan».⁶⁶⁵

⁶⁶⁵ Informe 1/2016, de 6.4 (Comisión Permanente, apartado IV, p. 44). Sobre el periodo transitorio, el efecto directo de las Directivas y sus consecuencias respecto de la gestión contractual de los servicios públicos locales, véase el epígrafe 7.

CAPÍTULO 5. LA CONFIGURACIÓN EN EL ALCSP DEL CONTRATO DE SERVICIOS Y LA SUBSUNCIÓN DE LA GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS EN LA QUE NO SE TRANSFIERA EL RIESGO OPERACIONAL AL CONTRATISTA

5.1. Planteamiento del articulado del contrato de servicios

Tal como se viene exponiendo, la configuración del ALCSP respecto de la gestión contractual de los servicios públicos es la siguiente:

- Atribución al *contrato de concesión de servicios* de la gestión de aquellos servicios públicos cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir el precio, y bien entendido que el derecho de *explotación de los servicios* implicará la *transferencia al concesionario del riesgo operacional*.
- Subsunción en el *contrato de servicios* de la *prestación de aquellos servicios públicos* en los que el contratista *no asuma el riesgo operacional* en la gestión de los mismos.

Ciertamente, este criterio no procede sino, de un lado, del razonamiento a *contrario sensu* de la no-inclusión del CGSP entre los regulados en el Anteproyecto de 2015, y de la definición vista del contrato de concesión de servicios y, de otro, de la amplísima concepción de los contratos de servicios como «*aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio en forma sucesiva y por precio unitario*» (ALCSP, art. 17, pfo. 1º).⁶⁶⁶

Salvo las innovaciones que se dirán, la regulación del contrato de servicios en el ALCSP mantiene los trazos esenciales del que ha sido su régimen jurídico tradicional. Y ahí radican sus limitaciones y disfunciones. Al intentar subsumir también la gestión

⁶⁶⁶ La primera parte de la definición reproduce la recogida por la LCSP/2007 y el TRLCSP/2011 (art. 10, primer inciso), al que se añade ahora la precisión que lo caracteriza como contrato de actividad (ejecutar el servicio en forma sucesiva) y la mención al precio unitario.

La mención al *adjudicatario* se incorporó en el texto de octubre de 2015 en sustitución de la de *empresario* que figuraba en el de abril; con todo, lo más correcto hubiera sido utilizar la de *contratista*, pues sólo con la formalización se produce la perfección del contrato (ex ALCSP, 36 y TRLCSP, 27).

de un servicio público en un contrato de servicios, nos encontraremos ante las consecuencias de aplicar un contrato configurado por la legislación española para unas prestaciones de una trascendencia limitada y cuya destinataria es la propia Administración, esto es, bastante alejado de aquella otra configuración caracterizada por unas prestaciones dirigidas a los usuarios de los servicios públicos del Estado social.⁶⁶⁷

5.2. Concepto y regulación

5.2.1 Concepto

La Directiva 2014/24/UE ofrece la siguiente definición (art. 2.1.9):

«9) «*Contratos públicos de servicios*»: los contratos públicos cuyo objeto sea la prestación de servicios distintos de aquellos a los que se refiere el punto 6.»

Que se complementa con esta otra:

6) «*Contratos públicos de obras*»: los contratos públicos cuyo objeto sea uno de los siguientes:

⁶⁶⁷ Como se recordará, el contrato de servicios tiene su antecedente en el Decreto 1005/1974, de 4.4, por el que se regulaban los *contratos de asistencia*, cuyos redactados guardan analogías con la regulación de aquél (así, significativamente, la subordinación de la prórroga al mutuo acuerdo de las partes, ex TRLCSP, 303.1 y D 1005/74, 5.1r pfo). Y es que el régimen jurídico de ese contrato arranca con el D 1005/1974 y, a lo largo de los años y las sucesivas legislaciones de contratos (1995, 2000, 2007 y 2011), solo ha sido modificado en su duración y en pocos aspectos más. En ese *contrato de servicios* se han ido integrando los contratos de *trabajos específicos y concretos, no habituales* y los de *consultoría y asistencias*, pero siempre manteniendo una configuración en términos de igualdad entre el contratista y la Administración, y en la que ésta se halla privada de sus potestades específicas. Una configuración que tiene su lógica, en suma, si se trata de la limpieza de oficinas, actividades logísticas o prestaciones intelectuales en beneficio exclusivo de la Administración (que no se diferenciarían objetivamente de las que recibiría un privado), pero que resulta manifiestamente insuficiente para regular relaciones contractuales cuyos destinatarios son los ciudadanos usuarios de servicios públicos, tales como los servicios asistenciales o el suministro de agua potable, por poner dos ejemplos relevantes.

Sobre la nueva regulación propuesta, el propio Anteproyecto reconoce el mantenimiento de los trazos esenciales de este contrato:

«Las principales novedades que presenta esta Ley se han introducido a lo largo de todo su articulado, si bien **queda a salvo el régimen jurídico específico correspondiente al contrato de obras, al de suministro y al contrato de servicios, en cuyas disposiciones no se han incluido, salvo en cuestiones muy concretas, excesivas reformas**» (EM IV, 2 pfo., el resaltado es mío).

- a) la ejecución, o bien, conjuntamente, el proyecto y la ejecución, de obras relativas a una de las actividades mencionadas en el anexo II;
- b) la ejecución, o bien, conjuntamente, el proyecto y la ejecución, de una obra;
- c) la realización, por cualquier medio, de una obra que cumpla los requisitos fijados por el poder adjudicador que ejerza una influencia decisiva en el tipo o el proyecto de la obra.»

El Anteproyecto lo regula en los siguientes términos (art. 17.1^ª pfo.):

«Son contratos de servicios aquéllos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquéllos en que el empresario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario.»

Por su parte, el TRLCSP lo hace de la siguiente manera (art. 10).

«Son contratos de servicios aquéllos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro. A efectos de aplicación de esta Ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II»

Y como antecedente de éste, la Directiva 2004/18/UE, de 31.3, cuya transposición dio lugar a la LCSP/2007, y ha sido derogada por la 2014/24/UE, prescribía lo siguiente (art. 1.2.d):

«Son “contratos públicos de servicios” los contratos públicos distintos de los contratos públicos de obras o de suministro cuyo objeto sea la prestación de los servicios a los que se refiere el anexo II»

Transcritas las diferentes definiciones, es oportuno formular las siguientes consideraciones:⁶⁶⁸

1^ª) Las definiciones del contrato de servicios reproducidas se articulan siempre de una forma negativa, por exclusión o diferenciación de otros contratos.

⁶⁶⁸ Referencias bibliográficas: ALONSO RODRÍGUEZ (2011: 203-225); BATET JIMÉNEZ (2009: 64-70); FERNÁNDEZ MALLOL (2015); LACRUZ LÁZARO (2009: 434-451); LAGO NÚÑEZ (2013: 1649-1694); MENÉNDEZ SEBASTIÁN (2009); RÁZQUÍN LIZÁRNAGA, M.M. (2011: 71-74) y SABIOTE ORTIZ (2014).

2ª) A mi juicio, esa articulación es correcta en las Directivas (tanto la 2004/18 como la 2014/24), toda vez que, al regular sólo los contratos públicos de obras, suministros y servicios, una vez definidos los dos primeros, es congruente identificar el tercero diferenciándolo de los anteriores.

3ª) Sin embargo, al transponer esas definiciones a la legislación española, manteniendo su articulación comunitaria, el resultado ya no es el mismo, pues, además de los contratos de obras, suministros y servicios, se regulan otros contratos; así:

- en el TRLCSP, los de concesión de obras públicas (art. 7), de gestión de servicios públicos (8), colaboración entre el sector público y el sector privado (11), administrativos especiales (19.1.b) y los privados (20);
- en el ALCSP, los de concesiones de obras (art. 14), concesiones de servicios (15), administrativos especiales (25.1.b) y los privados (26).

En consecuencia, es incompleta la definición que conceptúa los contratos de servicios como aquellos *cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro*, toda vez que, por poner dos ejemplos, también se desarrolla una actividad diferentes en la concesión de obras (la explotación de las mismas) o se obtiene un resultado distinto en el contrato privado de compraventa (la adquisición de un bien).

4ª) Precisado lo anterior, la Directiva 2004/18/UE y el TRLCSP concretaban los servicios que integraban las prestaciones objeto del contrato mediante la mención de 27 modalidades en el anexo II común a dichos textos (al cual se remitían sus art. 2.1.d y 10, respectivamente), si bien se distinguían dos subgrupos con regímenes distintos (II A y II B referidos a las prestaciones correspondientes a los servicios de las categorías 1 al 16 y 17 al 27, art. 20 y 21 de la Directiva, respectivamente, y anexo II, 1 a 27, art. 13.1 TRLCSP), con la consecuencia de que solo los contratos referidos al primer subgrupo se encontraban sujetos a regulación armonizada (categorías 1 a 16).⁶⁶⁹

⁶⁶⁹ Para concretar las *prestaciones del anexo II que integran el contrato de servicios* es necesario, además de tener en cuenta las propias excepciones que recoge dicho anexo, excluir los contratos privados (at. 19.1.a) y 20.1.2º pfo. del TRLCSP), de lo que resulta la relación de servicios siguiente: 1. Mantenimiento y reparación. 2. Transporte por vía terrestre, excluido el transporte por ferrocarril e incluidos los furgones blindados y mensajería, excepto el transporte

5ª) En la nueva Directiva 2014/24/UE y en el ALCSP desaparece el anexo II y la división en los dos subgrupos de categorías (1 a 16 y 17 a 27), resultando así que estarán sujetos a regulación armonizadas todos los contratos de servicios cuyo valor estimado sea igual o superior a los umbrales comunitarios, fijados en las siguientes cantidades (D 24,4 y ALCSP, 22):

5ª.a) 135.000 euros (cifra que sustituyó a la de 134.000 en aplicación del Reglamento delegado 2015/2170/UE de la Comisión de 24.11.2015), cuando los contratos hayan de ser adjudicados por la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social.

5ª.b) 209.000 euros (cifra que sustituyó a la de 207.000 en aplicación del Reglamento delegado citado en el apartado anterior), cuando los contratos hayan de adjudicarse por entidades del sector público distintas a la Administración General del Estado, sus organismos autónomos o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social.

5ª.c) 750.000 euros, cuando se trate de contratos que tengan por objeto los servicios enumerados en el Anexo IV (Anexo XIV de la Directiva 24).⁶⁷⁰

5ª.d) En el supuesto relativo al cálculo del valor estimado en los contratos que se adjudiquen por lotes separados, cuando el valor acumulado de los lotes en que se

por correo. 3. Transporte aéreo de pasajeros y carga, excepto transporte por correo 4. Transporte de correo por vía terrestre y aérea, excepto transporte por ferrocarril. 5. Telecomunicación. 7. Informática y servicios conexos. 8. Investigación y desarrollo. 9. Contabilidad, auditoría y teneduría de libros. 10. Investigación de estudios y encuestas de opinión pública. 11. Consultoría de dirección y conexos, excepto arbitraje y conciliación. 12. Arquitectura, ingeniería, planificación urbana y arquitectura paisajística. Consultoría en ciencia y tecnología. Ensayos y análisis técnicos. 13. Publicidad. 14. Limpieza de edificios y administración de bienes inmuebles. 15. Edición e imprenta. 16. Alcantarillado y eliminación de desperdicios. Saneamiento y similares. 17. Hostelería y restaurante. 18. Transporte por ferrocarril. 19. Transporte fluvial y marítimo. 20. Transporte complementario y auxiliar. 21. Servicios jurídicos. 22. Colocación y selección de personal. 23. Investigación y seguridad, excepto furgones blindados. 24. Educación y formación profesional. 25. Sociales y de salud. 27. Otros.

Sobre las categorías de los contratos de servicios véase el detallado estudio de LAGO NÚÑEZ, de quien se toma la enumeración anterior (2013:1654-1656).

⁶⁷⁰ La relación de servicios del referido anexo es la siguiente: servicios sociales y de salud y conexos; administrativos sociales, educativos, sanitarios y culturales; de seguridad social de afiliación obligatoria; de prestaciones sociales; otros servicios comunitarios, sociales y personales, incluidos los servicios prestados por sindicatos, organizaciones políticas, asociaciones juveniles y otros servicios prestados por asociaciones; servicios religiosos; servicios de hostelería y restaurante; servicios jurídicos distintos de los referidos en el artículo 19.2.d); otros servicios administrativos y gubernamentales; prestación de servicios para la comunidad; servicios relacionados con las prisiones, de seguridad pública y de salvamento distintos de los referidos en el artículo 19.2.f); de investigación y seguridad; internacionales; de correos y servicios diversos.

divida la contratación de servicios iguale o supere los importes indicados los apartados anteriores, se aplicarán las normas de la regulación armonizada a la adjudicación de cada lote. No obstante, los órganos de contratación podrán exceptuar de estas normas a los lotes cuyo valor estimado sea inferior a 80.000 euros, siempre que el importe acumulado de los lotes exceptuados no sobrepase el 20 por 100 del valor acumulado de la totalidad de los mismos (D 24, 5.8 y 5.9, ALCSP, 22.2 y 101.12).

5.2.2. Regulación

Sobre la regulación en el Anteproyecto del contrato de servicios cabe distinguir dos grupos:

a) La de *carácter específico* que se contiene en los siguientes preceptos: 17, 22 y 306 a 311.

b) La *regulación de carácter general*, que le afecta en tanto que contrato, y de la cual cabe destacar aquellos preceptos que contienen *determinaciones específicas* y, en particular, los siguientes: art. 18 (contratos mixtos, en el supuesto que contenga elementos de un contrato de servicios), 29 (plazo de duración de los contratos y ejecución de la prestación), 44 a 59 (recurso especial de contratación), 99 a 105 (objeto, presupuesto base de licitación, valor estimado, precio del contrato y su revisión) y 186 a 215 (efectos, cumplimiento y extinción de los contratos).

Al examen de las regulaciones específica y general que afecta de manera especial al contrato de servicios se dedicarán las páginas siguientes, bien que sometiendo dicho contrato a un análisis sobre su funcionalidad para la gestión contractual de los servicios públicos locales. Esta perspectiva justifica también que no se estudien con detalle aspectos que no guarden relación con esos servicios públicos locales, como es el caso del *régimen de contratación para actividades docentes* (ALCSP, 308), respecto del cual baste señalar que reproduce los contenidos del TRLCSP (304).⁶⁷¹

⁶⁷¹ Como es sabido se trata de un *régimen especial* para la prestación de actividades docentes en centros del sector público, desarrollada en forma de cursos de formación o perfeccionamiento del personal al servicio de la Administración, o cuando se trate de seminarios, mesas redondas o actividades similares, que se caracterizan por ser realizadas por personas físicas y sin que resulten de aplicación las disposiciones legales sobre preparación y adjudicación del contrato, siguiendo así los antecedentes del TRLCAP/2000 (200), LCAP/1995 (201.4 y .5) y RD 1465/1985, de 17.7, sobre contratación de trabajos específicos y concretos, no habituales (disposición adicional).

Con carácter general, una primera valoración que es oportuno resaltar, y que ya se percibe de lo señalado, es lo exigua que se presenta la regulación específica: frente a los 17 preceptos relativos a la concesión de servicios, completados con la regulación supletoria de la concesión de obras (39 artículos), el contrato de servicios ocupa tan solo 8 preceptos del Anteproyecto. No parece una densidad normativa muy apropiada para un contrato llamado a ser utilizado masivamente por las Administraciones públicas.

5.3. Ámbito, objeto y duración del contrato de servicios

5.3.1. Introducción

Como manifestación de la idea que se acaba de apuntar, no contiene el Anteproyecto regulación específica sobre el ámbito del contrato de servicios, cuestión de relevancia incuestionable que hay que resolver a partir del contraste con la de la concesión de servicios. Asimismo, para su completa comprensión es preciso vincularlo con las determinaciones generales del Anteproyecto relativas a:

- el *objeto* (99 en relación con el 18, ALCSP),
- y la *duración* (29, ALCSP).

5.3.2. Ámbito: servicios no públicos y servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos

Tal como ya expuso, el Anteproyecto prevé que la concesión de servicios puede aplicarse tanto a servicios públicos como a servicios que no tiene este carácter (ALCSP, EM y art. 282).⁶⁷² En ambos casos, tratándose de una concesión, deberá

⁶⁷² Los términos de la definición son los siguientes:

- EM (IV, 5º pfo.):

«En el ámbito de las concesiones, desaparece la figura del contrato de gestión de servicio público y, con ello, la regulación de los diferentes modos de gestión indirecta de los servicios públicos que se hacía en el artículo 277 del anterior texto refundido. Surge en su lugar, y en virtud de la nueva Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión, la nueva figura de la concesión de servicios, que se añade dentro de la categoría de las concesiones a la ya existente figura de la concesión de obras, y que podrá tener por objeto servicios que no sean públicos siempre y cuando los mismos sean de la titularidad o competencia de la Administración» (EM, IV, pfo 5º).

concurrir el criterio de la transferencia al contratista del *riesgo operacional* (Directiva 2014/23/UE, 5.1 y ALCSP, 15).

Recordados estos antecedentes que ya han sido objeto de análisis detallado (epígrafe 4.2 y 4.3), su argumentación *a contrario* conduce a la conclusión de que, de acuerdo con el ALCSP, también el *contrato de servicios* puede tener por objeto *servicios públicos* y *servicios no públicos*, bien entendido que en ambos casos *no se transfiere el riesgo operacional al contratista*.

Sobre la posibilidad de que tal contrato incluya los dos tipos de servicios, el Anteproyecto utiliza la denominación genérica de servicios al definirlo en los términos vistos (art. 17), pero añade un dato más: la utilización de la expresión *contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos*, que menciona referida, *en particular, a los sanitarios y sociales* (ALCSP, 310.1). Es esta una expresión novedosa, incorporada en el Anteproyecto sin ninguna otra precisión más, pero respecto de la cual entiendo que hay que tomar como integrada en *la actividad identificada*, tanto en el derecho positivo como por la doctrina y la jurisprudencia, como *de servicio público*.⁶⁷³

Con relación a este ámbito propio de los servicios públicos hay que hacer mención a las previsiones de la Directiva 2014/24/UE, sobre *adjudicación de contratos de*

- «Artículo 282. Ámbito del contrato de concesión de servicios.

1. La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato de concesión de servicios, los servicios de su titularidad o competencia siempre que sean susceptibles de explotación económica por particulares. En ningún caso podrán prestarse mediante concesión de servicios los que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

2. Antes de proceder a la contratación de una concesión de servicios, en los casos en que se trate de servicios públicos, deberá haberse establecido su régimen jurídico, que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio.

3. El contrato expresará con claridad, en todo caso, el ámbito de la concesión, tanto en el orden funcional, como en el territorial».

Recáigase en la diferente configuración de la disyuntiva titularidad o competencia de la Administración: en la EM, referida sólo a los servicios que no sean públicos; y en el art. 282.1, a los servicios, sin calificativo.

⁶⁷³ Esto es, la que he definido, para el ámbito que se analiza como «actividad *desarrollada* por una entidad pública local, por sí o mediante un gestor contratado, para satisfacer las necesidades de los usuarios, conjunto de personas destinatarias de la misma, *caracterizada*, objetivamente, por venir constituida por prestaciones técnicas, que reportan utilidades a los usuarios que las reciben, *configurada* bajo criterios de generalidad e igualdad y en unas condiciones de continuidad y regularidad, y *declarada* por la legislación como servicio público local o *asumida* como tal por la entidad en el ámbito de sus competencias y de conformidad con el procedimiento administrativo establecido» (MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, 2007: 25 y 66).

servicios sociales y otros servicios específicos y publicación de los anuncios (art. 74 y anexo XIV, y 75), que tienen su correlato en el ALCSP (anexo III, A, Sección 7).

En conclusión, pues, de acuerdo con el ALCSP, el contrato de servicios podrá integrar prestaciones que contengan como destinataria la Administración (las naturales de dicho contrato, como la limpieza o la vigilancia de sus oficinas, por ejemplo), o los ciudadanos usuarios de los servicios públicos de los que aquella sea titular, pero siempre sobre la base de que no se asuma el riesgo operacional por el contratista. Siendo esta la regla general en los servicios no públicos, también concurre en una parte de los que sí tienen este carácter público.

Efectivamente, lo cierto es que el criterio de la transferencia del riesgo se vincula directamente con el contenido económico del servicio y a su posibilidad de explotación. Y, como ya se señaló en relación con la concesión, es sabido que un volumen significativo de servicios públicos locales tienen unas posibilidades de explotación económica limitadas.

Financieramente se les conoce como servicios gratuitos o subvencionados, y el hecho de que los usuarios no satisfagan tarifas por recibir su prestación, o lo hagan en un porcentaje bajo, puede obedecer tanto a una previsión legal, como a una decisión de la Corporación local, y dando cumplimiento siempre a los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Desde el punto de vista material, tienen carácter total o parcialmente gratuito una parte mayoritaria de los servicios educativos, sanitarios y asistenciales. Además de estos servicios gratuitos o subvencionados, en el amplio mosaico local podemos encontrar otros servicios que, aun teniendo unas posibilidades de explotación económica significativas, la realidad de su ecuación económica no permite articularla en términos de transferencia del riesgo operacional.

Se plantearía así al operador jurídico una doble decisión a adoptar, en relación con el servicio público cuya gestión se quiere contratar. En primer término, discernir si concurre efectivamente transferencia del riesgo operacional, en cuyo caso, si se produce, deberá optar por la concesión de servicios. En segundo, de no transferirse

dicho riesgo, en aplicación del planteamiento del Anteproyecto, habrá que acudir al contrato de servicios.⁶⁷⁴

Debe adelantarse que, como he venido sosteniendo, la utilización del contrato de servicios en la gestión de servicios públicos locales, en la configuración del ALCSP, evidencia disfunciones y limitaciones. Y ello tanto por la insuficiencia de las innovaciones que incorpora, como por las determinaciones que, siendo propias de la gestión de servicios públicos (y de ahí su previsión en el actual TRLCSP respecto del CGSP, o en el Anteproyecto para con la concesión), no se contemplan en el contrato de servicios. A desarrollar esta tesis se dedican las páginas siguientes, cuyas consideraciones fueron ya avanzadas y han sido acogidas y reproducidas por el Consejo de Estado.⁶⁷⁵

⁶⁷⁴ Manifestación ya expuesta de este segundo supuesto y de la falta de ajuste en la gestión de servicios sanitarios de la figura de la concesión, y del riesgo operacional que la misma requiere, lo constituyen los Acuerdos del TARCAragón núm. 37/2015, de 27.3, 57/2014, de 1.10, y 37/2014, de 30.6. Tal como recoge el primero de los acuerdos citados, sobre *servicio integral de atención a los pacientes de salud mental*, «un servicio sanitario como el analizado, difícilmente encaja con modalidades de tipo concesional y transferencia de riesgos, en tanto puede desvirtuarse una prestación esencial y obligatoria contenida en la cartera de servicios del Departamento. Criterio avalado por los Acuerdos 37/2014 y 57/2014, de este Tribunal, relativos, respectivamente, a la Gestión de un centro de día de salud mental para personas con enfermedad mental en la Comunidad Autónoma de Aragón, y a la gestión de un Centro de Inserción Laboral en Zaragoza para personas con enfermedad mental, en los que se rechaza la interpretación de que exista riesgo—con fundamentación que puede extrapolarse a la licitación impugnada, con ligeros matices—, por lo siguiente: «En primer lugar, porque un servicio como el analizado, difícilmente encaja con modalidades de tipo concesional y transferencia de riesgos, en tanto puede desvirtuarse una prestación esencial y obligatoria contenida en la cartera de servicios del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia, máxime cuando ni siquiera hay inversiones iniciales que justifiquen el modelo para una adecuada financiación. Además, y en el caso concreto, no existe transferencia de riesgos, pues ésta exige capacidad de adoptar decisiones de carácter empresarial para captar usuarios, y tal opción viene negada por los propios pliegos, ya que es la Administración sanitaria la que decide cuando se envía a un paciente al centro. Asimismo, como se reconoce en el informe al recurso, en el supuesto de no alcanzarse un mínimo de pacientes (en una escala del 25 por ciento) se garantiza el reequilibrio financiero del contrato, lo que, por sí, implica la laminación del pretendido riesgo operacional. No hay, en consecuencia, transferencia del riesgo operacional al contratista, sino pago de una cantidad fija mensual por la prestación de unos servicios a unos usuarios que el propio Departamento determina» (ATARCAragón 37/2015, FDº 6º).»

⁶⁷⁵ Esas consideraciones las formulé en las alegaciones que presenté al ALCSP en mayo de 2015 (p. 18 a 24 y 34) y en el artículo publicado en la RGDA de octubre de 2015 (p. 20 a 26, 38 y 39); el Consejo de Estado las acoge y reproduce en su Dictamen núm 1116/2015, de 10.3.2016 (p. 77 a 80, 248, 249 y 289).

5.3.3. Objeto contractual

5.3.3.1. Introducción

Analizado el ámbito del contrato de servicios, es preciso completarlo con el tratamiento de dos temas conexos, que ya han sido objeto de estudio en relación con la concesión de servicios (epígrafe 4.3.3.2.), pero que ahora hay que examinar en relación con este contrato de servicios; tales temas vinculados son los siguientes:

- las exigencias sobre la determinación del objeto y la posibilidad de su división en lotes (ALCSP, 99),
- y las prescripciones sobre los contratos mixtos (ALCSP, 18 y 34.2).

5.3.3.2. Determinación del objeto y posibilidad de lotes.

El art. 99 del Anteproyecto regula los requisitos exigibles respecto del *objeto del contrato*, en relación con el cual y contextualizándolo para el contrato de servicios cabe formular las siguientes consideraciones:

1ª) Se exige que «*el objeto de los contratos deberá ser determinado*» (ALCSP), 99.1, antecedente TRLCSP, 86.1), lo que en relación con el contrato que se analiza ya no requiere, a diferencia de lo que sucedía con la concesión, la concreción a un servicio público en su configuración integral, y que tiene su plasmación en el tratamiento diferenciado de las concesiones de obras y de servicios tal como ya se ha puesto de manifiesto (epígrafe 4.3.3.2.).

Centrándonos en la regulación del contrato de servicios, lo cierto es que su objeto podrá conllevar prestaciones directas a la ciudadanía, pero al no vincularse con el riesgo operacional y una explotación económica que lo incorpore, los niveles de gestión admiten diversas posibilidades: desde el tendencialmente integral al de colaboración con los medios propios de la entidad en la prestación de los servicios. En cualquier caso, debe observarse la prohibición general de que «*no podrá fraccionar un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan*» (ALCSP, 99.2, antecedente TRLCSP, 86.2).

2ª) Sentado lo anterior y como ya se anticipó, hay que precisar que una de las principales novedades de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, ha sido la nueva regulación de la división en lotes de los contratos (art. 46), como medida destinada a facilitar el acceso de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) a los contratos públicos (CDO 78, 1ª pfo.). De la Directiva ha pasado al Anteproyecto, que destaca, igualmente, la división en lotes como medida específica de apoyo a las PYME (EM, V, pfo. 12), y en cuya configuración (art. 99.3 a .7) se invierte la regla general que se utiliza en el TRLCSP (86.3), de manera que, solo si no se divide, hay que justificarlo, se regula la oferta integradora y se puede limitar el número de lotes, como ha destacado la doctrina,⁶⁷⁶ y es recogido igualmente por el Consejo de Estado en su Dictamen núm. 1116/2015, de 10.3.2016.⁶⁷⁷

Las previsiones generales sobre la división en lotes se contienen en el art. 99.3 del ALCSP:

«Cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes.

Cuando el órgano de contratación decida no dividir en lotes el objeto del contrato, deberá justificarlo debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras o de concesión de servicios.

En todo caso se entenderá que son motivos válidos, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, entre otros que el órgano de contratación estime oportunos, los siguientes:

a) El hecho de que, a juicio del órgano de contratación, la división en lotes del objeto del contrato conllevara el riesgo de restringir la competencia.

b) El hecho de que, a juicio del órgano de contratación, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultaran la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión

⁶⁷⁶ Así, GIMENO FELIU (3025d: 50) y MORENO MOLINA (2015). Véase también la *Nota Informativa 2/2014 de la Secretaría Técnica de la JCCA GENCat* sobre la aplicación del art. 46 de la Directiva 2014/24/U, en:

http://economia.gencat.cat/web/.content/70_contractacio_jcca/documents/informes_i_altra_documentacio/NOTA-Informativa-2-2014- Art.-46-Dir-2014-24-UE .pdf

Concretamente, el Anteproyecto, al citar las medidas de apoyo a las PYMES, precisa que «se ha introducido una nueva regulación de la división en lotes de los contratos (invirtiéndose la regla general que se utilizaba hasta ahora, debiendo justificarse ahora en el expediente la no división del contrato en lotes, lo que facilitará el acceso a la contratación pública a un mayor número de empresas)» (EM, V, pfo. 12).

⁶⁷⁷ El Alto órgano consultivo destaca que «la regla pasa a ser ahora, cuando el objeto del contrato admita ser fraccionado, su división en lotes. Es un cambio relevante respecto de la regulación vigente y obedece a la convicción expresada por los considerandos 77 y 78 de la Directiva 2014/24/UE» (Dictamen, p. 132).

que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes.»⁶⁷⁸

En el ALCSP se establece, pues, el nuevo criterio general de división en lotes con la consecuencia de tener que justificar la no observancia del mismo, para lo cual se ofrecen sendos criterios: el primero, de difícil apreciación, pues justamente la división favorece, por definición, el reparto y, consecuentemente, la competencia; el segundo grupo (letra b) integra los que más se corresponden con la necesidad de explotación integral del servicio público, la cual no es tal en el contrato de servicios, a diferencia de lo que sucede con las concesiones de servicios. Desde la perspectiva del servicio público, con todo, opino que deben aquilatarse los criterios sobre naturaleza del objeto y necesidad de coordinación con la vista puesta en las prestaciones y en sus destinatarios, los usuarios del mismo, y lograr así el equilibrio entre el mandato sobre la división en lotes y la calidad del servicio a prestar.

3ª) Por lo demás, el criterio general será compatible en aquellos supuestos en que la contratación de la gestión de un servicio público mantenga su prestación integral, conciliándola con una división en lotes en función, por ejemplo, de diferentes zonas territoriales dentro del término municipal en relación con los servicios de limpieza viaria y recogida de residuos.

4ª) Tal como ya se apuntó en relación con la concesión de servicios, lo que no se ha recogido en la regulación del Anteproyecto es la exigencia para la división en lotes de que constituyan una unidad funcional, que sí contiene el TRLCSP (86.3.1r pfo). Pese a su omisión, me inclino por entenderla vigente, toda vez que esa exigencia es consustancial a los requisitos sobre que el objeto del contrato admita fraccionamiento y la realización independiente de cada una de sus partes, cuyo cumplimiento sí se requiere en el inicio del precepto del ALCSP que se ha transcrito.

El Consejo de Estado, sin embargo, en su Dictamen núm. 1116/2015, de 10.3.2016, va más allá y demanda la adopción de medidas, en previsión de posibles excesos. Así, el Alto órgano consultivo manifiesta lo siguiente: «este Consejo de Estado no puede

⁶⁷⁸ Sobre la forma de justificación contenida en la regulación transcrita, la *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* (CNMC) se muestra crítica en su Informe respecto del Anteproyecto (IPN/CNMC/010/15, de 16.7). Así, concluye que «la decisión de división (o no) en lotes y su diseño exige un análisis riguroso del mercado bajo la óptica de la salvaguarda de la competencia efectiva», y añade «que el ejercicio de discrecionalidad que supone dividir o no en lotes ha de justificarse de manera precisa, siendo insuficiente la mera referencia a uno de los argumentos formales señalados por el APL» (Informe, p 35).

dejar de poner de manifiesto que la división o fraccionamiento del contrato puede constituirse en la práctica en un modo de soslayar las exigencias de publicidad y concurrencia que impone la normativa, europea y española, sobre contratación pública.

En este sentido, sin desconocer el nuevo giro en la materia que adoptan las Directivas europeas en cuanto a la división en lotes y en el marco de lo que estas permiten, se deben introducir las necesarias cautelas para evitar una utilización abusiva de la división del contrato o que permitan a la Administración realizar un posterior control sobre su correcto empleo y la salvaguarda de los principios de contratación.

Entre otras posibles cautelas, considera este Consejo que debe al menos mantenerse, por no ser contraria a las determinaciones del Derecho europeo en la materia, la regla contenida en el artículo 86.3, inciso final, del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público: "Cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, *siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto*".

Y es que no puede dejar de señalar este Consejo de Estado que la experiencia en el ámbito de la contratación pública -especialmente en el ámbito municipal- arroja una experiencia negativa en relación con el uso fraudulento de la posibilidad de fragmentar el objeto de los contratos y a ello responde el artículo 99.2 del anteproyecto. Para solventar eventuales dudas en lo tocante a la interpretación de este precepto, convendría aclarar si la expresión del artículo 99.3 "cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento" excluye el supuesto contemplado en el artículo 99.2 -que el fraccionamiento se haga para eludir los controles y garantías legales-. En tal sentido, se sugiere añadir al apartado 3 el inciso "a estos efectos se entenderá que no admite el fraccionamiento en el caso del número anterior... "» (Dictamen, p 133 y 134, los entrecomillados y la cursiva son suyos).

Y, ciertamente, que para evitar la tentación de los excesos lo más conveniente sea incorporar las cautelas y sugerencias que formula el Consejo.

5ª) Fijados, pues, los criterios generales relativos a la división en lotes hay que completarlos con el recordatorio sobre las previsiones novedosas que introduce el Anteproyecto en relación con:

5ª.a) Las limitaciones previstas en el art. 99.4 del ALCSP (antecedente D 2014/24/UE, art. 46.2 y CDO 79.1^r pfo), justificándolas en el expediente.⁶⁷⁹

5ª.b) La relativa a la posibilidad de una *oferta integradora* en los términos fijados en el art. 99.5 del ALCSP (antecedentes D 2014/24/UE art. 46.3 y CDO 79.2^o pfo.).⁶⁸⁰

⁶⁷⁹ Tales previsiones son las siguientes: «Cuando el órgano de contratación proceda a la división en lotes del objeto del contrato, éste podrá introducir las siguientes limitaciones, justificándolas debidamente en el expediente:

a) Podrá limitar el número de lotes para los que un mismo candidato o licitador puede presentar oferta.

b) También podrá limitar el número de lotes que pueden adjudicarse a cada licitador.

Cuando el órgano de contratación considere oportuno introducir alguna de las dos limitaciones a que se refieren las letras a) y b) anteriores, así deberá indicarlo expresamente en el anuncio de licitación y en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Cuando se introduzca la limitación a que se refiere el apartado b) anterior, además deberán incluirse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares los criterios o normas que se aplicarán cuando, como consecuencia de la aplicación de los criterios de adjudicación, un licitador pueda resultar adjudicatario de un número de lotes que exceda el máximo indicado en el anuncio y en el pliego. Estos criterios o normas en todo caso deberán ser objetivos y no discriminatorios».

En tanto que restricciones a la competencia, sobre las limitaciones relativas a la presentación de ofertas y a la posibilidad de resultar adjudicatario, la CNMC formula varias advertencias en su Informe ya citado (IPN/010/15, de 16.7): «En ambos casos suponen restricciones a la libertad de establecimiento y prestación de servicios en el mercado interior. En este sentido y dado que debe primar el principio general de libertad de empresa, cualquier excepción al mismo debiera justificarse sobre la base de razones objetivas de interés público o fallos de mercado acreditados. Esta forma de actuar puede además facilitar comportamientos colusorios entre operadores y la adopción de decisiones de comportamiento estratégico» (Informe, p 35).

⁶⁸⁰ Tal posibilidad se articula en los términos siguientes: «Cuando el órgano de contratación hubiera decidido proceder a la división en lotes del objeto del contrato y, además, permitir que pueda adjudicarse más de un lote al mismo licitador, aquél podrá adjudicar a una oferta integradora, siempre y cuando se cumplan todos y cada uno de los requisitos siguientes:

a) Que esta posibilidad se hubiere establecido en el pliego que rija el contrato y se recoja en el anuncio de licitación. Dicha previsión deberá concretar la combinación o combinaciones que se admitirá, en su caso, así como la solvencia y capacidad exigida en cada una de ellas.

b) Que se trate de supuestos en que existan varios criterios de adjudicación.

c) Que previamente se lleve a cabo una evaluación comparativa para determinar si las ofertas presentadas por un licitador concreto para una combinación particular de lotes cumpliría mejor, en conjunto, los criterios de adjudicación establecidos en el pliego con respecto a dichos lotes, que las ofertas presentadas para los lotes separados de que se trate, considerados aisladamente.

d) Que los empresarios acrediten la solvencia económica, financiera y técnica correspondiente, o, en su caso, la clasificación, al conjunto de lotes por los que licite.»

La oferta integradora es analizada en el JCCA Aragón 11/2013, de 22.5, y entre los estudiados se encuentra el servicio público de transporte sanitario terrestre no urgente de pacientes; en la Directiva 24 se identifica como *evaluación comparativa de las ofertas* (CDO 79.2^o pfo.)

Frente a la admisión de las ofertas integradoras, la CNMC expresa sus prevenciones aunque admite su funcionalidad: «esta solución favorece a los grandes operadores frente a los

5ª.c) Las diferentes posibilidades sobre la formalización de contratos contenidas en el art. 99.7 del ALCSP.⁶⁸¹

5.3.3.3. Prescripciones sobre los contratos mixtos.

En relación con el *objeto del contrato de servicios* se plantea la posibilidad de que se integre en un *contrato mixto*, esto es, que *contenga prestaciones correspondiente a otro u otros contratos de distinta clase* (ALCSP, 18.1, antecedente TRLCSP, 12). Respecto de la integración de prestaciones del contrato de servicios en contratos mixtos cabe fijar los criterios siguientes:

1º) Según el Anteproyecto, «*sólo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio de la entidad contratante*» (ALCSP, 34.2, al cual se remite el 18.1.2º pfo., antecedente TRLCSP 25.2).

2º) El *régimen jurídico de la preparación y adjudicación* de los *contratos mixtos*, cuando contenga prestaciones de *servicios*, por una parte, y *contratos de concesiones de obras o concesiones de servicios*, de otra, se determinará de acuerdo con las siguientes reglas (ALCSP, 18.1.b. y .3):

2º.a) Si las distintas prestaciones no son separables se atenderá al carácter de la prestación principal.

pequeños y facilita estrategias de subsidios cruzados, pudiendo tener efectos dinámicos de cierre del mercado en licitaciones sucesivas. Sin embargo, también puede aportar soluciones eficientes en circunstancias concretas. Por ello, se recomienda un análisis cuidadoso comparativo de las ganancias en eficiencia frente a los perjuicios en competencia que conllevaría» (IPN/010,15, p 35).

⁶⁸¹ Las posibilidades previstas en el precepto señalado son las siguientes: «*En los contratos adjudicados por lotes, y salvo que se establezca otra previsión en el pliego que rija el contrato, cada lote constituirá un contrato, salvo en casos en que se presenten ofertas integradoras, en los que todas las ofertas constituirán un contrato.*»

2º.b) Si las distintas prestaciones son separables y se decide adjudicar un contrato único, se aplicarán las normas relativas a los contratos de servicios cuando el valor estimado de las prestaciones correspondientes a estos contratos supere las cuantías establecidas en el art. 22 (135.000 o 209.000, cifras que sustituyeron las de 134.000 y 207.000, respectivamente, en aplicación del Reglamento delegado 2015/2170/UE de la Comisión de 24.11.2015, según adjudique la AGE o sus entes, o no, o 750.000, si se trata de servicios sociales y el resto de los del anexo IV) de la presente Ley.⁶⁸² En otro caso, se aplicarán las normas relativas a los contratos de concesión de obras y concesión de servicios.

2º.c) En los casos en que un elemento del contrato mixto sea una obra y ésta supere los 50.000 euros, deberá elaborarse un proyecto y tramitarse de conformidad con los artículos 229 y siguientes de la presente Ley.

2º.d) En el supuesto de que el contrato mixto contenga elementos de una concesión de obras o de una concesión de servicios, deberá acompañarse del correspondiente estudio de viabilidad y, en su caso, del anteproyecto de construcción y explotación de las obras previstos en los artículos 245, 246 y 283 de la presente Ley.

3º) Para la determinación del *régimen jurídico de la preparación y adjudicación* de los *contratos mixtos* cuando comprenda prestaciones propias de dos o más contratos de obras o suministros y de servicios se atenderá al carácter de la prestación principal.

En el caso de los contratos mixtos que comprendan en parte servicios especiales del Anexo IV (sociales y otros servicios específicos), y en parte otros servicios, o en el caso de los contratos mixtos compuestos en parte por servicios y en parte por suministros, el objeto principal se determinará en función de cuál sea el mayor de los valores estimados de los respectivos servicios o suministros (ALCSP, 18.1.4º pfo. a).

4º) Por lo que se refiere al *régimen jurídico de la adjudicación*, cuando el contrato mixto contemple *prestaciones del contrato de servicios y otros contratos distintos de los regulados en esta ley*, las reglas a aplicar serán las siguientes (ALCSP, 18.2):

⁶⁸² Las expresiones *la presente Ley* o *esta Ley* deben entenderse referidas al Anteproyecto, y se reproducen para respetar la literalidad de los preceptos citados del ALCSP.

4^a.a) Si las distintas prestaciones no son separables se atenderá al carácter de la prestación principal.

4^a.b) Si las prestaciones son separables y se decide celebrar un único contrato, se aplicará lo dispuesto en esta Ley.⁶⁸³

5º) Por su parte, el *régimen jurídico de los efectos, cumplimiento y extinción del contrato mixto* se determinará en el PCAP, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en el mismo (ALCSP, 18.1.3^r pfo., *in fine* y 122.2.1^r pfo. *in fine*; antecedente TRLCSP, 115.2. *in fine*).

6º) Finalmente, aunque el concepto de contrato mixto, como se acaba de ver, venga referido a las prestaciones correspondientes a diferentes tipos de contratos (así, contrato de servicios y contrato de suministros o de obras, por ejemplo), no es de extrañar que el pronunciamiento sobre la procedencia del objeto en un caso concreto se traslade a las prestaciones técnicas del mismo (por ejemplo, sobre la posibilidad de que un mismo contrato incluya prestaciones de dos servicios públicos diferenciados), con la consecuencia práctica de que son utilizados para fundamentar la resolución del supuesto los mismos criterios referidos a los *contratos mixtos* (vinculación directa y relaciones de complementariedad de las prestaciones, así como consideración y tratamiento como unidad funcional, ex TRLCSP, 25.2).⁶⁸⁴

Otra posibilidad a considerar viene dada por la conjunción de prestaciones propias de servicios públicos, bien que, de acuerdo con la configuración contractual, no comporten la transferencia de riesgo operacional unas (así, las de limpieza viaria), y sí otras (las de recogida, tratamiento y valorización de residuos, por ejemplo), lo cual daría lugar a un contrato mixto de servicios y de concesión de servicios, eventualidad que puede producirse con bastante frecuencia.

7º) Para acabar, debe señalarse que ninguna objeción formula el Consejo de Estado a las determinaciones recogidas en el ALCSP, limitándose a destacar como una de las

⁶⁸³ Como antecedentes de este apartado y del anterior hay que consignar las Directivas 2014/23/UE, de concesiones (art. 20 y 21) y 2014/24/UE, de contratación pública (art. 3 y 16).

⁶⁸⁴ Puede consultarse a este respecto la Resolución del TACRC núm. 149/2014, de 21.2, sobre la concesión de recogida de residuos y limpieza varia (FD 9º), que la admite así como el Informe de la JSCA GENVAL núm. 4/2013, de 29.7, también sobre los mismos servicios públicos, al que añade las prestaciones del mantenimiento de jardines y del servicio (no público) de limpieza de instalaciones municipales, y su contratación por lotes.

«principales novedades en la delimitación de los diferentes tipos de contratos» las introducidas en la «regulación del contrato mixto», así como que «se establece el criterio general de que se regirá por las normas correspondientes al contrato que contenga la prestación principal» (Dictamen núm. 1, p. 26 y 27, respectivamente).

5.3.4. Duración

El Anteproyecto incluye entre sus primeros preceptos la regulación del *plazo de duración de los contratos y de ejecución de la prestación* (art. 29), analizada ya en relación con la concesión de servicios (epígrafe 4.3.4.). Acotándola a las determinaciones aplicables al contrato de servicios, esa regulación presenta las siguientes características:

1ª) Con el antecedente del TRLCSP (23.1), y sin perjuicio de las normas especiales aplicables a determinados contratos, el Anteproyecto prescribe que *la duración de los contratos del sector público* deberá establecerse teniendo en cuenta *tres factores* (art. 29.1):

- *la naturaleza de las prestaciones,*
- *las características de su financiación,*
- *y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas.*

No es fácil la conciliación entre los factores citados. Así, el tercero obedece al mandato característico del *Derecho comunitario* de *promover la competencia* a partir de la concurrencia a las licitaciones de contratos públicos, y tiende a limitar la duración de los contratos. En el sentido inverso, y al comentar la duración en la concesión de servicios, se señalaba que los otros dos factores se hallan directamente relacionados, pues la *naturaleza de las prestaciones* se vincula con la *financiación* de las mismas en el aspecto esencial de las *inversiones necesarias*, tal como el propio precepto y la Directiva de concesiones prescriben y se ha analizado. En lograr el *equilibrio* entre tales factores radica un elemento esencial del contrato de concesión de servicios. En

el caso del contrato de servicios, aunque con una intensidad menor, también es necesario lograr ese equilibrio.⁶⁸⁵

2ª) El Anteproyecto aborda el tema de la *prórroga*, respecto de la cual se fijan los criterios siguientes:

2ª.a) El contrato podrá prever *una o varias prórrogas siempre que sus características permanezcan inalterables durante el período de duración de éstas* (ALCSP, 29.2, 1º inciso que reproduce el texto del TRLCSP 23.2, 1º inciso).

2ª.b) No obstante, se añade el inciso *sin perjuicio de las modificaciones que se puedan introducir de conformidad con lo establecido en los artículos 201 a 205 de la presente Ley* (ALCSP, 29.2, 2º inciso, que no se contiene en el TRLCSP). La reserva hay que entenderla referida a la mención de la *inalterabilidad de las características*, que obviamente se ve afectada en los supuesto de modificación, bien que con las limitaciones que se han analizado con ocasión del estudio de los referidos preceptos (epígrafe 4.9.5).

2ª.c) Sobre el grado de vinculación, el Anteproyecto dispone que *la prórroga se acordará por el órgano de contratación y será obligatoria para el empresario* (debiera haber dicho contratista), *siempre que su preaviso se produzca al menos con dos meses de antelación a la finalización del plazo de duración del contrato, salvo que en el pliego que rija el contrato se establezca uno mayor* (ALCSP, 29.2.2º pfo., 1º inciso).

⁶⁸⁵ En su Informe sobre el Anteproyecto, la *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* (CNMC) analiza la duración de los contratos, y de su valoración cabe destacar los aspectos siguientes (IPN/010/2015, de 16.7):

- a) De un lado, la fijación de las diversas consecuencias de los factores indicados: «El establecimiento de plazos excesivamente largos, aunque se encuentren dentro de los límites legales, erige barreras de entrada para nuevos operadores que ven imposibilitado su acceso al mercado durante todo el período de vigencia del contrato pero, por otra parte, los intervalos de tiempo demasiado reducidos pueden dificultar la amortización de las inversiones necesarias para realizar la prestación objeto del contrato, lo que puede disuadir de la presentación de ofertas y conferir así ventajas a los operadores ya instalados que no necesiten llevar a cabo dichas inversiones, y elevar los costes de gestión para los órganos de contratación» (p. 40).
- b) De otro, que para reducir ambos tipos de riesgos, se recomiendan las medidas relativas a la *necesidad de justificación* y a la *no obligatoriedad de agotar los plazos máximos de duración establecidos*, así como a las *prórrogas*, respecto de las cuales formula una prevención general: «incluso cuando se encuentren justificadas y su posibilidad esté establecida en los pliegos, solo debe recurrirse a ellas como mecanismo verdaderamente excepcional, para evitar el riesgo de que otorgamientos sucesivos de prórrogas al contratista lleven a un cierre del mercado por largos y potencialmente indefinidos períodos de tiempo» (p. 40).

Y, realmente, la exigencia de un mínimo de dos meses de preaviso (del que quedan exceptuados los contratos de duración inferior, ex ALCSP, 29.2.3^r pfo.) cabe considerarla como una garantía ponderada.

Se aprecia en este grado de vinculación una de las principales modificaciones en relación con el contrato de servicios, toda vez que su antecedente del TRLCSP (303.1) establece lo siguiente:

«Los contratos de servicios no podrán tener un plazo de vigencia superior a cuatro años con las condiciones y límites establecidos en las respectivas normas presupuestarias de las Administraciones Públicas, *si bien podrá preverse en el mismo contrato su prórroga por mutuo acuerdo de las partes antes de la finalización de aquél*, siempre que la duración total del contrato, incluidas las prórrogas, no exceda de seis años, y que las prórrogas no superen, aislada o conjuntamente, el plazo fijado originariamente. La celebración de contratos de servicios de duración superior a la señalada podrá ser autorizada excepcionalmente por el Consejo de Ministros o por el órgano autonómico competente de forma singular, para contratos determinados, o de forma genérica, para ciertas categorías.»

Dejando para después el tema de la duración del contrato, lo cierto es que en esta regulación del Texto refundido la prórroga requiere la conformidad del contratista, sin que pueda imponerse la misma, toda vez que el precepto transcrito supone una excepción a la previsión general del art. 23.2 del TRLCSP que dispone:

«*El contrato podrá prever una o varias prórrogas siempre que sus características permanezcan inalterables durante el período de duración de éstas y que la concurrencia para su adjudicación haya sido realizada teniendo en cuenta la duración máxima del contrato, incluidos los períodos de prórroga.*
La prórroga se acordará por el órgano de contratación y será obligatoria para el empresario, salvo que el contrato expresamente prevea lo contrario, sin que pueda producirse por el consentimiento tácito de las partes».

En tal sentido, la regulación que incorpora el ALCSP resulta más adecuada si el objeto del contrato lo constituye un servicio público, pues la efectividad de la prórroga no queda subordinada a la aquiescencia del contratista.⁶⁸⁶

⁶⁸⁶ Cuestión distinta es la valoración que deba hacerse respecto de los servicios no públicos y el hecho de que se haya mantenido hasta el TRLCSP ese régimen paritario sobre la aplicación de la prórroga, que con el Anteproyecto se altera en favor de la Administración.

Sobre la alteración de ese régimen paritario, en su Informe sobre el ALCSP, la CNMC duda sobre su procedencia con un razonamiento que viene a coincidir con la observación que acabamos de efectuar: «de acuerdo con el art. 29.2 in fine del APL, la prórroga, será acordada por el órgano de contratación y será obligatoria para el empresario, siempre que se produzca con al menos dos meses de antelación a la finalización del contrato. En este sentido, se cuestiona el porqué de esta obligatoriedad para el adjudicatario más allá de casos tasados de

2ª.d) En congruencia con su previsión y el necesario acuerdo por el órgano de contratación, el Anteproyecto dispone que *en ningún caso podrá producirse la prórroga por el consentimiento tácito de las partes* (art. 29.2.4º pfo.), reiterando los mismos términos que recoge el TRLCSP (23.2.2º pfo., *in fine*).

2ª.e) La regulación se completa con la determinación de que *«la prórroga del contrato establecida en este apartado no será obligatoria para el contratista en los casos en que en el contrato se dé la causa de resolución establecida en el artículo 196.6 por haberse demorado la Administración en el abono del precio más de seis meses»* (ALCSP, 29.2.4º pfo.).

Se trata de una previsión del todo lógica por cuanto resultaría contradictorio el carácter obligatorio de la prórroga con el ejercicio por el contratista de su derecho a la resolución del contrato (*ex* ALCSP, 196.6 y 209.1.e).

2ª.f) Señalado todo lo anterior hay que precisar que, en rigor, y como ya se apuntó en relación con la concesión de servicios, la *posibilidad de prórroga debe consignarse en el PCAP*, aunque esta es una exigencia que no consta con carácter general ni en el ALCSP, ni en el TRLCSP, que la refiere al contrato, como acabamos de ver. Y que debe preverse es una cuestión que se da por obvia (así, por ejemplo, al vincularla con el valor estimado del contrato *ex* ALCSP, 101.2.a) y TRLCSP, 88.1), aunque en el plano positivo solo se recoja, hoy por hoy, en el RGLCAP/2001, al incluir entre los datos que deben contener el PCAP *«el plazo de ejecución o de duración del contrato, con determinación, en su caso, de las prórrogas de duración que serán acordadas de forma expresa»* (art. 67.2.e).⁶⁸⁷

estricta necesidad de continuidad de prestación en el servicio, mermando de esta forma su libertad de actuación» (IPN/010/15, de 16.7, p 41). En párrafo anterior, se alude a la necesidad de evitar la prórroga «a menos que exista una razón de imperiosa necesidad, como por ejemplo un riesgo inminente de cesación del servicio», y todo ello en relación con, precisamente, los «contratos de gestión de servicios públicos» (*idem*, p 41).

⁶⁸⁷ Y lo cierto es que el TRLCAP/2000 establecía que se incorporara en el PCAP la *«previsión del plazo de duración del contrato y, cuando estuviera prevista, de su posible prórroga y alcance de la misma, que en todo caso, habrá de ser expresa»*, en art. 67.1; precepto este cuyo contenido pasó a la LCSP/2007, repartido entre los art. 23.2 y 93, aunque con olvido de la mención a la prórroga en el pliego.

3ª) La regulación del *plazo de duración del contrato de servicios* en el ALCSP se articula a partir de un principio general, una excepción y la posibilidad de una prórroga forzosa.

3ª.a) El *principio general* prescribe que los contratos de servicios de prestación sucesiva tendrán un plazo máximo de duración de cinco años, incluyendo las posibles prórrogas que en aplicación del apartado segundo de este artículo acuerde el órgano de contratación, respetando las condiciones y límites establecidos en las respectivas normas presupuestarias que sean aplicables al ente contratante (ALCSP, 29.4.1r pfo.).

Contrastándola con la previsión del Texto refundido (reproducida en el apartado 2ª.c) anterior), el Anteproyecto reduce en un año el plazo máximo de 6 que prescribe el art. 303.1 de aquél, si bien es cierto que los 2 últimos ejercicios están supeditados a la conformidad del contratista, que ya no es necesaria en el ALCSP tal como se ha visto.

3ª.b) Fijado ese principio en 5 años, se establece la excepción para superarlo en los siguientes términos (ALCSP, 29.4.2º.pfo.):

«Excepcionalmente, en los contratos de servicios se podrá establecer un plazo de duración superior al establecido en el párrafo anterior, cuando lo exija la amortización de las inversiones directamente relacionadas con el contrato y éstas no sean susceptibles de utilizarse en el resto de la actividad productiva del contratista o su utilización fuera antieconómica, siempre que dicha amortización sea un coste relevante en la prestación del servicio, circunstancias que deberán ser justificadas en el expediente de contratación con indicación de las inversiones a las que se refiera y de su plazo de amortización. El concepto de coste relevante en la prestación del servicio será objeto de desarrollo reglamentario.»

El primer comentario sobre esta excepción es que se trata ciertamente de una previsión del todo lógica para las prestaciones a la Administración, ámbito natural del contrato de servicios, pero que también puede cubrir los déficits que presentaba la utilización de dicho contrato para la prestación de servicios públicos (significativamente, la recogida y tratamiento de residuos y la problemática de la amortización de los bienes de equipo utilizados).

Con todo, hay que reconocer que, además de la calificación de su carácter excepcional, la ampliación de plazo la sujeta a diversas determinaciones:

- materiales: que lo exija la amortización de las inversiones directamente relacionadas con el contrato y que éstas no sean susceptibles de utilizarse en el resto de la

actividad productiva del contratista o su utilización fuera antieconómica, siempre que dicha amortización sea un coste relevante en la prestación del servicio;

- formales: que tales circunstancias deberán ser justificadas en el expediente de contratación con indicación de las inversiones a las que se refiera y de su plazo de amortización.⁶⁸⁸

3ª.c) Tal como se anticipó en relación con la concesión de servicios, la posibilidad de una prórroga forzosa se articula en el ALCSP, en relación con el contrato de servicios, en los siguientes términos (art. 29.4.3r. pfo.):

«No obstante lo establecido en los apartados anteriores, cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación a realizar por el contratista como consecuencia de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidas en el procedimiento de adjudicación y existan razones de interés público para no interrumpir la prestación, se podrá prorrogar el contrato originario hasta que comience la ejecución del nuevo contrato y en todo caso por un periodo máximo de nueve meses, sin modificar las restantes condiciones del contrato, siempre que el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario.»

⁶⁸⁸ Sin perjuicio del desarrollo reglamentario previsto en el ALCSP (último inciso del 29.4, 2º pfo.), respecto del concepto de *coste relevante* y su diferenciación cabe entender lo siguiente:

«Son costes relevantes los que varían en función de la decisión que se adopte. También se les conoce como costes diferenciales. Ejemplo: en situación de subactividad, al recibirse un pedido especial, los costes que cambiarán si se acepta el pedido son los de materias primas, energía, fletes, etc. La depreciación del edificio permanecerá constante por lo que los costes primeros serán relevantes, y el segundo irrelevante para tomar la decisión. Los costes irrelevantes serán aquellos que no varían en función de la alternativa elegida.

Para la adopción de decisiones los costes pueden ser clasificados, a tenor de la incidencia que sobre dichos costes puede tener una determinada decisión, en: costes relevantes y costes irrelevantes. Los costes relevantes son aquellos costes que se verán influenciados, o que pueden cambiar, como consecuencia de una decisión, mientras que los costes irrelevantes son aquellos que no se verán afectados por dicha decisión. Por ejemplo, si se está evaluando la conveniencia de realizar ciertos trabajos utilizando el coche particular o el transporte público, el impuesto de circulación y los costes del seguro son irrelevantes, dados que estos permanecerán invariables sea cual fuera la alternativa elegida; sin embargo, el coste de la gasolina dependerá de la alternativa elegida y, por lo tanto, será un coste relevante para la adopción de esta decisión (Castelló Taliani, E. (1998): Contabilidad Superior, Contabilidad de Costes, p.p. 35.

Los costes relevantes pueden agrupar, por un lado, aquellos costes que se espera puedan originarse como consecuencia de un curso de acción determinado, que se está evaluando en el análisis de cursos de acción alternativos. La identificación de los costes relevantes, en la adopción de una determinada decisión, supone efectuar un análisis de los costes orientados al futuro, y que puede poner de manifiesto, tanto los costes adicionales en que se incurre como consecuencia de un determinado curso de acción, como los costes que pueden ser evitados como consecuencia de la elección de una alternativa frente a otra.» (GONZÁLEZ GÓMEZ, 2005: 14).

En el marco del contrato de servicios se trata ciertamente de una previsión novedosa, aunque debe recordarse que la denominada prórroga impuesta o forzosa cuenta con precedentes en nuestra legislación.⁶⁸⁹

Analizada con detalle, la prórroga se sujeta a unos condicionamientos significativos; así:

- materiales: que al vencimiento del contrato no se hubiera formalizado el nuevo que garantice la continuidad de la prestación a realizar por el contratista, como consecuencia de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidas en el procedimiento de adjudicación y que existan razones de interés público para no interrumpir la prestación;

- formales: se podrá prorrogar el contrato originario hasta que comience la ejecución del nuevo contrato y en todo caso por un periodo máximo de nueve meses, sin modificar las restantes condiciones del contrato, siempre que el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario.

Se trata de una posibilidad que requiere, desde luego, una gestión previa diligente por parte de la Administración tramitadora, y en la que, en ningún caso, tienen cabida la falta de previsión u otras actuaciones erráticas.⁶⁹⁰

⁶⁸⁹ Así, el derogado Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales de 1953 establecía lo siguiente (art. 59):

«1. Los contratos referentes a servicios o suministros que tengan por objeto atender necesidades permanentes podrán ser prorrogados en su término final por la Corporación, obligatoriamente para el contratista, hasta que, realizadas dos subastas consecutivas o un concurso, según procediere, se encuentre aquella, a falta de licitador, en las condiciones exigentes de ambas formas de contratación.

2. Esta prórroga se extenderá hasta que el nuevo contratista se haga cargo del servicio o la Corporación interesada comience a prestarlo por administración, sin que pueda exceder en ningún caso de seis meses.»

Por su parte, el ROAS/1995, entre las obligaciones del contratista de gestión de servicios públicos, consigna, entre otras, la siguiente (art. 235.a): «Prestar el servicio con la continuidad y regularidad que haya acordado la entidad local contratante sin otras interrupciones que las que se producirían si la gestión se prestare de forma directa. **En caso de extinción normal del contrato, el contratista tendrá que prestar el servicio hasta que otro se haga cargo de su gestión**». En términos análogos se pronuncia el RBASO/2002 (art. 209.1.a).

⁶⁹⁰ Un caso que estimo materialmente subsumible en los términos de la prórroga sería el de la declaración de una licitación como desierta como consecuencia de que no exista ninguna oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuren en el pliego (ex ALCSP, 148.3.2.º pfo.), y siempre sobre la base del cumplimiento de los demás requisitos exigidos.

5.4. Contenido y límites

5.4.1. Regulación

El Anteproyecto prescribe lo siguiente:

«Artículo 306. Contenido y límites

- 1. Salvo que se disponga otra cosa en los pliegos de cláusulas administrativas o en el documento contractual, los contratos de servicios que tengan por objeto el desarrollo y la puesta a disposición de productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual o industrial llevarán aparejada la cesión de éste a la Administración contratante. En todo caso, y aun cuando se excluya la cesión de los derechos de propiedad intelectual, el órgano de contratación podrá siempre autorizar el uso del correspondiente producto a los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público.*
- 2. A la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal de la entidad contratante. A tal fin, los empleados o responsables de la Administración deben abstenerse de realizar actos que impliquen el ejercicio de facultades que, como parte de la relación jurídico laboral, le corresponden a la empresa contratista.»*

«Artículo 17. Contrato de servicios.

Son contratos de servicios aquéllos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquéllos en que el empresario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y pro precio unitario. No podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.»

5.4.2. Comentarios

Respecto del art. 306, sobre *contenido y límites* del contrato de servicios, incluido en el Anteproyecto, cabe formular los comentarios siguientes:

1º) Se trata de un precepto de redacción poco afortunada, tanto por el hecho de no recoger todos los límites del contrato como luego se verá, como porque tampoco incorpora sus contenidos esenciales, repartidos entre el art. 17.1^º párrafo y 310.1, sobre servicios no-públicos y servicios públicos, como se ha analizado en epígrafe anterior (5.3.2).

Contiene -eso sí- una referencia al principio general de que la *puesta a disposición de productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual o industrial llevarán aparejada la cesión de éste a la Administración contratante*, salvo que el PCAP o el documento contractual disponga otra cosa (ALCSP, 310.1), que reproduce la prescripción del TRLCSP (301.2), y cuya aplicación se circunscribe a los contratos cuya destinataria es la Administración, sin que sea previsible una incidencia en los que tengan por objeto servicios públicos.

2º) No recoge el precepto, sin embargo, el límite principal sobre que *no podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos*, que el Anteproyecto lleva al segundo párrafo del art. 17, no obstante el hecho de que el TRLCSP lo incluía en el 301.1, antecedente del 306 del ALCSP.

Se trata del mismo límite fijado por las concesiones de servicios (ALCSP, 282.1, *in fine*), que tiene su correlato en la legislación local, y que ya ha sido objeto de un análisis pormenorizado al cual me remito (epígrafe 4.3.2.4ª).

3º) El segundo límite se concreta en la prevención de la no consolidación como personal de la entidad contratante de las personas que hayan realizado trabajos objeto del contrato (ALCSP, 306.2, 1º inciso), reproduciendo los términos que recoge el TRLCSP (301.4).

Más allá del voluntarismo que denota el redactado del precepto, lo cierto es que refleja la problemática sobre los límites difusos de la externalización de servicios, y el riesgo de la *cesión ilegal de trabajadores* prohibida por el Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (art. 43.2, tanto en el texto de 1995 como en el de 2015). Para evitarla se han desarrollado diversas iniciativas, de las que cabe destacar la Moción del Tribunal de Cuentas de 26.2.2009, que dio lugar a la Resolución de 27.10.2010, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas de las Cortes Generales.⁶⁹¹ Asimismo, el RD Ley 20/2012, de 13.7, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, dispuso lo siguiente (DA1ª):

⁶⁹¹ Dicha Resolución, sobre la necesidad de evitar los riesgos de que los trabajadores de las Empresas de Servicios contratadas por la Administración, por las condiciones en que se desarrolla la actividad contratada, se conviertan en Personal Laboral de la Administración en virtud de sentencias judiciales, fue publicada en el BOE núm. 15, de 18.1.2011.

“Los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el artículo 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, dictarán en sus respectivos ámbitos de competencias las instrucciones pertinentes para la correcta ejecución de los servicios externos que hubieran contratado, de manera que quede clarificada la relación entre los gestores de la Administración y el personal de la empresa contratada, evitando, en todo caso, actos que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral, sin perjuicio de las facultades que la legislación de contratos del sector público reconoce al órgano de contratación en orden a la ejecución de los contratos.

A tal fin lo [sic] citados entes, organismos y entidades dictarán antes del 31 de diciembre de 2012 las instrucciones pertinentes para evitar actuaciones que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral.

En el supuesto de que en virtud de sentencia judicial los trabajadores de las empresas se convirtieran en personal laboral de la Administración, el salario a percibir será el que corresponda a su clasificación profesional de acuerdo con el convenio colectivo aplicable al personal laboral de la Administración, siendo necesario informe favorable de los órganos competentes para hacer cumplir las exigencias de las leyes presupuestarias.”

Y a raíz del mandato contenido en el RD Ley 20/2012 se han dictado recomendaciones, instrucciones y disposiciones varias con vistas a solventar esta problemática.⁶⁹²

4º) El último eslabón de la cadena, que actúa como tercer límite para el contrato de servicios, prescribe que *los empleados o responsables de la Administración deben abstenerse de realizar actos que impliquen el ejercicio de facultades que, como parte de la relación jurídico laboral, le corresponden a la empresa contratista* (ALCSP, 306.2, *in fine*). Pretende este mandato que no se invada por la Administración la esfera propia

⁶⁹² Así, se destacan los siguientes:

- Recomendación 1/2013 , de 27.2, de la JCCA Aragón, sobre instrucciones para la correcta ejecución de servicios externos; véase

http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/OrganosConsultivos/JuntaConsultivaContratacionAdministrativa/Areas/02_Informes_Actuaciones/RECOMENDACION%201_2013.pdf

- Instrucciones sobre buenas prácticas para la gestión de las contrataciones de servicios y encomiendas de gestión a fin de evitar incurrir en supuestos de cesión ilegal de trabajadores, aprobadas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (Secretarías de Estado de Administraciones Públicas y de Presupuestos y Gastos), de fecha 28.12.2012; véase

<http://www.femp.es/files/566-1363-archivo/28%2012%2012%20Instrucc%20%20SEAP-SEPG%20Gestion%20contratos%20servicios.pdf>

Una visión completa sobre las diferentes facetas de la problemática que plantea la externalización o la *descentralización productiva* por parte de las Administraciones públicas la ofrece NORES TORRES (2014).

del poder de dirección que corresponde al contratista, incorporando así al Derecho positivo una de las recomendaciones formuladas al respecto.⁶⁹³

5.5. Determinación del precio, valor estimado, variación de las unidades de ejecución y costes de inversión en servicios complejos.

5.5.1 Introducción

El Anteproyecto prescribe lo siguiente:

«Artículo 307. Determinación del precio

1. El pliego de cláusulas administrativas establecerá el sistema de determinación del precio de los contratos de servicios, que podrá estar referido a componentes de la prestación, unidades de ejecución o unidades de tiempo, o fijarse en un tanto alzado cuando no sea posible o conveniente su descomposición, o resultar de la aplicación de honorarios por tarifas o de una combinación de varias de estas modalidades.

En los casos en que la determinación del precio se realice mediante unidades de ejecución, no tendrán la consideración de modificaciones, siempre que así se haya establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares, la variación que durante la correcta ejecución de la prestación se produzca exclusivamente en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en el contrato, las cuales podrán ser recogidas en la liquidación, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio del contrato.

2. En determinados servicios complejos en los que la ejecución del contrato lleve aparejados costes de inversión iniciales y se prevea que las obras o equipamientos que se generen vayan a incorporarse al patrimonio de la entidad contratante al concluir o resolverse el contrato, podrá establecerse un sistema de retribución que compense por las mismas.»

El precepto transcrito no recoge, sin embargo, toda la complejidad en torno a la fijación del precio en los contratos de servicios, toda vez que para ello hay que analizar la incidencia de las determinaciones generales del ALCSP referidas al *presupuesto base*

⁶⁹³ La prescripción transcrita en el precepto reproduce textualmente la contenida en la Recomendación 1/2013 de la JCCA Aragón antes referida (2^a.9^o pfo.), que complementa y desarrolla de la siguiente manera:

«Para ello, es importante que en los pliegos se evite la inclusión de previsiones sobre las condiciones de trabajo del personal que va a participar en la ejecución del contrato, o sobre cuestiones cuya regulación está reservada a la normativa laboral, tales como reenumeración, horario, jornada, etc. Asimismo, es necesario contemplar en el pliego cómo se van a articular las relaciones entre entidad contratante y contratista, de forma que cada parte mantenga y pueda ejercer las funciones que le son propias: el contratista la dirección y organización de la ejecución del contrato, y el ente contratante la supervisión de la misma y el ejercicio de las prerrogativas de interpretación que le corresponden.»

Debe precisarse que la referida prescripción sigue, en lo esencial, el principio de actuación definido en las Instrucciones del MINHAP de 28.12.2012 citadas (apdo. 2.3).

de licitación (art. 100), *valor estimado* (101) y *precio* (102). Respecto de esta secuencia de preceptos, hay que consignar que el Consejo de Estado asevera que «siguiendo un orden conceptual y de importancia, debiera regularse primero el precio, después el valor estimado del contrato (con la transposición de las detalladas normas sobre el mismo de los artículos 5 de la Directiva de contratación y 8 de la Directiva de concesión) y finalmente el presupuesto base de licitación o límite máximo de gasto» (Dictamen núm. 1116/2015, p 134).

Precisado lo anterior y como se recordará, estas determinaciones generales ya fueron analizadas en relación con la concesión de servicios (epígrafe 4.3.5), aunque su incidencia respecto del contrato de servicios presenta diferencias lo que aconseja su estudio específico.

Debe precisarse, ante todo, que al versar nuestro trabajo sobre los servicios públicos, el análisis debe centrarse en las determinaciones que puedan afectarles, descartando o tratando con carácter marginal los que afecten a los servicios no-públicos. Además, y conviene adelantarlo ya, el planteamiento del Anteproyecto al subsumir bajo esta modalidad la contratación de servicios públicos en que no se transfiere el riesgo operacional, provoca algunas alteraciones en la ecuación económica clásica del contrato de servicios, presidida por el binomio *prestación por el contratista y abono del precio por la Administración*. Alteraciones derivadas de las tasas o tarifas que satisfacen los usuarios y que, aparte de estar bastante extendidas en los servicios públicos locales, contribuyen parcialmente a su financiación.

Señalado todo lo anterior hay que avanzar que se incorporan al Anteproyecto sendas previsiones sobre variación de las unidades de ejecución y costes de inversión en servicios complejos que, aunque mantiene relación con el precio del contrato, tienen una especificidad propia como se verá al analizarlas.

5.5.2. Determinaciones generales aplicables en relación con el valor estimado del contrato

Con el antecedente del TRLCSP (88), y sobre la base de la Directiva 2014/24/UE (art. 5), el Anteproyecto regula el valor estimado de los contratos de servicios de conformidad con las determinaciones siguientes (art. 101):

1ª) El órgano de contratación tomará el importe total del contrato, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido, pagadero según sus estimaciones (ALCSP, 101.1.a y D. 24, 5.1).

2ª) En el cálculo del valor estimado deberán tenerse en cuenta (ALCSP, 101.2 y D. 24, 5.1):

2ª a) Cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato.

2ª b) Cuando se haya previsto abonar primas o efectuar pagos a los candidatos o licitadores, la cuantía de los mismos.

2ª c) En el caso de que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 202, se haya previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el anuncio de licitación la posibilidad de que el contrato sea modificado, se considerará valor estimado del contrato el importe máximo que éste pueda alcanzar, teniendo en cuenta la totalidad de las modificaciones al alza previstas.

3ª) La estimación deberá hacerse teniendo en cuenta los precios habituales en el mercado, y estar referida al momento del envío del anuncio de licitación o, en caso de que no se requiera un anuncio de este tipo, al momento en que el órgano de contratación inicie el procedimiento de adjudicación del contrato (ALCSP, 101. 7 y D. 24, 5.4).

4ª) En los contratos de servicios que tengan un carácter de periodicidad, o de contratos que se deban renovar en un período de tiempo determinado, se tomará como base para el cálculo del valor estimado del contrato alguna de las siguientes cantidades (ALCSP, 101. 10 y D. 24, 5.11):

4ª. a) El valor real total de los contratos sucesivos similares adjudicados durante el ejercicio precedente o durante los doce meses previos, ajustado, cuando sea posible, en función de los cambios de cantidad o valor previstos para los doce meses posteriores al contrato inicial.

4ª. b) El valor estimado total de los contratos sucesivos adjudicados durante los doce meses siguientes a la primera entrega o en el transcurso del ejercicio, si éste fuera superior a doce meses.

5ª) En los contratos de servicios, a los efectos del cálculo de su valor estimado, se tomarán como base, en su caso y en la medida que puedan incidir en el caso de que su objeto sea un servicio público, las siguientes cantidades (ALCSP, 101. 11 y D. 24, 5.13 y 5.14):

- 5ª. a) En los servicios de seguros, la prima pagadera y otras formas de remuneración.
- 5ª. b) En servicios bancarios y otros servicios financieros, los honorarios, las comisiones, los intereses y otras formas de remuneración.
- 5ª. c) En los contratos relativos a un proyecto, los honorarios, las comisiones pagaderas y otras formas de remuneración, así como las primas o contraprestaciones que, en su caso, se fijen para los participantes en el concurso.
- 5ª. d) En los contratos de servicios en que no se especifique un precio total, si tienen una duración determinada igual o inferior a cuarenta y ocho meses, el valor total estimado correspondiente a toda su duración. Si la duración es superior a cuarenta y ocho meses o no se encuentra fijada por referencia a un período de tiempo cierto, el valor mensual multiplicado por 48.

6ª) Cuando la contratación de unos servicios destinados a usos idénticos o similares pueda dar lugar a la adjudicación simultánea de contratos por lotes separados, se deberá tener en cuenta el valor global estimado de la totalidad de dichos lotes (ALCSP, 101. 12 y D. 24, 5.8).

7ª) La elección del método para calcular el valor estimado no podrá efectuarse con la intención de sustraer el contrato a la aplicación de las normas de adjudicación que correspondan (ALCSP, 101. 4).

8ª) El método de cálculo aplicado por el órgano de contratación para calcular el valor estimado en todo caso deberá figurar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares (ALCSP, 101.5).⁶⁹⁴

Hasta aquí las determinaciones que recoge el ALCSP en relación con el contrato de servicios, las cuales resultarán de aplicación exclusivamente si se trata de un servicio público de carácter gratuito, esto es, aquel en el que la Administración satisface un precio como única retribución al contratista. Pero, si el servicio es financiado parcialmente por los usuarios, y las cantidades que estos abonan son percibidas por el contratista, ¿no debería reflejarse en el valor estimado del contrato? En mi opinión debería ser así, y además su trascendencia sería indudable si la valoración económica

⁶⁹⁴ Inicialmente, en el texto del Anteproyecto de abril de 2015, esta previsión se circunscribía a las concesiones, seguramente en razón de la consignación expresa de la obligación prescrita en la Directiva 2014/23/UE (art. 8.3.). Con buen criterio, esa limitación ha desaparecido en el ALCSP/O/2015, con la consecuencia práctica de haberse generalizado la obligación para todos los contratos.

de las tasas o tarifas satisfechas, sumada al precio, determinara la superación de los umbrales comunitarios del contrato de servicios.

La solución correctora pasaría, por tanto, por aplicar el concepto que recoge el propio precepto que analizamos, y que ya vimos en relación con la concesión de servicios (epígrafe 3.5.3), esto es, *la renta procedente del pago de tasas y multas por los usuarios de los servicios, distintas de los recaudados en nombre del poder adjudicador* (ALCSP, 101.3.a, precedente Directiva 2014/23/UE, 8.3.a).

5.5.3. Prescripciones generales relativas al precio y al presupuesto base de licitación

Con el antecedente del TRLCSP (87), las prescripciones generales recogidas en el ALCSP (102) y aplicables al precio de los contratos de servicios son las siguientes:

1ª) El contrato tendrá un precio cierto, que se abonará al contratista en función de la prestación realmente ejecutada y de acuerdo con lo pactado. En el precio se entenderá incluido el importe a abonar en concepto de Impuesto sobre el Valor Añadido, que en todo caso se indicará como partida independiente (ALCSP, 102.1).

2ª) Con carácter general el precio deberá expresarse en euros, sin perjuicio de que su pago pueda hacerse mediante la entrega de otras contraprestaciones en los casos en que ésta u otras Leyes así lo prevean.

No obstante lo anterior, en los contratos podrá preverse que la totalidad o parte del precio sea satisfecho en moneda distinta del euro. En este supuesto se expresará en la correspondiente divisa el importe que deba satisfacerse en esa moneda, y se incluirá una estimación en euros del importe total del contrato (ALCSP, 102.2).

3ª) Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados (ALCSP, 102.3).

4ª) El precio del contrato podrá formularse tanto en términos de precios unitarios referidos a los distintos componentes de la prestación o a las unidades de la misma

que se entreguen o ejecuten, como en términos de precios aplicables a tanto alzado a la totalidad o a parte de las prestaciones del contrato (ALCSP, 102.4).

5ª) Los precios fijados en los contratos de servicios podrán ser revisados cuando deban ser ajustados, al alza o a la baja, para tener en cuenta las variaciones económicas que acaezcan durante la ejecución del contrato, en los términos previstos en los art. 103 a 105 del Anteproyecto (art. 102. 5), objeto ya de análisis (epígrafe 4.8.5.).

6ª) Los contratos de servicios, cuando su objeto lo permita, podrán incluir cláusulas de variación de precios en función del cumplimiento o incumplimiento de determinados objetivos de plazos o de rendimiento, debiendo establecerse con precisión los supuestos en que se producirán estas variaciones y las reglas para su determinación, de manera que el precio sea determinable en todo caso (ALCSP, 102. 6).

7ª) Se prohíbe el pago aplazado del precio en los contratos de servicios (ALCSP, 102. 8).⁶⁹⁵

Finalmente, hay que consignar la aplicación a los contratos de servicios de la prescripción sobre el *presupuesto base de licitación*, concepto del que el propio Anteproyecto dice que *queda perfectamente delimitado* (EM.IV, pfo. 13).

En su parte articulada, y de aplicación a los contratos de servicios, se dispone lo siguiente:

«Artículo 100. Presupuesto base de licitación

1. A los efectos de esta Ley, por presupuesto base de licitación se entenderá el límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de contratación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, salvo disposición en contrario.

2. En el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado.

3. Con carácter previo a la tramitación de un acuerdo marco o de un sistema dinámico de adquisición no será necesario que se apruebe un presupuesto base de licitación.»

En el supuesto de que la retribución del contratista corra a cargo íntegramente de la Administración, el precio del contrato coincidirá con el presupuesto base de licitación.

⁶⁹⁵ Detalladas las determinaciones generales sobre el precio, hay que complementarlas con los comentarios formulados con ocasión del análisis de las concesiones de servicios a los que me remito (epígrafe 4.3.5.2).

5.5.4. Determinaciones específicas sobre el precio, variación de unidades de ejecución y costes de inversión en servicios complejos.

Las determinaciones específicas sobre el precio en el contrato de servicios se contienen en el art. 307 del ALCSP, que incorpora también novedades respecto del TRLCSP. Sobre el referido precepto procede efectuar los comentarios siguientes:

1º) Reproduciendo el antecedente del TRLSOP (302), el Anteproyecto fija la obligación de que el PCAP establecerá el *sistema de determinación del precio* de los contratos de servicios, que podrá estar referido a componentes de la prestación, unidades de ejecución o unidades de tiempo, o fijarse en un tanto alzado cuando no sea posible o conveniente su descomposición, o resultar de la aplicación de honorarios por tarifas o de una combinación de varias de estas modalidades (ALCSP, 310.1^r pfo.). Por lo demás, se trata de una reiteración sobre las diferentes modalidades de formulación del precio previstas con carácter general (ALCSP, 102. 4), a las que solo añade la referencia a los honorarios por tarifas.

2º) El Anteproyecto incorpora la novedad consistente en prever que en los casos en que la determinación del precio se realice mediante *unidades de ejecución*, no tendrán la consideración de modificaciones, siempre que así se haya establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares, la variación que durante la correcta ejecución de la prestación se produzca exclusivamente en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en el contrato, las cuales podrán ser recogidas en la liquidación, siempre que *no representen un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio* del contrato (ALCSP, 310, 2º pfo.). Sobre esta consideración, dos precisiones.

2.a) Supone la aplicación al contrato de servicios de una previsión recogida para el contrato de obras en el TRLCSP (234.3, *in fine*), que reproduce el ALCSP (240.4, *in fine*), bien que exigiendo su constancia en el PCAP del de servicios.

2.b) El límite del 10% del precio del contrato es congruente con la regulación de las modificaciones no previstas en el contrato, toda vez que el exceso sobre dicho porcentaje se considera una modificación sustancial (ALCSP, 203.2.c.3º), posibilidad prohibida tal como ya se ha puesto de manifiesto (epígrafe 4.9.5.4.B.5).

3º) La segunda innovación viene referida a que en determinados *servicios complejos* en los que la ejecución del contrato lleve aparejados *costes de inversión iniciales* y se prevea que las obras o equipamientos que se generen vayan a incorporarse al patrimonio de la entidad contratante al concluir o resolverse el contrato, podrá establecerse un sistema de retribución que compense por las mismas (ALCSP, 307. 2).

Como veíamos en relación con la duración del contrato de servicios (epígrafe 5.3.4), se trata de una previsión que resulta funcional para las prestaciones a la Administración, destinataria natural de las mismas, pero que también puede solventar algunas de sus limitaciones para acoger las propias de servicios públicos; así, las referidas a la amortización de la inversión en obras o equipamientos, que podrá ser compensada mediante el sistema de retribución que se establezca -entendiendo- en el PCAP.

Llamo la atención sobre que la previsión legal se contrae a los costes de inversión *iniciales*, por lo que quedarían excluidos los *costes de reposición* efectuados a lo largo de la duración del contrato. En tal caso, la previsión pierde parte de su funcionalidad y compromete el estado final de las obras y equipamientos en el momento en que *vayan a incorporarse al patrimonio al concluir o resolver el contrato*, por utilizar la expresión del precepto, que vendría a ser un equivalente a la *reversión* de los bienes afectos al servicio público, aunque sin su estatus jurídico legalmente reconocido.

5.6. Ejecución y responsabilidad del contratista

5.6.1. Regulación específica

Sobre el particular el Anteproyecto dispone:

«Artículo 309. Ejecución y responsabilidad del contratista

- 1. El contrato se ejecutará con sujeción a lo establecido en su clausulado y en los pliegos, y de acuerdo con las instrucciones que para su interpretación diere al contratista el responsable del contrato, en los casos en que se hubiere designado. En otro caso, esta función le corresponderá a los servicios dependientes del órgano de contratación.*
- 2. El contratista será responsable de la calidad técnica de los trabajos que desarrolle y de las prestaciones y servicios realizados, así como de las consecuencias que se deduzcan para la Administración o para terceros de las omisiones, errores, métodos inadecuados o conclusiones incorrectas en la ejecución del contrato.»*

5.6.2. Comentarios sobre la regulación específica

Sobre el precepto transcrito procede formular los siguientes comentarios:

1º) Con el antecedente del TRLCSP (305.1), el Anteproyecto establece la sujeción del contrato a su clausulado y al PCAP, así como que se ejecutará de acuerdo con las instrucciones que para su interpretación se dieren al contratista (ALCSP, 309.1^r inciso), bien que, a diferencia del Texto refundido que atribuía la emisión de las *instrucciones* al órgano de contratación, se prevé que las dicte el *responsable del contrato*, si hubiera sido designado o, en otro caso, que lo hagan *los servicios dependientes del órgano de contratación* (ALCSP, 309.1.2º inciso).

De acertada y realista cabe calificar la nueva redacción, substituyendo la remisión al órgano de contratación por la atribución al responsable del contrato, en consonancia con el papel que la legislación le asigna.⁶⁹⁶ Y los mismos calificativos merece la previsión sustitutiva en favor de servicios dependientes del órgano de contratación, que cabe identificar con la *unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato* que se menciona también el Anteproyecto (52, inicio).

En cualquier caso, el hecho de que dejen de corresponder al órgano de contratación rebaja el rango formal de las instrucciones, que pasan así a moverse más en el plano material y de la gestión administrativa del contrato.⁶⁹⁷

⁶⁹⁶ Con el precedente del TRLCSP (52), el ALCSP regula así esta figura:

«Artículo 62. Responsable del contrato

1. Con independencia de la unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato que figure en los pliegos, los órganos de contratación podrán designar un responsable del contrato al que corresponderá supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada, dentro del ámbito de facultades que aquéllos le atribuyan. El responsable del contrato podrá ser una persona física o jurídica, vinculada a la entidad contratante o ajena a él.

2. En los contratos de obras, las facultades del responsable del contrato serán ejercidas por el Director Facultativo conforme con lo dispuesto en los artículos 235 a 244.»

⁶⁹⁷ A este respecto cabe reseñar que, en el Informe 8/2015, de 20.5, emitido sobre el ALCSP, la JCCA de Aragón manifiesta lo siguiente (VII, *in fine*, pág. 40):

«Artículo 309

Se propone una redacción alternativa al apartado 1:

“El contrato se ejecutará con sujeción a lo establecido en su clausulado y en los pliegos, y de acuerdo con las instrucciones que para su interpretación diere al contratista el responsable del contrato, en los casos en que se hubiere designado. En otro caso, esta función le corresponderá a los servicios designados por el órgano de contratación”.

Precisado todo lo anterior, las referencias al *responsable del contrato* y a las *instrucciones* que se prevé que dé al contratista hay que contextualizarlas, también, en los intentos por evitar la *confusión* entre las tareas que desarrolle el personal contratado por el mismo y las funciones del personal al servicio de la Administración y, en definitiva, la *cesión ilegal de trabajadores*. Como se recordará, dichas patologías ya fueron analizadas en relación con el art. 306 del ALCSP, donde se dejó constancia de las recomendaciones y disposiciones varias adoptadas al respecto.⁶⁹⁸

2) El propio título del precepto que se analiza identifica que trata sobre la *responsabilidad del contratista*, cuya regulación se concreta con la declaración de que éste será responsable de la *calidad técnica* de los trabajos que desarrolle y de las *prestaciones y servicios realizados*, así como de las *consecuencias que se deduzcan para la Administración o para terceros* de las omisiones, errores, métodos inadecuados o conclusiones incorrectas en la ejecución del contrato (ALCSP, 309.2, TRLCSP, 305.2).

En los supuestos de incumplimiento del contratista su *responsabilidad respecto de la Administración* se resolverá a tenor de las reglas que regulan el cumplimiento y la extinción de los contratos, con las consecuencias que procedan en orden a la imposición de penalidades, exigencia de daños y perjuicios o, en su nivel máximo, resolución del contrato (ALCSP, 190 a 193 y 209 a 2011 y concordantes; TRLCSP, 212, 213 y 223 a 225 y concordantes).

Resulta conveniente que la facultad de dictar instrucciones en interpretación del contrato se atribuya formalmente por el órgano de contratación, para mayor seguridad.»

⁶⁹⁸ Con remisión al epígrafe que lo analiza con detalle (5.4.2, aptdo. 3), debe mencionarse la Recomendación 1/2013, de 27.2, de la JCCA Aragón en los siguientes dos aspectos:

a) El relativo a la figura del *responsable del contrato*, sobre el cual afirma que «debería tener carácter obligatorio en los contratos de servicios que, por sus especiales circunstancias (tales como prestación en centros de trabajo de la Administración, utilización de medios propios del ente contratante, etc.), puedan dar lugar a situaciones en las que exista peligro de que los representantes o trabajadores del contratante puedan invadir la esfera de dirección que corresponde al contratista, respecto de su personal.

El responsable del contrato sería así el instrumento a través del cual se canalizaran todas las comunicaciones e instrucciones que la entidad contratante deba hacer llegar a la contratista, que, a su vez, deberá designar un director del contrato que realice las tareas que le corresponden, en su doble vertiente: como organización propia y autónoma y como empleador» (pág. 7).

b) El profuso tratamiento sobre *las instrucciones*, tanto en la propia Recomendación (pág. 4 a 11), como en la propuesta intitulada *correcta ejecución de servicios externos* que se adjunta a la misma (pág. 12 a 21).

El precepto contiene también una mención a la *responsabilidad y las consecuencias que se deduzcan para terceros*, cuestión de indudable trascendencia y que necesita de unas precisiones atendidas su complejidad.

3) Sobre el tema de la *responsabilidad patrimonial y la indemnización de daños y perjuicios causados a terceros*, y las diferentes consecuencias respecto de la *Administración y contratista*, deben diferenciarse dos ámbitos:

3.a) El referido a la *regulación material* de la responsabilidad patrimonial y el reparto de cargas, en el que cabe distinguir, en principio, dos reglas: la específica de la concesión de servicios y la general, aplicable al resto de contratos, entre ellos el de servicios.

3.b) El *ámbito formal relativo al procedimiento* a seguir respecto de la solicitud de indemnización instada por los terceros perjudicados, aspecto sobre el cual la regulación es convergente, como indubitada es la conclusión de que es la jurisdicción contencioso-administrativa la competente para conocer de tales pretensiones en todos los casos.⁶⁹⁹

4) Sobre la regulación material de la responsabilidad patrimonial y el reparto de cargas deben formularse las consideraciones siguientes:⁷⁰⁰

⁶⁹⁹ Tras las sucesivas reformas, la LO 6/1985, del Poder Judicial, no deja lugar a dudas sobre la competencia de los tribunales de esa jurisdicción (art. 9.4, en especial pfo. 2º):

«Los del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al derecho administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la ley y con los reales decretos legislativos en los términos previstos en el artículo 82.6 de la Constitución, de conformidad con lo que establezca la Ley de esa jurisdicción. También conocerán de los recursos contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho. Quedan excluidos de su conocimiento los recursos directos o indirectos que se interpongan contra las Normas Forales fiscales de las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, que corresponderán, en exclusiva, al Tribunal Constitucional, en los términos establecidos por la disposición adicional quinta de su Ley Orgánica.

Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva.

También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas.»

⁷⁰⁰ Como se recordará, el tema ya fue analizado con ocasión del estudio de la concesión de servicios (epígrafe 4.7.6.), procediendo ahora hacerlo respecto del contrato de servicios.

4.a) La regla específica relativa a la concesión se concreta en «*indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración*» (ALCSP, 286.c; TRLCSP, 280.c).

4.b) Mientras que, reproduciendo el texto del TRLCSP (214), el ALCSP en la regla general acota la responsabilidad en los siguientes términos:

«*Artículo 194. Indemnización de daños y perjuicios causados a terceros*

1. Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato.

2. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en las Leyes. (...)»

4.c) En consecuencia, en la concesión se establece una regla específica y que amplía la responsabilidad de la Administración (cuando el daño sea producido por causas imputables a ella), distinta de la general y más restrictiva (acotada a que los daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración), aplicable a los contratos de obras, suministros y servicios.⁷⁰¹

4.d) Sin embargo, hay que adelantar que esta regla general se excepciona en el caso de los contratos de servicios que «*conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos*», para los cuales se establece lo siguiente: «*el pliego podrá prever para el adjudicatario de un contrato de servicios de esta naturaleza, las obligaciones de (...) indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, con la salvedad de aquellos que sean producidos por causas imputables a la Administración (...)*» (ALCSP, 310.2). Se reconduce pues para este tipo de contratos, propios de servicios públicos, la misma fórmula que rige para la concesión de servicios.

⁷⁰¹ Es evidente que la regla general tiene un ámbito más restringido al requerir el dictado por la Administración de una *orden*, y que el daño sea consecuencia *inmediata y directa* de la misma, mientras que la específica se remite, genéricamente, a las *causas imputables a la entidad*, lo que incluye las órdenes expresas, pero también el amplio abanico de acciones positivas (por ejemplo, la exigencia por el Ayuntamiento de una mayor eficiencia en la prestación del servicio hasta), e incluso las omisivas (así, no haber atendido los requerimientos del contratista para buscar una solución acordada al problema planteado); supuestos estos últimos que, cuando menos, justifican una *concurrencia de culpas* en la producción del hecho dañoso.

4.e) Sin dejar de reconocer la lógica que guía la incorporación de esa previsión que se acaba de comentar, el resultado es un tanto alambicado: recapitulando sobre la responsabilidad, tenemos una regla específica para la concesión, una general para el resto de contratos y una excepción a ésta, que se aplica a un subtipo del de servicios, y que coincide con la específica de la concesión, condicionada, no obstante, a que así se prevea en el PCAP. Pero ¿qué pasa si por olvido no se incluye? Pues que rige la cláusula general aplicable al contrato de servicios, aunque se trate de aquellos que conlleven prestaciones directas en favor de los ciudadanos. En mi opinión, el régimen jurídico mismo del contrato y la seguridad jurídica quedan bastante cuestionados.

4.f) Sentado todo lo anterior, es obvio que la diferente configuración de la reglas sobre responsabilidad obedece a un criterio jurídico, que no es otro que el de la mayor vinculación de la Administración competente cuando se trata de un servicio público de su titularidad; de ahí que consecuentemente su responsabilidad deba ampliarse cuando el daño sea producido por causas a ella imputables. En cambio, si no se trata de servicios públicos, recobra su lógica la bilateralidad del contrato de servicios, y debe responder el contratista por los daños que cause a terceros, con la sola excepción de que el daño sea consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración.

Pero esa configuración y su lógica, vigentes hasta el TRLCSP al mantener un régimen jurídico unitario del servicio público bajo el contrato de gestión del mismo, se trastocan en el ALCSP, dependiendo la aplicación de la regla específica o la general de si gestiona mediante concesión o contrato de servicios y, en este caso, en función de si se incluye o no en el pliego aquella regla específica.

5) Afortunadamente, en el ámbito formal relativo al procedimiento a seguir, se produce una convergencia. Así, la previsión de la regla general, aplicable en consecuencia al contrato de servicios, sería la que, en idénticos términos, recogen el TRLCSP (214) y el ALCSP (194):

*«3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción.
4. La reclamación de aquéllos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto.»*

Respecto a la regla específica de la concesión, ni el TRLCSP (280.c), ni el ALCSP (286.c), regulan el procedimiento, por lo que o bien se aplican las previsiones anteriores por analogía (ex CC, 4.1), o se acude a las previsiones de la Ley de Expropiación Forzosa de 16.12.1954, que fija sustancialmente el mismo procedimiento.⁷⁰²

6) La conjunción de los aspectos material y formal o procedimental, sin embargo, muestran cómo en función de cual haya sido la sucesión de actos o su omisión, y la incidencia que puedan haber tenido en la configuración de la relación de causalidad de los daños, determinan una responsabilidad compartida entre gestor del servicio público y Administración titular del mismo.

En sede jurisdiccional, la concurrencia de circunstancias gravosas para los perjudicados, unida al hecho de que la Administración no cumpla las obligaciones que la legislación le atribuye, no siga los trámites o no desarrolle las actuaciones que ésta prescribe, puede dar lugar a pronunciamientos judiciales que imputen a la Administración la obligación de resarcir los perjuicios ocasionados al tercero, en primer término, dejando siempre a salvo el derecho de repetición contra el contratista.⁷⁰³

⁷⁰² Es el que resulta de la aplicación del art. 123, 122.2 y 121.2, preceptos cuyo tenor es el siguiente:

«Artículo 121

1. Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo.

2. En los servicios públicos concedidos correrá la indemnización a cargo del concesionario, salvo en el caso en que el daño tenga su origen en alguna cláusula impuesta por la Administración al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento para éste.»

«Artículo 122

1. En todo caso, el daño habrá de ser efectivo, evaluado económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

2. El derecho de reclamar prescribe al año del hecho que lo motivó. Presentada reclamación, se entenderá desestimada por el transcurso de cuatro meses sin que la Administración resuelva. A partir de este momento, o de la notificación de la resolución expresa, en su caso, empezará a correr el plazo para el procedente recurso contencioso-administrativo.»

«Artículo 123

Cuando se trate de servicios concedidos, la reclamación se dirigirá a la Administración que otorgó la concesión, en la forma prevista en el párrafo 2 del artículo 122, la cual resolverá tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre quién debe pagarla, de acuerdo con el párrafo 2 del artículo 121. Esta resolución dejará abierta a la vía contencioso-administrativa, que podrá utilizar el particular o el concesionario, en su caso.»

⁷⁰³ Referidos a la aplicación de la regla general de responsabilidad, y expresivos del razonamiento que se acaba de expresar son los siguientes pronunciamientos jurisprudenciales:

a) STS de 7.4.2001 (Ar 6794/2001):

«CUARTO

No cabe duda que, al no tratarse de daños causados por cláusulas del contrato impuestas por la Administración al concesionario ni de una orden directa de ésta, debe responder de aquéllos el propio contratista, como se deduce de lo establecido concordadamente por los artículos 121.2 de la Ley de Expropiación Forzosa y 134 del Reglamento General de Contratación, aprobado por Decreto de 25 de noviembre de 1975, precepto éste recogido después en el artículo 98 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. Ahora bien, la reclamación del perjudicado ha de dirigirse, según lo dispuesto por estos dos últimos preceptos y por el artículo 123 de la Ley de Expropiación Forzosa, a la Administración contratante, que debe resolver tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre su cuantía y quién deba pagarla, modo de proceder que no observó la Administración del Estado demandada al limitarse a informar a la entidad reclamante que los vertidos los había efectuado la empresa contratista y que la obligación del dueño era cerrar la finca o colocar vigilancia permanente para evitar tales vertidos.

Deducido recurso de alzada ante la Dirección General de Carreteras, reproduciendo íntegramente lo alegado y pedido en los precedentes escritos dirigidos a la Demarcación de Carreteras del Estado, la Administración guardó silencio.

QUINTO

La Sala de instancia sostiene que la responsabilidad de la Administración no deriva de la anulación de los actos impugnados sino, en su caso, del vertido de escombros, considerando inadmisibles las acciones de resarcimiento al no haberse deducido en la vía previa.

Tal decisión infringe los aludidos preceptos de la Ley de Expropiación Forzosa y del Reglamento General de Contratación, aprobado por Decreto de 25 de noviembre de 1975, ya que la Administración del Estado, en lugar de desestimar la pretensión indemnizatoria por el vertido de escombros informando a la entidad propietaria del terreno que procedían de una excavación realizada por la empresa contratista, debió proceder en la forma establecida por los artículos 123 de la Ley de Expropiación Forzosa, 137 de su Reglamento y 134 del mencionado Reglamento de Contratación, de modo que los actos administrativos impugnados no son ajustados a Derecho y, por consiguiente, debieron ser anulados por la Sala de instancia.

Aunque la responsable de los vertidos de escombros fuese, según lo dicho, la empresa contratista, lo cierto es que, al no haberlo así declarado la Administración del Estado contratante y no haber sido emplazada en la primera instancia aquella empresa, la responsabilidad por los perjuicios causados con los vertidos debe asumirla la Administración del Estado demandada, quien no actuó en la forma ordenada tanto por la Ley de Expropiación Forzosa como por el referido Reglamento General de Contratación, y así lo declaró ya la antigua Sala Cuarta de este Tribunal Supremo en su Sentencia de 28 de mayo de 1980, que, al no proceder del modo indicado en los artículos 121.2 y 123 de la Ley de Expropiación Forzosa y 134 del Reglamento General de Contratación la Administración, considera que eludió su propia responsabilidad frente al perjudicado, reclamante en la vía administrativa precedente, y a ella debe por tanto serle imputada dicha responsabilidad, sin perjuicio de su desplazamiento sobre el responsable, puesto que los preceptos citados han pretendido, sin duda, en estos casos permitir al particular una paridad de trato en relación con otros casos en que la Administración es directamente imputable, pero sin perjuicio de que la responsabilidad recaiga sobre el patrimonio de quien realmente corresponde porque es quien tiene obligación de soportarla, doctrina jurisprudencial que late también en las Sentencias de esta Sala de 9 de mayo de 1989 (RJ 1989, 4487), 9 de mayo de 1995 (RJ 1995, 4210) (recurso contencioso-administrativo núm. 527/1993), 12 de febrero de 2000 (RJ 2000, 2172) (recurso de apelación 3342/1992) y 8 de julio de 2000 (RJ 2000, 7156) (recurso de casación 2731/1996).»

b) STSJ Andalucía, Sevilla, de 14.5.2009 (Jur 88708):

«QUINTO

El instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas a que se refiere el art. 106.2 de la C.E. y 139 y ss de la LRJ. 30/92, requiere como presupuestos básicos para su nacimiento, de conformidad con reiterada y conocida jurisprudencia de la que son exponentes las STS 9-3-88, 7-3-00 y 3-7-03 a) Un servicio público, entendido en el sentido amplio de actividad administrativa ("giro o tráfico administrativo", "gestión, actividad o quehacer administrativo"); b) Funcionamiento normal o anormal del servicio público. Es decir, que se trae de una actuación del poder público o actividad administrativa, en desarrollo de funciones de la misma naturaleza, c) Lesión en cualquier bien o derecho de los particulares que no tengan el deber jurídico de soportar. Teniendo que ser el daño, efectivo, evaluable económicamente, e individualizado en relación a una persona o grupo de personas, pudiendo ser físico o corporal,

7) Vistas las consideraciones generales sobre las dos reglas de fijación de la responsabilidad en el Anteproyecto (art. 194 y 286.c), debe hacerse referencia a la opinión del Consejo de Estado, manifestada en su Dictamen núm. 1116/2015, de 10.3.2016 (p. 183 a 190). El Alto órgano consultivo, rememorando los antecedentes, plantea una regulación alternativa a la del ALCSP, cuya argumentación íntegra ya se ha reproducido con anterioridad (epígrafe 4.7.6.2), bastando ahora cifrar las premisas de la misma:

«A juicio del Consejo de Estado, el anteproyecto en curso brinda la ocasión idónea para plantearse y resolver las cuestiones mencionadas, para lo que se van a sentar unas premisas coherentes con la posición largamente mantenida por este Alto Cuerpo Consultivo:

material y moral; d) Finalmente, ha de existir una relación de causalidad entre aquel funcionamiento normal o anormal y la lesión.

Pues bien, en relación con lo anterior, en el presente caso se dan caso los requisitos precisos para que surja esa responsabilidad patrimonial, pues el accidente se produjo, coincidiendo se en ello totalmente con el juzgador penal, por el grave descuido desplegado por los montadores de Ubrielectro, Jose Enrique y Alberto, que, como reiteradamente se ha repetido, desconectaron el cuadro que contenía los diferenciales y automáticos de seguridad, y se marcharon sin adoptar ninguna medida eficaz al caso, no considerándose por este Tribunal suficiente el hecho de desconectar el interruptor general, sabiendo que iban a acudir los conjuntos musicales y podrían conectar los aparatos, como así ocurrió.(...)

SEXO

La alegada incompetencia de jurisdicción por parte de Ubrielectro, no puede ser estimada, ya que, conforme al artículo 9.4. párrafo segundo de la LOPJ, modificado por LO 19/2003 de 23 de diciembre, los Tribunales Contencioso-Administrativos conocerán, "asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional".(...)

SÉPTIMO

En relación con el Ayuntamiento, su responsabilidad, solidaria con Ubrielectro, viene dada por el hecho indiscutible de que era el titular del servicio público, pues no se puede olvidar que era el organizador de la fiesta popular.

Además, como ya se ha expuesto repetidamente por esta Sala y Sección en diversas sentencias, como la de 1-6-06 y 22-6-06, el art. 98.3 de la Ley 13/1995 de 18 de Mayo de Contratos de las Administraciones Públicas, actualmente art. 97.3 del Texto Refundido 2/2000 de 16 de Junio de la misma Ley, posibilita que la Administración declare la responsabilidad del contratista y fije las indemnizaciones. Si no lo hace, elude su responsabilidad y le debe ser impuesta a ella. Es decir, que la omisión de no declarar quién debe responder de los daños, constituye motivo suficiente para atribuir la responsabilidad por daños a la propia Administración. (STS 7-4-01, STJA 22-11-04).

En el caso que nos ocupa, habiéndose producido reclamación al Ayto de Prado del Rey, la Administración se limitó al silencio, sin hacer declaración alguna de a quien correspondía la responsabilidad de lo ocurrido, por lo que le deben ser a ella achacados, sin perjuicio de su repercusión posterior a quien considere sea el verdadero causante.»

Vistas estas dos manifestaciones respecto de la regla general, sobre la aplicación de la específica me remito a la jurisprudencia recogida en el epígrafe relativo a la concesión de servicios (4.7.6.).

a) *En lo tocante a la delimitación de la responsabilidad:* procede acoger la regla que ha regido de forma invariada en nuestro Derecho, en virtud de la cual es de cuenta del contratista la indemnización de todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato, salvo cuando tales daños y perjuicios sean imputables a la Administración, lo que sucede, en todo caso, cuando deriven de forma directa e inmediata de una orden administrativa o de vicios en un proyecto por ella elaborado.

b) *En lo atinente a la fijación del cauce procesal:* este es el punto donde se ha centrado la polémica. El Consejo considera que, en coherencia con la doctrina expuesta y sin perjuicio de a quién corresponda, en última instancia, asumir el importe indemnizatorio de acuerdo con la regla anterior, debe permitirse al perjudicado dirigirse frente a la Administración, que responderá si el interesado prueba el perjuicio efectivamente sufrido y la relación de causalidad entre las operaciones propias de la ejecución del contrato y la lesión resarcible, lo que habrá de dirimirse en un procedimiento con audiencia del contratista. Este criterio general ha de encontrar las excepciones que se juzguen pertinentes (y que convendría relacionar), particularmente en el caso de los mutualismos administrativos o, de forma más general, en las concesiones de servicios o en los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos (cuyas especialidades regula el anteproyecto en el artículo 310, una vez suprimida la categoría del contrato de gestión de servicios públicos), supuestos en los que quedaría vedada la posibilidad de obtener de la Administración el resarcimiento por una lesión que no le sea imputable.

c) *En lo relativo al ejercicio de la acción de repetición:* como corolario de la prerrogativa administrativa de depurar la responsabilidad en que incurra la adjudicataria, la Administración ha de verse legalmente compelida (no meramente facultada) a repetir contra el contratista las cantidades satisfechas en concepto de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a terceros de los que tal entidad sea responsable. De cara a facilitar la recuperación por la Administración de las sumas abonadas en este supuesto, sería útil contemplar la posibilidad de que sean compensadas con las que, por cualquier concepto, se adeuden a la contratista; incluso cabría sujetar la garantía definitiva al pago de tales sumas, siempre que así se estableciera en el artículo 110 del anteproyecto.

En definitiva, procede reconsiderar la redacción del artículo 194 del anteproyecto, con vistas a su adecuación a las premisas expuestas en los párrafos inmediatamente anteriores» (Dictamen núm. 1116/2015, p 190 y 191; los entrecomillados y las cursivas son del Consejo de Estado).

5.6.3. *El cumplimiento de los contratos de servicios y su olvido por el ALCSP*

No recoge el Anteproyecto las previsiones que el TRLCSP/2011 establece respecto del *cumplimiento de los contratos de servicios* en su art. 307, y cuyo tenor es el siguiente:

«*Artículo 307. Cumplimiento de los contratos.*

1. La Administración determinará si la prestación realizada por el contratista se ajusta a las prescripciones establecidas para su ejecución y cumplimiento, requiriendo, en su

caso, la realización de las prestaciones contratadas y la subsanación de los defectos observados con ocasión de su recepción. Si los trabajos efectuados no se adecuan a la prestación contratada, como consecuencia de vicios o defectos imputables al contratista, podrá rechazar la misma quedando exento de la obligación de pago o teniendo derecho, en su caso, a la recuperación del precio satisfecho.

2. Si durante el plazo de garantía se acreditase la existencia de vicios o defectos en los trabajos efectuados el órgano de contratación tendrá derecho a reclamar al contratista la subsanación de los mismos.

3. Terminado el plazo de garantía sin que la Administración haya formalizado alguno de los reparos o la denuncia a que se refieren los apartados anteriores, el contratista quedará exento de responsabilidad por razón de la prestación efectuada, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 310, 311 y 312 sobre subsanación de errores y responsabilidad en los contratos que tengan por objeto la elaboración de proyectos de obras.

4. El contratista tendrá derecho a conocer y ser oído sobre las observaciones que se formulen en relación con el cumplimiento de la prestación contratada.»

No pasó inadvertido ese olvido al Consejo de Estado que reclama su inclusión en los siguientes términos (Dictamen núm. 1116/2015, de 10.3.2016, p. 250):

«La omisión de estas previsiones, que permiten depurar la responsabilidad del contratista por el cumplimiento defectuoso de la prestación, tanto en el momento de su recepción como durante el periodo de garantía, y que son equivalentes a las contenidas para el contrato de suministro (artículo 303, relativo a los vicios o defectos durante el plazo de garantía), no resulta aceptable. A falta de un régimen específico, se generaría una laguna difícil de integrar por analogía, con el consiguiente quebranto de la posición jurídica de la Administración a la hora de recuperar el precio satisfecho a cambio de trabajos defectuosos.

Resulta, por ende, imprescindible incluir las previsiones del artículo 307 del texto vigente, ya sea en el artículo 309 del anteproyecto, ya en un precepto específico, para apuntalar la posición jurídica de la Administración ante servicios que no están en condiciones de ser recibidos o que, tras la entrega, presentan defectos durante el periodo de garantía.»

Ni que decir tiene que si, de acuerdo con el planteamiento del Anteproyecto, el contrato tiene por objeto la prestación de servicios públicos en la que no se transfiera el riesgo operacional al gestor, el cumplimiento defectuoso de las prestaciones

conllevaría unas consecuencias cuyo impacto tendrían que soportar los usuarios, por lo cual es del todo imprescindible que el requerimiento del Consejo de Estado sea atendido en el correspondiente proyecto de ley.

5.6.4. Previsiones generales sobre aspectos de la ejecución de especial relevancia: modificación, suspensión, subcontratación y cesión de los contratos de servicios

El Anteproyecto no contiene determinaciones específicas para el contrato de servicios en relación con la modificación, suspensión, subcontratación y cesión de los contratos. Para estos ámbitos de especial relevancia de la ejecución rigen, en consecuencia, las previsiones generales del ALCSP, cuyos aspectos principales conviene recordar.

5.6.4.1. Modificación del contrato de servicios.

Los aspectos principales del Anteproyecto sobre este ámbito pueden sintetizarse así:

1º Se establecen unas prescripciones generales, aplicables a todos los contratos y por tanto al de servicios, que se localizan en los art. 201 a 205 (Libro Segundo, Título I, Capítulo I, Sección 3ª, Subsección 4ª del ALCSP) y que ya han sido objeto de análisis pormenorizado (epígrafe 4.9.5).

2º El de las modificaciones de los contratos es un ámbito que las Directivas han abordado con intensidad, como ya se ha analizado anteriormente (epígrafe 4.9.4). De ahí, pues, que sus prescripciones deban ser observadas al ser objeto de transposición, lo que en dicho ámbito se traduce en la imposibilidad de minorar los requisitos que establecen las Directivas respecto de las modificaciones contractuales. Cabría, eso sí, aumentar las exigencias y tal es la opción elegida en el ALCSP, como se ha comprobado en el análisis desarrollado.⁷⁰⁴

⁷⁰⁴ Que el régimen del Anteproyecto es más restrictivo que el de las Directivas es una realidad incuestionable, y por ello era del todo lógico que el texto de abril de 2015 lo advirtiera:

*«Respecto de la parte correspondiente a la ejecución de los contratos, hay que hacer una especial referencia a la novedad que supone el régimen de modificación del contrato, **más restrictivo que el que establecen las nuevas Directivas comunitarias**»* (EM, IV, pfo. 21).

Lo sorprendente es que, sin que el régimen de modificación se haya acomodado totalmente al de la Directiva en el texto de octubre de 2015, sí se haya suprimido la mención a la diferencia:

*«Respecto de la parte correspondiente a la ejecución de los contratos, hay que hacer una especial referencia a la novedad que supone el régimen de modificación del contrato, **en línea con lo establecido en las Directivas comunitarias**»* (EM, IV, pfo. 27).

3º A diferencia del único precepto que recogen las Directivas, la regulación de la modificación de los contratos se contiene en cuatro en el ALCSP. Ciertamente, los arts. 43 y 72 de las Directivas 2014/23 y 24/UE, (sobre concesiones y contratación pública, respectivamente) son en extremo largos, pero al incluirse en un solo precepto conforman un todo lógico, lo que tiene especial trascendencia respecto de la regla general de la prohibición de alterar el contenido sustancial del contrato (apartado 4 de los arts. 43 y 72 citados). En el Anteproyecto, y pese al esfuerzo de estructuración sistemática, la distribución en diferentes preceptos y la ausencia de una afirmación expresa de la vigencia de esa regla general plantea algunos equívocos, como se ha comentado ya.

4º Formuladas estas precisiones, las previsiones generales sobre la modificación de los contratos en el Anteproyecto se contienen en:

- Potestad de modificación del contrato (ALCSP, 201, analizada en el epígrafe 4.9.5.2).
- Modificaciones previstas en el PCAP (ALCSP, 202, epígrafe 4.9.5.3).
- Modificaciones no previstas en el PCAP (ALCSP, 203, epígrafe 4.9.5.4).
- Obligatoriedad de las modificaciones del contrato (ALCSP, 204, epígrafe 4.9.5.5).
- Procedimiento de modificación del contrato (ALCSP, 205, epígrafe 4.9.5.6).

5º A diferencia de lo que sucede con la concesión de servicios públicos, objeto de una previsiones específicas respecto de la modificación (ALCSP, 288, epígrafe 4.9.6), la falta de una correlativa consignación en el contrato de servicios cuando su objeto lo constituyen servicios públicos, supone una limitación más como tendrá ocasión de resaltarse (epígrafe 5.9.3).

5.6.4.2. Suspensión del contrato de servicios.

A) Consideraciones generales

Como se recordará, el Anteproyecto prescribe la no aplicación a la concesión de servicios de la *suspensión del contrato* regulada en su art. 206 (la exclusión se

dispone en el art. 284 del ALCSP).⁷⁰⁵ Al igual que la obligación correlativa de no interrupción que se le impone al gestor, se trata de otra manifestación del principio de continuidad y regularidad en la prestación de los servicios públicos (principio recogido en los art. 286.1 del ALCSP y 280.1 del TRLCSP).

Para el contrato de servicios, sin embargo, no se consigna esa exclusión, por lo que resultan de plena aplicación las determinaciones del Anteproyecto, cuyo tenor es el siguiente:

«Artículo 206. Suspensión de los contratos (antecedente, art. 220 TRLCSP)

1. Si la Administración acordase la suspensión del contrato o aquélla tuviere lugar por la aplicación de lo dispuesto en el artículo 196.5, se extenderá un acta, de oficio o a solicitud del contratista, en la que se consignarán las circunstancias que la han motivado y la situación de hecho en la ejecución de aquél.

2. Acordada la suspensión, la Administración abonará al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste con sujeción a las siguientes reglas:

a) Salvo que el pliego que rija el contrato establezca otra cosa, dicho abono sólo comprenderá, en su caso, los siguientes conceptos:

1º) Gastos por mantenimiento de la garantía definitiva.

2º) Indemnizaciones por extinción o suspensión de los contratos de trabajo que el contratista tuviera concertados para la ejecución del contrato al tiempo de iniciarse la suspensión.

3º) Gastos salariales del personal que necesariamente deba quedar adscrito al contrato durante el período de suspensión.

4º) Alquileres o costes de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos siempre que el contratista acredite que estos medios no pudieron ser empleados para otros fines distintos de la ejecución del contrato suspendido.

5º) Un 3 por 100 del precio de las prestaciones que debiera haber ejecutado el contratista durante el período de suspensión, conforme a lo previsto en el programa de trabajo o en el propio contrato.

b) Sólo se indemnizarán los períodos de suspensión que estuvieran documentados en la correspondiente acta. El contratista podrá pedir que se extienda dicha acta. Si la Administración no responde a esta solicitud se entenderá, salvo prueba en contrario, que se ha iniciado la suspensión en la fecha señalada por el contratista en su solicitud.

c) El derecho a reclamar prescribe en un año, contado desde que el contratista reciba la orden de reanudar la ejecución del contrato».

De entre los diferentes supuestos que motivan la suspensión, el que plantea más problemas a la Administración en el caso de servicios públicos gestionados mediante contrato de servicios es el que insta el contratista ante el impago por aquélla, supuesto al que se refiere el primer apartado del art. 206 antes transcrito, y que viene regulado en el art. 196.5 del ALCSP en los siguientes términos:

⁷⁰⁵ Se establece para la concesión, pues, la determinación que se ha venido incluyendo para el contrato de gestión de servicios públicos, desde la primera ley básica de contratos hasta la hoy vigente: así, en el TRLCSP/2011 (art. 276 y 220), la LCSP/2007 (252 y 203), el TRLCAP/2000 (155.5 y 102) y la LCAP/1995 (156.5 y 103), como se recuerda en el epígrafe 4.5.1.3ª.

«Si la demora en el pago fuese superior a cuatro meses, el contratista podrá proceder, en su caso, a la suspensión del cumplimiento del contrato, debiendo comunicar a la Administración, con un mes de antelación, tal circunstancia, a efectos del reconocimiento de los derechos que puedan derivarse de dicha suspensión, en los términos establecidos en esta Ley».

Instada, pues, la suspensión y transcurrido un mes sin que se haya producido el pago, las consecuencias que se derivarán serán las siguientes:

1ª Suspensión efectiva por parte del contratista de la prestación del servicio público, con evidente perjuicio para los usuarios del mismo, circunstancia que no se hubiera producido de haberse mantenido el régimen previsto para el contrato de gestión de servicios públicos (ex TRLCSP, 276 y 220), o el regulado para la concesión de servicios también públicos (ex ALCSP, 284 y 206).

Debe recaerse en el hecho de que el régimen legal establecido no admite excepciones, por lo que no cabe introducirlas en el pliego, aunque se trate de servicios públicos integrantes del núcleo duro de lo que se ha venido en llamar la *procura asistencial*; así, los servicios sanitarios o de asistencia social.⁷⁰⁶

2ª Abono al contratista de los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste, que en su novedosa formulación mínima legal incluye los gastos detallados en la letra a) del art. 206.2 del ALCSP antes transcrito, durante los períodos de suspensión acreditados y sujeto el derecho a reclamarlos al período de prescripción de un año, a contar desde que el contratista reciba la orden de reanudar la ejecución del contrato (ex ALCSP, 206.2, letras b y c).

B) La opinión del Consejo de Estado

⁷⁰⁶ No se trata, obviamente, de justificar el impago por las Administraciones, sino de dejar constancia del diferente régimen que el legislador establece en atención al objeto del actual contrato de gestión de servicios públicos (ex 216.5, 220.1 y 276 TRLCSP), o de la concesión de servicios públicos en el ALCSP, y a las exigencias derivadas de la aplicación del principio de continuidad y regularidad servicial señalado.

Sobre la idea de *procura asistencial* y el antecedente del *daseinsvorsorge*, de formulación alemana (FORSTHOFF) y su recepción española, véase MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (1962: 36-65), GARCÍA-PELAYO (1989: 26-30), PEMÁN GAVIN (2001: 92-93) y MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS (2007: 49-50); la STS de 28.5.1991 (Ar 4298) alude también al concepto de *asistencia vital y deseinsvorsorge* (sic) (FJ 5º).

El Consejo analiza pormenorizadamente la regulación contenida en el art. 206 del ALCSP, relativo a la *suspensión del contrato*, y lo hace en los siguientes términos (Dictamen núm. 1116/2015, de 10.3.2016, p. 210 a 214):

«Este precepto recoge el deber de la Administración de indemnizar al contratista por los daños y perjuicios efectivamente sufridos por este a consecuencia de una suspensión del contrato a ella imputable. Tres son las novedades que el artículo 206 del anteproyecto representa respecto del artículo 220 del TRLCSP (el cual reitera una regla de larga usanza en nuestra legislación de contratación administrativa). Se analizará cada una de ellas.

El alcance y contenido del derecho del contratista a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la suspensión contractual ha sido el germen de no pocas controversias jurídicas.

El Consejo de Estado ha reiterado que las consecuencias indemnizatorias que puede llevar eventualmente aparejada la suspensión temporal de una obra tiene unos efectos onerosos que no pueden recaer sobre el contratista si no es imputable a él la causa directa o indirecta de la suspensión (entre otros muchos, dictamen n° 1.847/2007, de 17 de octubre).

Ahora bien, como reconoce la Memoria de este Alto Cuerpo Consultivo de 2007, el problema surge en el momento de evaluar la extensión de los daños que pueden integrar la indemnización procedente. Normalmente no suele haber duda, ni suscitarse dificultades, en cuanto a la evaluación de los costes directos e indirectos que para el contratista pueda haber comportado la suspensión contractual.

Sin embargo, sí existen habitualmente discrepancias entre los órganos administrativos a la hora de efectuar el cómputo de los denominados "gastos generales". A este respecto, la doctrina del Consejo de Estado viene manteniendo de modo constante (véase el reciente dictamen 894/2014, de 30 de octubre), que tales gastos "pueden y deber ser indemnizados si se producen, pero ha de acreditarse su realidad, efectividad e importe, sin que sea dable ni presumir su existencia ni determinar su cuantía mediante un porcentaje del presupuesto de ejecución material, puesto que la ley es tajante al exigir que se trate de daños efectivamente sufridos". Por el contrario, la doctrina del Consejo de Obras Públicas, conforme a las justificaciones expuestas en el anexo a su sesión 18/2003, de 12 de junio de 2003, del Pleno, viene considerando

conveniente efectuar una valoración aproximada de la cuantía que pueda suponer ese concepto de gastos generales, aplicando un coeficiente corrector sensiblemente inferior al general utilizado para la contratación (el 3% frente a coeficientes del 13% o 17% u otros).

Todas estas dificultades interpretativas se verán superadas en virtud del artículo 206 del texto remitido en consulta, que enumera los conceptos por los que, en su caso, el contratista será indemnizado, salvo que el pliego establezca otra cosa.

Esta enumeración comprende los conceptos indemnizatorios que están presentes con asiduidad en los casos de suspensión contractual (entre otros, gastos de mantenimiento de la garantía definitiva, gastos salarial es de personal necesariamente adscrito al contrato durante la suspensión, alquiler de maquinaria e instalaciones, ...) y concluye con una cláusula de cierre del 3% del precio de las prestaciones que debiera haber ejecutado el contratista durante el periodo de suspensión, conforme a lo previsto en el programa de trabajo o en el propio contrato. Esta cláusula de cierre no está conceptualmente ligada a los llamados "gastos generales", pero zanja la polémica existente sobre la procedencia de su abono -al no mencionarlos-, fijando una indemnización determinada por un porcentaje del montante de los trabajos suspendidos.

Esta mayor seguridad jurídica es merecedora de una valoración positiva. Con todo, al margen de esta cláusula de cierre, para todos los demás conceptos indemnizatorios es importante que prevalezca sobre su enumeración (que se entiende cerrada) la efectividad en la producción de los daños y perjuicios. Por ello, la genérica fórmula "en su caso" debe reemplazarse en el artículo 206.2.a) por otra más concreta, de manera que se inicie con esta dicción u otra similar: "*Salvo que el pliego que rija el contrato establezca otra cosa, dicho abono sólo comprenderá, **siempre que en los puntos 1º a 4º se acredite fehacientemente su realidad, efectividad e importe**, los siguientes conceptos: ...*"(el resto igual).

Dispone el artículo 206.2.b) que "*sólo se indemnizarán los períodos de suspensión que estuvieran documentados en la correspondiente acta. El contratista podrá pedir que se extienda dicha acta. Si la Administración no responde a esta solicitud se entenderá, salvo prueba en contrario, que se ha iniciado la suspensión en la fecha señalada por el contratista en su solicitud*".

En este precepto se condiciona el reconocimiento del derecho a la indemnización por suspensión a favor del contratista a la documentación mediante acta del hecho suspensivo. Ahora bien, para que la inactividad de la Administración no pueda impedir el acceso al ejercicio de la acción resarcitoria se habilita al contratista para pedir la expedición del acta y, en el caso de que la Administración no atienda tal petición, se establece la presunción iuris tantum de que la suspensión ha comenzado en la fecha indicada por el contratista en su solicitud.

Dicha regla resulta acorde a la reiterada doctrina del Consejo de Estado conforme a la cual "la falta de declaración oficial de la suspensión de las obras no constituye obstáculo para que por la Administración contratante se eludan las responsabilidades, en su caso, a ella imputables" (dictamen n° 952/2011, de 22 de septiembre). Dicho de otro modo, el incumplimiento por la Administración de su obligación de documentar la suspensión contractual a ella imputable no puede redundar en su propio beneficio, imposibilitando el ejercicio de la acción indemnizatoria que genera tal suspensión.

Se considera, por ende, positiva la introducción en el artículo 206.2.b) del anteproyecto de la regla transcrita.

Distinta valoración merece, en cambio, la previsión del artículo 206.2.c). Esta letra fija en un año el plazo de prescripción del derecho a reclamar por los daños y perjuicios derivados de la suspensión contractual, contado desde la orden de reanudación de la ejecución del contrato.

Tal y como ha repetido este Consejo de Estado (entre otros, dictamen n° 990/2009, de 16 de julio), la acción de indemnización de daños y perjuicios deducida por la paralización de la ejecución de la prestación se funda en el contrato administrativo suspendido, por lo que "debe configurarse como un supuesto de responsabilidad contractual". Por lo que hace al plazo de ejercicio de la acción, dado que se trata de una reclamación de indemnización de carácter contractual, "debe estarse al plazo de prescripción de cuatro años previsto en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (artículo 25.1), término en el que puede instarse el reconocimiento de obligaciones por la Hacienda Pública" (dictamen n° 1.208/2012, de 13 de diciembre).

Aun cuando, obviamente, la anterior regla puede ser alterada por el legislador, la naturaleza contractual de la acción desaconseja establecer en un año el plazo de prescripción, que claramente la conectaría con la acción de responsabilidad

extracontractual, de cuya configuración no participa. Se sugiere, en suma, elevar el aludido plazo a cuatro años, en consonancia con el citado artículo 25.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o a cinco años, si se quiere enlazar con el nuevo plazo general de prescripción de las acciones personales (artículo 1964.2 del Código Civil, en la redacción procedente de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), descartando, en todo caso, una duración anual.

Sí resulta aconsejable, por el contrario, tomar como *dies a quo* la fecha de la orden de reanudación de la ejecución del contrato, la cual había sido deducida por vía interpretativa por el Consejo de Estado. En este sentido, señala el dictamen n° 2.368/2010, de 10 de marzo de 2011, que "*el dies a quo* lo constituye el día de levantamiento de la suspensión, es decir, cuando se reanuda la ejecución del contrato"» (Dictamen núm. 1116/2015, p. 210 a 214; los entrecomillados, las cursivas y las negritas son del Consejo de Estado).

Además de lo ilustrativas que resultan las consideraciones y explicaciones, deberían, desde luego, incorporarse las recomendaciones del Alto órgano consultivo relativas a la *acreditación fehaciente de la realidad, efectividad e importe de los otros daños y perjuicios causados* (inciso en el art. 206. 2. a), en sustitución de la expresión *en su caso*, y al *plazo de prescripción del derecho a reclamarlos, modificando la previsión de un año por la más pertinente de cuatro* (vinculación con el previsto en la L 47/2003, General Presupuestaria), que entiendo más adecuada que la de cinco años (nuevo plazo general de las acciones personales del art. 1964.2 del Código civil, en la redacción dada por la L 42/2015).

Precisado todo lo anterior, debe resaltarse lo paradójico que resulta que tratándose servicios públicos en cualquier caso, su prestación no pueda ser suspendida si se traslada el riesgo operacional al gestor, en razón de que el contrato sea el de concesión, y en cambio sí lo sea al no producirse ese traslado, atendido el argumento de que tal prestación se desarrolle en el marco de un contrato de servicios.

5.6.4.3. Subcontratación

Las previsiones sobre subcontratación se localizan en los art. 213, 214 y 215 del Anteproyecto, y ya han sido objeto de estudio (epígrafe 4.18).

Recordado esto, debe consignarse no obstante la regla según la cual «*en el contrato de concesión de servicios, la subcontratación solo podrá recaer sobre prestaciones accesorias*» (ALCSP, 294, que sigue el precedente del TRLCSP, 289, analizado en el epígrafe 4.10.2). Las mismas razones que justifican este mandato sobre su utilización con carácter accesorio abonarían su inclusión en el contrato de servicios para los casos en que su objeto fuera un servicio público. Su omisión, por tanto, constituye una disfunción más de la configuración normativa de su aplicación a la gestión de servicios públicos, aunque subsanable –eso sí– mediante la prescripción de ese carácter accesorio en el PCAP.

5.6.4.4. Cesión del contrato de servicios

Siguiendo el precedente del TRLCSP (226), la cesión del contrato se regula en el art. 212 del Anteproyecto. Dichos preceptos han sido analizados pormenorizadamente (epígrafe 4.7.8.3), por lo que a su estudio me remito en relación con el contrato de servicios, no sin dejar de recordar las reservas expresadas y la necesidad de una adecuación a la correcta transposición en el art. 212 del Anteproyecto a la Directiva 2014/24/UE (art. 72.1.d).⁷⁰⁷

5.7. Especialidades de los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos

5.7.1. Regulación

«*Artículo 310. Especialidades de los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos.*

- 1. En los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos, en particular en los sanitarios y sociales, la Administración conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate.*
- 2. El pliego podrá prever para el adjudicatario de un contrato de servicios de esta naturaleza, las obligaciones de prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan*

⁷⁰⁷ Como se recordará, con esa misma opinión se expresan también (epígrafe 4.7.8.3.): el propio Consejo de Estado (Dictamen núm. 1116/2015, de 10.3.2016, p. 229 a 231), VÁZQUEZ MATILLA (2015: 96-97) y, en relación con la concesión de servicios públicos (Directiva 2014/23/UE, art. 43.1.d), la *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* (IPN/CNMC/015/10, de 16.7, p. 76).

sido establecidas y mediante el abono en su caso de la contraprestación económica fijada; de cuidar del buen orden del servicio; de indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, con la salvedad de aquellos que sean producidos por causas imputables a la Administración; y de entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato en el estado de conservación y funcionamiento adecuados.

3. *La prestación de los servicios a que se refiere el presente artículo se efectuará en dependencias o instalaciones propias del contratista, siempre que sea posible. De no ser esto posible, se harán constar las razones objetivas que con carácter excepcional motivan la prestación en centros dependientes de la entidad contratante. En estos casos, se intentará que los trabajadores de la empresa contratista no compartan espacios y lugares de trabajo con el personal al servicio de la Administración y, de no ser así, se diferenciarán claramente las funciones y los puestos del personal de la Administración y los de la empresa adjudicataria, a efectos de evitar la confusión de plantillas. Los trabajadores y los medios de la empresa contratante se identificarán mediante los correspondientes signos distintivos, tales como uniformidad o rotulaciones.»*

5.7.2. Consideraciones generales

El precepto transcrito supone una de las novedades principales de la regulación del contrato de servicios por el ALCSP. Incorpora contenidos que no se encuentran en el TRLCSP, bajo el título de *especialidades de los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos*. Para una correcta valoración del precepto, con todo, hay que tener en cuenta las siguientes premisas:

1ª) Los apartados 1 y 2 del art. 310 del Anteproyecto sí contienen, efectivamente, unas especialidades como instrumento para adaptar el contrato de servicios a la gestión de servicios públicos, supuesto de hecho que debe identificarse con el de *prestaciones directas a favor de los ciudadanos*, como ya se ha tenido oportunidad de reseñar y analizar (epígrafe 5.3.2.).

Y a tal efecto se centra en los *poderes de policía* que conserva la Administración para asegurar la buena marcha de los servicios públicos, así como las *obligaciones del contratista que respecto de los mismos pueden fijarse en el PCAP*.

2ª) El apartado 3 del art. 310 del ALCSP, sin embargo, se centra en adoptar una serie de medidas y prevenciones para asegurar la *diferenciación entre las tareas de los empleados del contratista de servicios y las funciones del personal al servicio de la entidad pública contratante*.

Y pese a que se ubique en un precepto cuyo título es el indicado, y la remisión que efectúa al inicio de este apartado 3, tales medidas y prevenciones deberían adoptarse tanto para los contratos de servicios cuyos beneficiarios sean los ciudadanos usuarios de los servicios públicos, como aquellos otros en que la destinataria sea la propia Administración, como se verá más adelante.

5.7.3. Poderes de policía y obligaciones del contratista

5.7.3.1. Poderes de policía

El precepto se inicia con la mención a la expresión *contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos*, ya comentada, y a los que vincula, en particular, con los de servicios *sanitarios y sociales*, constituyendo así prueba irrefutable de su naturaleza de servicios públicos (ex CE, 41, 43 y 50).

Respecto de tales contratos se introduce la determinación de que *la Administración conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate*, lo que supone la traslación al contrato de servicios de la previsión contenida para las concesiones de servicios en el ALCSP (285.2) y en el TRLCSP (279.2, referido al CGSP), objeto ya de análisis (epígrafe 4.6). Se trata de una fórmula algo arcaica y que en la legislación más actualizada se sustituye por la referencia a la *potestad de dirección y control del servicio público*. Pese al intento, la fórmula de los poderes de policía se mueve en el ámbito estrictamente contractual, y no puede alcanzar a sustituir a las prerrogativas y potestades exorbitantes que la legislación, local principalmente, atribuye a la Administración titular del servicio público y a la gestión indirecta del mismo.⁷⁰⁸

5.7.3.2. Obligaciones del contratista

Respecto del art. 310.2 del Anteproyecto cabe formular las consideraciones siguientes:

⁷⁰⁸ Aluden, expresamente, a la potestad de dirección y control del servicio, el TRLCat/2003 (art. 251), la LRioja 1/2003 (art. 211.2) y la LArag 7/1999 (art. 210.2).

1ª) El precepto abre la posibilidad a que *el pliego podrá prever para el adjudicatario* (en rigor, debiera ser el contratista) una *serie de obligaciones*, cuya relación guarda paralelismo con las establecidas para el concesionario de servicios en el ALCSP (286 y 289, con los precedentes del TRLCSP, 280 y 283, referidos al contrato de gestión de servicios públicos), objeto ya de estudio (epígrafes 4.7 y 4.10).

La relación de obligaciones y los aspectos a resaltar de su correlación con las del concesionario son los siguientes (ALCSP):

1ª.a) Prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono, en su caso, de la contraprestación económica fijada. Por lo que se refiere a su correlativa obligación en el art. 286. a), se ha suprimido la referencia a las *tarifas aprobadas*, propias de la concesión.

1ª.b) Cuidar del buen orden del servicio. Respecto de la regulada en el art. 286 b), no se ha recogido la previsión de que el concesionario puede dictar las oportunas instrucciones, sin perjuicio de los poderes de policía que corresponden a la Administración, de lo que cabe deducir que es porque se entiende que el contratista de servicios no puede hacerlo.

1ª.c) Indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración. Se corresponde con la prevista en el art. 286 c), dando lugar a la problemática de la concurrencia de las diferentes reglas, general y específica, de la responsabilidad patrimonial, a que se ha hecho ya referencia (epígrafe 5.6.2.).

1ª.d) Entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato en el estado de conservación y funcionamiento adecuados. Se incorpora aquí la definición material de las obligaciones de entrega propias de la *reversión*, figura cuya mención obvia, y que viene regulada en el art. 289 del ALCSP (TRLCSP, 283), con determinaciones que no se reproducen para el contrato de servicios; en particular, la muy relevante de que los bienes afectos a la concesión que vayan a revertir a la Administración no podrán ser objeto de embargo (novedad del apartado 3 del art. 289 del ALCSP), y que con ocasión de su estudio extendíamos a todos los bienes afectados al servicio público (epígrafe 4.10.3.4ª).

1ª.e) No se incluye, tampoco, la obligación recogida en el art. 286. d), de respetar el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, respecto de las empresas de Estados miembros de la Comunidad Europea o signatarios del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio, en los contratos de suministro consecuencia del de concesión de servicios.

2ª) Una vez establecida la correlación con el art. 286 del Anteproyecto, hay que reproducir el comentario efectuado sobre el mismo: que la enumeración de obligaciones del contratista que recoge el referido precepto es extremadamente parca e incompleta. Y es por ello que, para suplir esas deficiencias, es conveniente recordar que se dispone de un *corpus jurídico*, integrado por la legislación local básica y autonómica sobre los servicios públicos y su gestión indirecta, y completado con un denso caudal jurisprudencial. Es a partir de ese *corpus* que la escueta relación de obligaciones del art. 286 del ALCSP (como la de su antecedente, 280 del TRLCSP) se amplía, dando lugar a la ya examinada relación de obligaciones del concesionario que se reproduce a continuación y a cuyo análisis me remito (epígrafe 4.7):

2ª.a) Ejecutar las obras previstas en el caso de que la concesión las comprendiera.

2ª.b) Prestar el servicio de conformidad con la legislación aplicable y con arreglo a las previsiones contractuales.

2ª.c) Prestar el servicio de acuerdo con las modificaciones ordenadas por la corporación con posterioridad a la adjudicación de la concesión.

2ª.d) Admitir el acceso de los usuarios al servicio y garantizar su derecho a utilizarlo.

2ª.e) Indemnizar a terceros por los daños causados.

2ª.f) Conservar los bienes afectos al servicio y cumplir el resto de obligaciones relativos a los mismos y, en particular, las relativas a la reversión.

2ª.g) Ejercer por sí la concesión con excepción de los supuestos autorizados.

2ª.h) Cuidar del buen orden del servicio.

2ª.i) Respetar el principio de no discriminación por razón de nacionalidad en los contratos de suministros derivados de la concesión.

2ª.j) Obligaciones respecto de las zonas complementarias de explotación comercial.

2ª.k) Cumplir el resto de obligaciones establecidas.

3ª) Volviendo a las previsiones sobre el contrato de servicios hay que formular dos comentarios vinculados.

En primer término, que la imposición al contratista de las obligaciones recogidas en el art. 310 del ALCSP queda supeditada a su consignación en el pliego, por lo que su no-inclusión en el mismo no permitiría su exigencia al contratista. Se revela así la diferente naturaleza respecto de la concesión de servicios públicos, toda vez que para ésta la exigencia de tales obligaciones deriva de la ley.

Y es por ello que, aun admitiendo que se puedan imponer al contratista esas obligaciones, su fuerza se circunscribirá siempre al marco contractual (*ex PCAP, no ex lege*), sin el amparo que las ya aludidas prerrogativas y potestades exorbitantes que la legislación, local principalmente, atribuye a la Administración titular del servicio público y a la gestión indirecta del mismo.

5.7.4. Prestación de servicios y diferenciación entre los empleados del contratista y el personal al servicio de la Administración

Respecto de esta novedosa previsión cabe señalar los comentarios siguientes:

1) Se establece un mandato general y su excepción, así como las determinaciones aplicables a esta; así (ALCSP, 310.3):

1.a) Mandato: la prestación de los servicios a que se refiere el presente artículo se efectuará en dependencias o instalaciones propias del contratista, siempre que sea posible.

1.b) Excepción: de no ser esto posible, se harán constar las razones objetivas que con carácter excepcional motivan la prestación en centros dependientes de la entidad contratante. En estos casos:

- se intentará que los trabajadores de la empresa contratista no compartan espacios y lugares de trabajo con el personal al servicio de la Administración;
- y, de no ser así, se diferenciarán claramente las funciones y los puestos del personal de la Administración y los de la empresa adjudicataria, a efectos de evitar la confusión de plantillas;
- los trabajadores y los medios de la empresa contratante se identificarán mediante los correspondientes signos distintivos, tales como uniformidad o rotulaciones.

2) Tal como se ha anticipado, pese a que se ubique en un precepto que se intitula *especialidades de los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos*, y a la remisión que efectúa al inicio de su apartado 3, las determinaciones transcritas entiendo que deberían adoptarse también para aquellos otros contratos que no las comporten, esto es, los que tienen como destinataria a la propia Administración. Para justificarlo es necesario acudir a los antecedentes del precepto.

3) La ya aludida Moción del Tribunal de Cuentas de 26.2.2009, como resultado de las fiscalizaciones llevadas a cabo, pone de manifiesto las irregularidades detectadas en la contratación de empresas para la realización de trabajos o servicios vinculados directamente con actividades logísticas o que formaban parte de las funciones de gestión interna propias de los organismos dependientes de la Administración General del Estado analizados.⁷⁰⁹

Como consecuencia de la referida Moción se adoptaron la serie de medidas parlamentarias (Resolución de la Comisión Mixta de las Cortes Generales para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas de 27.10.2010), legislativas (RD Ley 20/2012, DA 1ª) y administrativas ya comentadas en relación con el art. 306.2 del ALCSP (epígrafe 5.4.2, apartados 3 y 4). Pues bien, de tales medidas y en relación con el precepto que se analiza, interesa destacar los extremos recogidos en las ya citadas Instrucciones del MINHAP de 28.12.2012 y Recomendación 1/2013 de la JCCA Aragón que se detallan a continuación:

3.a) Como referente normativo objeto de las prácticas irregulares se alude siempre al art. 10 del TRLCSP y a la *contratación de servicios externos* (IMINHAP, 1.2 y R

⁷⁰⁹ Así, los organismos y el objeto de las tareas que desarrollaban los empleados de las empresas vinculadas mediante contratos de consultoría y asistencia y de servicios eran los siguientes (Moción, apartado II, BOE núm. 15, del 18.1.2011):

- Oficina Española de Patentes y Marcas (objeto: tratamiento de expedientes, trabajos informáticos, movimiento de mobiliario y documentación, desde 1996 a 2002).
- Fondo Español de Garantía Agraria (servicio de grabación de datos, entre 1994 y 2004).
- Confederaciones Hidrográficas del Guadalquivir y del Tajo (contratos prorrogados para externalizar diversas actividades jurídico-administrativas y económicas, puestos de manifiesto en el Informe de fiscalización aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas el 26.9.2007).
- Institutos Nacionales de la Seguridad Social y de la Salud y Tesorería General de la Seguridad Social (ante la insuficiente estructura de personal propio con cualificación informática, se generalizó la contratación administrativa que encubría auténticas contrataciones de personal, efectuadas al margen de la legislación y para el cumplimiento de las funciones generales de las entidades, 1994-1998).

1/2013, II 3ª), y que debe evitarse su utilización para suplir la carencia de medios personales cuando se trate de hacer frente a necesidades permanentes de personal relacionadas con el ejercicio de las competencias que tenga atribuidas la entidad u órgano de que se trate (IMINHAP, 2.1).

3.b) El mandato de que la prestación de servicios se efectuará en las dependencias o instalaciones propias del contratista y las determinaciones sobre las excepciones al mismo se definen, en los mismos términos utilizados por el art. 310.3 del ALCSP, en las Instrucciones del MINHAP (3.5 y 3.6) y en las que acompañan a la Recomendación 1/2013 de la JCCA Aragón (3.7º pfo.).

4) De los antecedentes expuestos se concluye que las medidas prescritas en dicho precepto fueron ideadas para adoptarlas en los contratos de servicios cuyas prestaciones son aprovechadas mayormente por la propia Administración contratante, y no precisamente en aquellos que conllevan prestaciones directas a favor de los ciudadanos; dicho en términos más tradicionales: las patologías que se tratan de evitar son más propias de los servicios no públicos, esto es, el que ha venido siendo hasta ahora el ámbito natural del contrato de servicios. En consecuencia, la regla general de prestación en las instalaciones del contratista y las determinaciones sobre sus excepciones (identificación de los trabajadores para que no se confundan con empleados públicos, no compartición de espacios y diferenciación de tareas), no deberían figurar en el art. 310 del ALCSP, cuyo título alude a las prestaciones directas a la ciudadanía, sino en el genérico art. 306, sobre *contenido y límites* del contrato de servicios (como apartado 3 del mismo).

5) Pero es que incluso yendo más allá, todas esas prevenciones y la calificación de las excepcionalidades que contiene el precepto no se adecuan a los múltiples contratos de gestión de los servicios públicos en los ámbitos sanitario, asistencial, educativo y cultural, en los que, al no concurrir transferencia del riesgo operacional, no serían subsumibles en la concesión de servicios, y deberían serlo en el contrato de servicios en aplicación del planteamiento del Anteproyecto. Una vez más se ponen de manifiesto las disfuncionalidades de este planteamiento, pues lo que sirve para un ámbito del contrato (los servicios no públicos), supone un inconveniente para el otro (los servicios con prestaciones directas para la ciudadanía), porque, efectivamente, los centros de asistencia primaria, los centros de día para mayores, las escuelas infantiles y guarderías y las ludotecas y centros culturales son mayoritariamente de propiedad municipal, bienes de dominio público afectos a los servicios públicos que se prestan en tales dependencias e instalaciones, y cuya gestión se contrata con un tercero. No hay

excepcionalidad alguna en estos casos, sino la realidad que ha venido siendo propia del contrato de gestión de servicios públicos, preferentemente bajo la modalidad del concierto. El mantenimiento, pues, del redactado del art. 310.3 del Anteproyecto supondría un problema en la gestión contractual de tales servicios públicos.

5.8. Causas y efectos de la resolución

5.8.1. Introducción

Tal como ya se analizó, la *resolución* es una de las modalidades genéricas de *extinción de los contratos*, junto con el *cumplimiento* (TRLCSP, 221), a las que el Anteproyecto añade la *declaración de nulidad* (art. 207 en relación con el 42). Centrándonos en la resolución, y con remisión a las consideraciones efectuadas sobre las otras dos modalidades (epígrafe 4.13.1), también en el contrato de servicios podemos distinguir las *causas específicas* del mismo, y las *generales*, que le resultan aplicables en tanto que lo son a todos los contratos, con las peculiaridades que se prevén, y a cuyo estudio se dedican los siguientes apartados.

5.8.2. Causas generales de resolución, aplicación y efectos

5.8.2.1. Causas generales comunes al contrato de servicios y a la concesión de servicios

Las causas generales de resolución de los contratos ya han sido analizadas con detalle en relación con la concesión de servicios, distinguiendo las que resultan aplicables y las que no (epígrafe 4.13.2). Centrado el estudio en el contrato de servicios, se dan por reproducidas las consideraciones efectuadas atendido que les resultan de aplicación en razón de ser comunes a ambos contratos las causas generales de resolución siguientes:

- a) La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual (TRLCSP, 223 y ALCSP, 209.1, letras a y 1^o inciso, analizadas en el epígrafe 4.13.2.1).
- b) La extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista (TRLCSP, 223 y ALCSP, 209.1, letras a y 2^o inciso, en epígrafe 4.13.2.2).

- c) La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento (TRLCSF, 223 y ALCSP, 209.1, letras b, en epígrafe 4.13.2.3).
- d) El mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista (TRLCSF, 223.c y ALCSP, 209.1.c y 210.4, en epígrafe 4.13.2.4).
- e) El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato según el TRLCSF (223.f, en epígrafe 4.13.2.7).
- f) El incumplimiento de la obligación principal del contrato y las restantes esenciales consignadas de manera precisa, clara e inequívoca según el ALCSP (209.1.f, en epígrafe 4.13.2.8).
- g) La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I del TRLCSF (223.g, en epígrafe 4.13.2.9).
- h) La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 202 y 203; o cuando dándose las circunstancias establecidas en el artículo 203, las modificaciones impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del mismo, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por ciento del precio inicial del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, según el ALCSP (209.1.g, en epígrafe 4.13.2.10).
- i) Las establecidas expresamente en el contrato, según el TRLCSF (223.h, en epígrafe 4.13.2.11).

Asimismo, también son aplicables al contrato de servicios las consideraciones efectuadas en relación con la concesión de servicios y relativas a la *prioridad cronológica en la apreciación de las causas de resolución del contrato* (ALCSP, 209.2, en epígrafe 4.13.2.14) y al *incumplimiento culpable del contratista y los efectos respecto de la garantía* (ALCSP, 211.3 y .5, en epígrafe 4.13.2.15).

Finalmente, hay que precisar que, aunque no previstas específicamente como causas generales de resolución del contrato (*ex* TRLCSF, 223 y ALCSP, 209, *a contrario*), sí cabe considerar como tales en el de servicios públicos la *subcontratación de prestaciones no accesorias* y la *cesión incontestada*, toda vez que supondría un incumplimiento doble; así:

- de la obligación general de observar las prescripciones sobre la cesión de los contratos y subcontratación (TRLCSF, 226 y 227, 228 y 228 bis, en relación con el 289, por analogía, y ALCSP, 212 y 213, 214 y 215 con relación al 294, respectivamente);
- de la obligación específica de prestar el servicio, detallada en el Anteproyecto en el contrato de servicios, en relación con los que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos y siempre que así se prevea en el pliego (art. 310.2).

Y de ahí que quepa concluir que la subcontratación de prestaciones esenciales, de un lado, y la cesión efectivamente realizada sin la autorización previa y expresa de la Administración, de otro, deban llevar aparejada, a mi juicio, la resolución del contrato de servicios en términos análogos a la de la concesión de servicios.⁷¹⁰

5.8.2.2. Causas generales aplicables al contrato de servicios que no lo son a la concesión de servicios

A diferencia de la concesión de servicios, a la que se veda la aplicación de dos causas generales (TRLCSF, 286 y ALCSP, 292, 1r inciso, véanse epígrafes 4.13.2.4 y .5), en el contrato de servicios sí resultan aplicables las causas siguientes:

A) Demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista

El tratamiento por los textos respectivos es distinto, lo que aconseja su comentario por separado.

a) Demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y el incumplimiento del plazo señalado en la letra c) del apartado 2 del artículo 112 (TRLCSF, art. 223.d).

Es causa de resolución la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y el incumplimiento del plazo señalado en la letra c) del apartado 2 del artículo 112 del TRLCSF, cuyo tenor es el siguiente:

⁷¹⁰ Sobre la cesión del contrato y la subcontratación en la concesión me remito al análisis realizado (epígrafe 4.7.8). Respecto de la obligación de prestación del servicio en los que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos, véase el epígrafe 5.7.4.

«El plazo de inicio de la ejecución del contrato no podrá ser superior a quince días hábiles, contados desde la formalización. Si se excediese este plazo, el contrato podrá ser resuelto, salvo que el retraso se debiera a causas ajenas a la Administración contratante y al contratista y así se hiciera constar en la correspondiente resolución motivada».

La aplicación de esta causa de resolución obedece a la vinculación de la misma con los art. 212 y 213 del TRLCSP, sobre «*ejecución defectuosa y demora*» y «*resolución por demora y prórroga de los contratos*», respectivamente. Como se recordará, tales preceptos no son aplicables al CGSP y a la concesión por imperativo del art. 276 del mismo Texto, que excluye las penalidades en atención a las especialidades de tales contratos y al régimen sancionador propio de éstos, tal como ya tuvimos ocasión de exponer (epígrafe 4.5). En cambio, no encontramos en los contratos de servicios una disposición semejante, por lo cual cabe entender que sí rige para tales contratos esa causa de resolución; y así es, sin duda, con carácter general.

Sucede, sin embargo, que en el supuesto de la gestión de servicios públicos mediante el contrato de servicios tal causa tiene una incidencia limitada, toda vez que la demora como causa de resolución es determinante en los contratos de resultado; así, de obras o de suministros o en los de servicios que tengan tal configuración (la entrega de un informe, por ejemplo). Contrariamente, en los de *tracto sucesivo*, que son los propios de la gestión de servicios públicos, lo relevante son los incumplimientos en la prestación de los servicios, y de ahí que, en el CGSP, se exija el establecimiento de un régimen sancionador propio para responder adecuadamente a tales incumplimientos.

En conclusión, por tanto, rige esta causa para los contratos de servicios públicos en que la demora en el cumplimiento de los plazos resulte relevante de acuerdo con los contenidos propios de las prestaciones que integren los contratos respectivos.

b) Demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista (ALCSP, 209.1.d)

En el Anteproyecto, la aplicación de la causa citada al contrato de servicios responde a la razón correlativa señalada en el apartado anterior: la vinculación de la misma con los art. 190.2 y 191 del ALCSP, sobre «*incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso*» y «*demora en la ejecución*», respectivamente. Preceptos que tampoco son aplicables a la concesión por imperativo del art. 284 del mismo Anteproyecto, que

excluye las penalidades en atención a las especialidades de dicho contrato y al régimen sancionador propio de éste, tal como ya se ha detallado (epígrafe 4.5). Y de ahí que deban reiterarse las consideraciones formuladas en el apartado anterior.

No se recoge en el Anteproyecto, sin embargo, la fijación como causa de resolución del incumplimiento del plazo señalado para el inicio del contrato. Este plazo se fija ahora en un mes como máximo, aunque sin establecer añadido alguno (ALCSP, 119.2.c). Y entiendo que ya no se recoge en razón de que una de dos: o rigen los criterios generales sobre sobre incumplimiento o demora prescritos en los preceptos 190.2 y 191 mencionados, o son de aplicación disposiciones específicas de cada contrato (sobre suspensión, por ejemplo).

B) Demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido

Como en el caso precedente, es conveniente diferenciar el estudio de los respectivos preceptos.

a) Demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido en el apartado 6 del artículo 216 o el inferior que se hubiese fijado al amparo de su apartado 8 (TRLCSP, art. 223.e).

a.1) El régimen general de los contratos establece que la demora en el pago superior a 4 meses autoriza al contratista a instar la supresión del contrato (TRLCSP, art. 216.5 en relación con el 220).

a.2) Hasta su modificación por la L 14/2013, de 27.9, el régimen general de los contratos establecía que la demora en el pago superior a 8 meses autorizaba al contratista a instar la resolución del contrato (TRLCSP, 216.6).

a.3) El plazo de demora en el pago como causa general de resolución del contrato quedó fijado en 6 meses (nuevo redactado del art. 216.6, en relación con el 223.d), introducido por el art. 47 la L 14/2013).

a.4) Cabe la posibilidad de que el plazo de 6 meses se reduzca por la Comunidad Autónoma respectiva, haciendo uso de la posibilidad prevista (TRLCSP, 216.6 y 8).

b) Demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido en el apartado 6 del artículo 196 o el inferior que se hubiese fijado al amparo de su apartado 8 (ALCSP, art. 209.e).

El Anteproyecto recoge tal causa de resolución adaptada al plazo de 6 meses (art. 209.1.e), e igualmente se prevé la opción de que el plazo de 6 meses se reduzca por la Comunidad Autónoma respectiva (ALCSP, 196.6 y .8).

c) Aplicable, pues, al contrato de servicios en los términos vistos, la resolución por demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido también lo es a la concesión de servicios, aunque –como se recordará– no en razón de tal causa general (excluida ex TRLCSP, 286 y ALCSP, 292, 1r inciso en ambos), sino de su inclusión como causa específica de resolución (TRLCSP, y ALCSP, 292.a).

5.8.3. Causas específicas de la resolución

El Anteproyecto dispone lo siguiente:

«Artículo 311. Causas y efectos de la resolución. [Art. 308 y 309 TRLCSP]

1. Son causas de resolución de los contratos de servicios, además de las generales, las siguientes:

a) El desistimiento antes de iniciar la prestación del servicio o la suspensión por causa imputable al órgano de contratación de la iniciación del contrato por plazo superior a cuatro meses a partir de la fecha señalada en el mismo para su comienzo, salvo que en el pliego se señale otro menor.

b) El desistimiento una vez iniciada la prestación del servicio o la suspensión del contrato por plazo superior a ocho meses acordada por el órgano de contratación, salvo que en el pliego se señale otro menor.

c) Los contratos complementarios quedarán resueltos, en todo caso, cuando se resuelva el contrato principal.

2. La resolución del contrato dará derecho al contratista, en todo caso, a percibir el precio de los estudios, informes, proyectos, trabajos o servicios que efectivamente hubiese realizado con arreglo al contrato y que hubiesen sido recibidos por la Administración.

3. En los supuestos de resolución previstos en la letra a) del apartado primero del presente artículo, el contratista sólo tendrá derecho a percibir, por todos los conceptos, una indemnización del 3 por ciento del precio de adjudicación del contrato, IVA excluido.

En los supuestos de resolución contemplados en la letra b) del apartado 1 del presente artículo, el contratista tendrá derecho a percibir, por todos los conceptos, el 6 por ciento del precio de adjudicación del contrato de los servicios dejados de prestar en concepto de beneficio industrial, IVA excluido, entendiéndose por servicios dejados de prestar los que resulten de la diferencia entre los reflejados en el contrato primitivo y

sus modificaciones aprobadas, y los que hasta la fecha de notificación del desistimiento o de la suspensión se hubieran prestado.»

Con los precedentes de los art. 308 y 309 del TRLCSP, el Anteproyecto introduce significativas variaciones en las causas de la resolución del contrato de servicios.

5.8.3.1. Suspensión del inicio del contrato por causa imputable al órgano de contratación.

A partir de la fecha señalada en el contrato de servicios para el inicio del mismo, si tal inicio no se produce y ello es imputable a la Administración, la suspensión es causa de resolución si es por plazo superior a 6 meses según el TRLCSP (308.a), que se reducen a 4 con el ALCSP (311.1.a); en ambos casos se prevé la posibilidad de que el pliego fije un plazo menor.

El supuesto que prevé el precepto no requiere, a mi juicio, una constatación formal de la suspensión, sino que se trata de una situación de hecho: el no inicio de la ejecución del contrato a partir de la fecha en que éste la fijaba. Y en tal caso, una de dos: o es debido a la inejecución por el contratista o es por causa imputable al *órgano de contratación* (léase Administración).

Estas causas pueden ir desde *actuaciones expresas* y, en tal caso, lo más lógico es que la propia Administración consignara la suspensión en la correspondiente acta (al modo de lo previsto en el TRLCSP, 220.1 y ALCSP, 206.1), a *actuaciones tácitas* o simplemente la *inacción* que imposibilita al contratista el inicio en la ejecución del contrato.⁷¹¹

⁷¹¹ LAGO NUÑEZ ofrece los siguientes ejemplos: «la Administración no hace entrega al contratista de los medios, ya sea en cuanto a la información que resultare precisa para la realización del trabajo o la accesibilidad a edificios o inmuebles donde deban prestarse» (2013: 1690-1691).

5.8.3.2. El desistimiento del contrato antes de iniciar la prestación del servicio

En el Anteproyecto se incorpora una nueva causa de resolución, el *desistimiento del contrato antes de iniciar la prestación del servicio* (art. 311.1.a), causa y efectos que son comunes a los contratos de obras y suministros.⁷¹²

Viene esta causa a sumarse a la figura del *desistimiento del procedimiento de adjudicación por la Administración*, que ya venía regulada en el TRLCSP (155) y que reitera el ALCSP (150).⁷¹³

En el cúmulo de vicisitudes que concurren en el ejercicio de la acción pública, con variación de los objetivos que los respectivos gobiernos pretenden alcanzar, y sus repercusiones en los contratos formalizados por sus Administraciones públicas, se presenta esta nueva causa resolución como un ejercicio de realismo y que, de concurrir las circunstancias definitivas que la avalen, ahorrará tanto a ellas como a los contratistas otros trámites innecesarios, naturalmente con las consecuencias indemnizatorias para éstos que luego se verán.

⁷¹² El ALCSP regula tal causa del desistimiento y sus efectos respecto del contrato de obras (art. 243.d y 244.3) y del de suministros (art. 304.a y 305.2).

⁷¹³ El Anteproyecto reproduce los contenidos del Texto refundido que regulan conjuntamente la renuncia y el desistimiento, con el único añadido de un segundo párrafo al apartado 4 que, en rigor, debería constar como apartado 5. El ALCSP dispone lo siguiente:

«Artículo 150. Renuncia a la celebración del contrato y desistimiento del procedimiento de adjudicación por la Administración

1. En el caso en que el órgano de contratación desista o renuncie a celebrar un contrato para el que haya efectuado la correspondiente convocatoria, lo notificará a los candidatos o licitadores, informando también a la Comisión Europea de esta decisión cuando el contrato haya sido anunciado en el «Diario Oficial de la Unión Europea».

2. La renuncia a la celebración del contrato o el desistimiento del procedimiento podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la formalización. En estos casos se compensará a los candidatos o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido, en la forma prevista en el anuncio o en el pliego, o de acuerdo con los principios generales que rigen la responsabilidad de la Administración.

3. Sólo podrá renunciarse a la celebración del contrato por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente. En este caso, no podrá promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la renuncia.

4. El desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación.

En el supuesto de contratos basados en un acuerdo marco y en el de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, el desistimiento y la renuncia de los mismos se realizará a propuesta del organismo destinatario de la prestación».

5.8.3.3. El desistimiento o la suspensión del contrato una vez iniciada la prestación del servicio.

Es causa de resolución del contrato de servicios el desistimiento o la suspensión una vez iniciada la prestación del contrato, acordados por la Administración, por un plazo superior a 1 año según el TRLCSP (308.b), que se reduce a 8 meses el ALCSP (311.1.b);⁷¹⁴ en ambos casos se prevé la posibilidad de que el pliego fije un plazo menor.

Ciertamente cabe entender los dos supuestos como análogos, sobre la base de que ambos han de ser acordados por la Administración.⁷¹⁵ En concordancia con ello, se trata de una causa imputable a la Administración, que generará la indemnización que luego se comentará. Se trata, por otra parte, de una causa de resolución distinta de la que puede instar el contratista por falta de pago, que requiere el transcurso de 6 meses tras las modificaciones operadas en el TRLCSP (216.6), y recogidas en el ALCSP (196.6), objeto ya de análisis (epígrafe 4.13.2.6).

5.8.3.4. Resolución de los contratos complementarios cuando se resuelvan los contratos principales.

Con el antecedente del TRLCSP (308.c en relación con el 303.2), el ALCSP dispone que los contratos complementarios quedarán resueltos, en todo caso, cuando se resuelvan los contratos principales de obras o de servicios de los que traen causa (311.c), sin que se advierta aplicación a la gestión contractual de servicios públicos que centra el objeto de este trabajo.⁷¹⁶

⁷¹⁴ Estas previsiones se acomodan a las que ya rigen en relación con los contratos de obras (TRLCSP, 237.c y ALCSP, 243.c) y de suministros (TTRLCSP, 300.2 y ALCSP, 304.b).

⁷¹⁵ Tal es la apreciación de LAGO NUÑEZ (1691), aunque el redactado adolezca de falta de concordancia (se utiliza la expresión *acordada*, que se refiere a la *suspensión*, aunque es obvio que incluye el *desistimiento*, por lo que debá haber dicho *acordados*).

⁷¹⁶ Debe advertirse, con todo, que el Consejo de Estado aconseja «establecer un criterio fijo, claro y objetivo (... sobre) cómo deben indemnizarse los daños y perjuicios a los titulares de los contratos complementarios resueltos al extinguirse su principal -por incumplimiento (... y) precisar, en línea con lo expresado, qué se entiende por contrato complementario. Asimismo, debería valorarse la oportunidad de mantener la previsión relativa a la duración de los contratos complementarios contenida en el artículo 303.2 del texto vigente, con arreglo al cual los contratos de servicios que sean complementarios de contratos de obras o de suministro podrán tener una duración coincidente con la del contrato principal, previsión que no ha sido trasladada al texto consultado » (Dictamen núm. 1116/2015, de 10.3.2016, p. 253).

5.8.3.5. La omisión del cumplimiento del plazo como causa de resolución en los contratos de actividad.

El Consejo de Estado advierte de la omisión en el Anteproyecto del cumplimiento del plazo como causa de resolución en los contratos de actividad, y lo hace en los términos siguientes (Dictamen núm. 1116/2015, de 10.3.2016, p. 250 a 252):

«En el contrato de servicios no se introduce especialidad alguna respecto de su cumplimiento, como forma natural de extinción contractual. Se echa en falta una aclaración acerca de las consecuencias del transcurso del plazo previsto en los contratos de mera actividad. Que el transcurso del plazo puede identificarse con la extinción por cumplimiento está previsto en el anteproyecto para el contrato de concesión de obras (artículo 276.3: "*La concesión se entenderá extinguida por cumplimiento cuando transcurra el plazo inicialmente establecido ...*") y se infiere del régimen del contrato de concesión de servicios (en el que se prevé la reversión "*finalizado el plazo de la concesión*", ex artículo 289.1). En un sentido análogo, sería oportuno especificar que el servicio se entenderá extinguido por cumplimiento cuando, tratándose de un contrato de mera actividad, transcurra el plazo inicialmente previsto o las prórrogas acordadas, sin perjuicio de la prerrogativa de la Administración de depurar la responsabilidad del contratista por cualquier eventual incumplimiento detectado con posterioridad y dentro del periodo de garantía.

Así se solventarían con mayor facilidad supuestos como el que subyace bajo el dictamen n° 363/2015, de 18 de junio, en el que se pretendía la resolución de un contrato ya extinguido. Como en él se afirma, el Consejo de Estado ha venido entendiendo (dictámenes números 448/2013, de 20 de junio, 1.887/2011, de 9 de febrero de 2012, o 596/2011, de 19 de mayo) que no resulta procedente acordar la resolución del contrato en aquellos supuestos en los que éste ha quedado extinguido por el transcurso del plazo.

Ciertamente, esta doctrina resulta aplicable a los contratos de actividad o de medios, esto es, aquellos en los que el comportamiento exigible al contratista consiste en el despliegue de una actividad diligente dirigida a satisfacer el resultado esperado por la Administración (como un contrato de servicio de asesoramiento, intermediación y búsqueda de posibles clientes para la explotación del centro de formación -dictamen

n°448/2013-, un contrato de servicios cuyo objeto es la custodia, archivo y gestión administrativa de las piezas de convicción pertenecientes a la Audiencia Nacional - dictamen n° 1.887/2011- o un servicio de mantenimiento integral de infraestructura en el Acuartelamiento "Capitán Mayoral" -dictamen n° 596/2011-).

En cambio, tratándose de contratos de resultado, en los que el contratista debe obtener el resultado esperado por la Administración, no siendo suficiente con que haga todo lo posible para conseguirlo, en la medida en que aquel garantiza y compromete la realización de dicho resultado, el transcurso del plazo de ejecución sin la satisfacción del objeto contractual no constituye impedimento para su resolución, al revés, puede ser demostrativo de una demora en la ejecución que la justifique. Así lo entendió el Consejo de Estado en su dictamen n° 1.382/2008, de 9 de octubre, en el que, frente al argumento esgrimido por la entidad contratista para oponerse a la resolución contractual consistente en afirmar la extinción del contrato (dirigido al transporte, ordenación e inventario de los expedientes de la Dirección General de Ferrocarriles) por el transcurso del plazo de ejecución de los trabajos, negó que dicho razonamiento pudiera ser acogido, toda vez que, no pudiendo entenderse cumplido el contrato por la adjudicataria, que no había ejecutado la totalidad de su objeto a satisfacción de la Administración, quedaba expedita la vía de la resolución contractual.

En suma, procede incorporar un precepto sobre el cumplimiento del contrato de servicios que prescriba la extinción por cumplimiento, siempre que se trate de contratos de medios, como consecuencia del transcurso del plazo» (Dictamen núm. 1115/2016, p. 250 a 252, los entrecorridos y las cursivas son del Consejo de Estado).

Del todo oportuna resulta la recomendación del Alto órgano consultivo para el caso de que, de acuerdo con el planteamiento del Anteproyecto, el contrato tenga por objeto la prestación de servicios públicos, atendido que integrará esa categoría de *contrato de actividad o de medios* al que alude el Consejo.

5.8.4. Efectos de la resolución del contrato de servicios y procedimiento de ejercicio

Sin perjuicio de los efectos derivados de la aplicación de causas generales de resolución de los contratos, con carácter específico se prevén las siguientes consecuencias específicas en el contrato de servicios:

1ª La resolución del contrato dará derecho al contratista, en todo caso, a percibir el precio de los estudios, informes, proyectos, trabajos o servicios que efectivamente hubiese realizado con arreglo al contrato y que hubiesen sido recibidos por la Administración (TRLCSF, 309.1 y ALCSP, 311.2, preceptos ambos de carácter no básico, ex DF2ª y DF1ª, respectivamente).

2ª En el supuesto de suspensión del inicio del contrato por causa imputable al órgano por plazo superior a cuatro meses a partir de la fecha señalada en el mismo para su comienzo, o en el menor señalado en el pliego, el contratista percibirá, por todos los conceptos, una indemnización del 5% del precio de adjudicación del contrato, IVA excluido, según el TRLCSF (309.2), que en el ALCSP se reduce al 3% (311.3.1r pfo.). En el acortamiento del plazo para instar la resolución por suspensión del contrato antes visto (de 6 a 4 meses) cabe encontrar la justificación de la reducción de la indemnización (del 5% al 3%). Se trata igualmente de previsiones que no tienen carácter básico (ex TRLCSF y ALCSP, ex DF2ª y DF1ª, respectivamente).

3ª En el nuevo supuesto de desistimiento antes de iniciar el contrato el contratista percibirá, por todos los conceptos, una indemnización del 3% del precio de adjudicación del contrato, IVA excluido (ALCSP, 311.3 1r pfo, precepto de carácter no básico ex DF1ª).

4ª En los supuestos de desistimiento una vez iniciada la prestación del servicio o suspensión del contrato por plazo superior a 8 meses acordados por el órgano de contratación, o en el menor que se señale en el pliego, el contratista tendrá derecho a percibir, por todos los conceptos, el 10% del precio de adjudicación del contrato de los servicios dejados de prestar en concepto de beneficio industrial, IVA excluido, según el TRLCSF (309.3), que se reduce al 6% en el ALCSP (311.3.2º pfo.); entendiéndose por servicios dejados de prestar los que resulten de la diferencia entre los reflejados en el contrato primitivo y sus modificaciones aprobadas, y los que hasta la fecha de notificación del desistimiento o de la suspensión se hubieran prestado (ALCSP, 311.3, *in fine*).

En el acortamiento del plazo para instar la resolución por desistimiento o suspensión del contrato antes visto (de 1 año a 8 meses) cabe amparar la justificación de la reducción de la indemnización (del 10 al 6%).

Se trata también de previsiones que no tienen carácter básico (ex TRLCSF y ALCSP, ex DF2ª y DF1ª, respectivamente).

Sobre los efectos derivados de las causas generales de resolución de los contratos es de reseñar el tratamiento coincidente que se produce en el ALCSP respecto de la garantía definitiva según se trate del contrato de servicios o del de concesión de servicios, tal como se desprende de las consideraciones siguientes:

1ª En el contrato de servicios, regirá la prescripción general (ALCSP, 211):

«3. Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada. (...)

5. En todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida.»

En consecuencia, y tal como ya se ha analizado con detalle (epígrafe 4.13.2.15):

- a) Cuando se resuelva el contrato por incumplimiento culpable del contratista deberá incautársele la garantía en cualquier caso, atendido su carácter de cláusula penal, y cabrá exigirle indemnización por los daños y perjuicios causados por el importe que exceda del de la garantía.
- b) En el caso del concurso calificado como fortuito, regirá la regla del abono de la indemnización por los daños y perjuicios, y con cargo a la garantía y por el importe acreditado de los mismos.

2ª En la concesión de servicios, en virtud de la regla de supletoriedad (ex ALCSP, 295), le resultará de aplicación la determinación específica prevista para la concesión de obras (ALCSP, 287.2).

«Cuando el contrato se resuelva por causa imputable al concesionario, le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada.»

Formulada así, coincide exactamente con la prescripción general del art. 211.3 del ALCSP, antes transcrita, por lo que ya no existen diferencias entre la regla general y la específica de la concesión apreciables en el TRLCSP (225.3 versus 271.4, respectivamente).

Y también se debe concordar en la identidad de efectos respecto del concurso fortuito, al no preverse regla específica para la concesión de obras, ni en consecuencia para la de servicios, por lo que regirá la misma determinación antes señalada sobre la pérdida de la garantía en el caso de que se irroguen daños y perjuicios y por el importe acreditado de éstos (ex ALCSP, 211.5).⁷¹⁷

Finalmente, sobre el procedimiento para el ejercicio de la resolución del contrato de servicios me remito a lo referido sobre dicha prerrogativa y los trámites requeridos (esencialmente, audiencia del contratista, informes de Secretaria e Intervención local y Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, ex TRLCSP, 211 y ALCSP, 189, comentados en el epígrafe 4.17).

5.9. Insuficiencia de las determinaciones del contrato de servicios en relación con la gestión de servicios públicos

5.9.1. Introducción

De acuerdo con la opción escogida, el Anteproyecto aborda la configuración del contrato de servicios con el doble propósito de acoger tanto las prestaciones cuyo destinatario exclusivo es la Administración, como aquellas otras dirigidas a los usuarios de un servicio público en cuya gestión no se transfiere el denominado *riesgo operacional* al contratista.

⁷¹⁷ Como se recordará (epígrafe 4.13.2.15), el antecedente de dicho precepto lo constituye el art. 225.4 del TRLCSP, el cual dispone:

*«En todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida. **Sólo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable.**»*

La omisión del último inciso es el argumento que da pie a considerar que también en el concurso fortuito puede disponerse la pérdida de la garantía, si bien acotada a la causación de daños y perjuicios y por su importe, y todo ello sobre la base del diferente tratamiento respecto del incumplimiento culpable en el Anteproyecto (271.4), así como por la determinación, a *sensu contrario*, que el mismo contiene, según la cual *«la garantía no será devuelta o cancelada hasta que se haya producido el vencimiento del plazo de garantía y cumplido satisfactoriamente el contrato de que se trate, o hasta que se declare la resolución de éste sin culpa del contratista»* (ALCSP, 111.1, TRLCSP, 102.1).

Se suma así al ámbito tradicional del contrato, definido esencialmente por un enfoque funcional y tributario de las necesidades de la Administración, otro nuevo que resulta de la traslación de las prestaciones que habían venido integrando mayoritariamente el contrato de gestión de servicios públicos, y cuya característica común proviene de la no asunción por el prestatario de los mismos del aludido *riesgo operacional*.

Para la regulación de esos dos grupos disímiles de prestaciones, el Anteproyecto dedica el capítulo V del título II del Libro segundo, un escaso número de preceptos (nueve, del 306 a 314, seis en realidad si restamos los referidos al contrato de elaboración del proyecto de obras, esto es, del 312 al 314), cuyo estudio hemos desarrollado en las páginas anteriores.

Para una evaluación completa de las consecuencias respecto de la gestión contractual de los servicios públicos derivadas de la opción acogida por el Anteproyecto, se impone un análisis que comprenda tanto las disfunciones apreciadas en dicha regulación, como el posible resultado de las omisiones en que la misma incurre.

5.9.2. *Disfunciones en la regulación del contrato de servicios*

5.9.2.1. Consideraciones sobre dicha regulación y las disfunciones que resultan de su aplicación a la gestión contractual de los servicios públicos

Del estudio realizado pueden destacarse, a modo de resumen, las disfunciones más relevantes de la regulación del contrato de servicios.⁷¹⁸

- a) Con carácter general, un régimen jurídico que no es unitario, consecuencia a su vez de regular el objeto dual señalado: servicios para la Administración y servicios que, por utilizar el eufemismo legal del art. 310 del ALCSP, *conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos* (véase especialmente el epígrafe 5.3.2.).
- b) Una reducción de los criterios para determinar el precio y el valor estimado que sirven solo para los supuestos en que la Administración satisface íntegramente la retribución al contratista (ex ALCSP, 307.1 y determinaciones del 101 y 102

⁷¹⁸ Estas disfunciones las relacionaba en mis alegaciones al ALCSP de mayo de 2015 (p. 18 a 22) y en mi artículo publicado en la RGDA de octubre de 2015 (p. 20 a 23).

referidas a servicios), método adecuado para los contenidos tradicionales del contrato de servicios y que valdría también para el caso de los públicos de carácter gratuito, pero que no contempla los servicios en que los usuarios abonarían tarifas sin que se transfiera el riesgo operacional de la gestión al contratista (epígrafe 5.5.2).⁷¹⁹

- c) Una innovación que viene referida a que, en determinados servicios complejos en los que la ejecución del contrato de servicios lleve aparejados *costes de inversión iniciales* y se prevea que las obras o equipamientos que se generen vayan a incorporarse al patrimonio de la entidad contratante al concluir o resolverse el contrato, podrá establecerse un sistema de retribución que compense por las mismas (ALCSP, 307. 2), medida que pierde parte de su funcionalidad y compromete el estado final de las obras y equipamientos al *no incluir los costes de reposición* efectuados a lo largo de la duración del contrato (epígrafe 5.5.4).
- d) La configuración de dos reglas distintas para determinar el reparto de cargas en el supuesto de responsabilidad patrimonial entre contratista y Administración: la general que se aplica a todos los contratos salvo al de concesión, y por tanto al de servicios (ex ALCSP, 194. 1 y 2) y una excepción a ésta, que se aplica a un subtipo del de servicios, los que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía y que coincide con la específica para la concesión, condicionada, no obstante, a que así se prevea en el PCAP (ex ALCSP, 310.2 y 286.c) (epígrafe 5.6.2.4).
- e) La posibilidad de imponer al contratista obligaciones propias de la prestación de servicios públicos (ex, ALCSP, 310.2 y 286), aunque dicha posibilidad queda supeditada a su consignación en el pliego, por lo que su no-inclusión en el mismo no permitiría su exigencia al contratista, con lo que queda patente la diferente naturaleza respecto de la concesión de servicios públicos, toda vez que para ésta la exigencia de tales obligaciones deriva de la ley (epígrafe 5.7.3.2).

⁷¹⁹ Tal sería el caso de servicios asistenciales (ayuda domiciliaria) o educativos (centros para menores de tres años). En tal caso, y como se indica en el epígrafe citado, la solución correctora pasaría por aplicar, con carácter analógico, el precepto que para las concesiones recoge la renta procedente del pago de tasas y multas por los usuarios de los servicios, distintas de los recaudados en nombre del poder adjudicador (ALCSP, 101.3.a, precedente Directiva 2014/ 23/UE, 8.3.a).

- f) La fijación de unas reglas generales de prestación de los servicios en las instalaciones del contratista y de las determinaciones sobre sus excepciones (identificación de los trabajadores para que no se confundan con empleados públicos, no compartición de espacios y diferenciación de tareas), que aunque se incluyen en el art. 310 del ALCSP, cuyo título alude a los servicios que conllevan prestaciones directas a favor de la ciudadanía, resultaría más propio que se localizaran en el art. 306, sobre contenido y límites del contrato de servicios (como apartado 3 del mismo), toda vez que fueron ideadas por diversas instancias (Tribunal de Cuentas, MINHAP y Juntas Consultivas de Contratación Administrativa), para evitar las irregularidades detectadas en la contratación de empresas para la realización de trabajos o servicios vinculados directamente con actividades logísticas o que formaban parte de las funciones de gestión interna propias de las Administraciones. Por otra parte, todas esas prevenciones y la calificación de las excepcionalidades antes aludidas no se adecuan a los múltiples contratos de gestión de los servicios públicos en los ámbitos sanitario, asistencial, educativo y cultural (centros de asistencia primaria, de día para mayores, escuelas infantiles y guarderías y ludotecas y centros culturales, respectivamente), prestados mayoritariamente en inmuebles de titularidad municipal en los que, al no concurrir transferencia del riesgo operacional, no serían subsumibles en la concesión de servicios, y deberían serlo igual en el contrato de servicios en aplicación del planteamiento del Anteproyecto (epígrafe 5.7.4).
- g) Preciado todo lo anterior, es evidente que las determinaciones incorporadas al contrato de servicios en unos casos resultan disfuncionales, y en otros insuficientes para garantizar los derechos de los usuarios y la continuidad y regularidad en la prestación de los servicios públicos.

5.9.2.2. La opinión del Consejo de Estado

El Alto órgano consultivo acoge las consideraciones anteriores y se expresa en los mismos términos (Dictamen núm. 1116/2015, p. 77 y 78):

«En el contrato de servicios no se establecen las garantías propias del servicio público, para el supuesto de que sea la vía por la que se articule, en el caso de que no recaiga sobre el adjudicatario el riesgo operacional. En concreto, no se asegura la

vigencia de los principios básicos definidores de la noción de servicio público, esto es, los de igualdad en su acceso, continuidad de su prestación y universalidad.

Por lo que se refiere, en concreto, a este último tipo contractual, es cierto que el artículo 310 del anteproyecto regula las especialidades aplicables en el supuesto de prestaciones directas a favor de los ciudadanos. Así, el apartado 2 de este precepto, inspirado en el artículo 280 del actual texto legal vigente (en sede del contrato de gestión de servicios públicos), dispone:

"El pliego podrá prever para el adjudicatario de un contrato de servicios de esta naturaleza, las obligaciones de prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono en su caso de la contraprestación económica fijada; de cuidar del buen orden del servicio; de indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, con la salvedad de aquellos que sean producidos por causas imputables a la Administración; y de entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato en el estado de conservación y funcionamiento adecuados."

Ahora bien, esta previsión no resulta bastante para hacer frente a las limitaciones y disfunciones que resultan de la apelación al contrato de servicios en la gestión de servicios públicos en que no se transfiera riesgo operacional» (los entrecorchetados y las cursivas son del Consejo de Estado).

5.9.3. Omisiones en la regulación del contrato de servicios

5.9.3.1. Consideraciones sobre las omisiones en dicha regulación y las consecuencias que resultan en la gestión contractual de los servicios públicos

Una vez vistas las disfunciones en la regulación del contrato de servicios, la evaluación debe completarse con una reflexión sobre las consecuencias derivadas de las omisiones en que dicha regulación incurre. Guía esa reflexión la consideración según la cual, de tener que acudir al contrato de servicios en los supuestos en que no se transfiera el riesgo operacional al contratista, la gestión de servicios públicos se verá desamparada de la aplicación de las prescripciones que el propio Anteproyecto

reserva para la concesión de servicios públicos y la actual legislación, contractual (TRLCSF en relación con el CGSP) y local, para la gestión indirecta de los mismos.⁷²⁰

En síntesis, no se prevén en el contrato de servicios las prescripciones (que sí se recogen para los servicios públicos objeto de concesión) sobre:

- a) La inaplicación de la suspensión del contrato instada por el contratista ante el impago por plazo superior a 4 meses (ex 196.5, 206.1 y 284 del ALCSP, analizada en el epígrafe 4.6.3.2).⁷²¹
- b) La modificación del contrato y el mantenimiento del equilibrio económico en tanto que vinculados con el interés público y el *ius variandi* (art. 288 del ALCSP, en relación con el 251.1.b) y el 295, así como en la legislación local que lo regula: RServicios de 1955, art. 127.1.1^a y la correlativa autonómica, bien que con las limitaciones establecidas respecto de las modificaciones contractuales, epígrafe 4.9.6).⁷²²
- c) La no embargabilidad de los bienes en tanto que afectos al servicio público (art. 289.3 del ALCSP, epígrafe 4.10.4^a).
- d) Las previsiones sobre el secuestro o la intervención, en relación con el incumplimiento del contratista, atendida su vinculación con el servicio y el interés públicos (art. 291 del ALCSP, epígrafe 4.12).

⁷²⁰ Esta y las consideraciones que siguen las incluí en mis alegaciones al ALCSP en mayo de 2015 (p. 22 a 24) y en mi artículo publicado en la RGDA de octubre del mismo año (p. 24 a 26).

⁷²¹ No se trata, obviamente, de justificar el impago por las Administraciones, sino de dejar constancia del diferente régimen que el legislador establece en atención al objeto del actual contrato de gestión de servicios públicos (ex 216.5, 220.1 y 276 TRLCSF), o de la concesión de servicios públicos en el ALCSP, y a las exigencias derivadas de la aplicación del principio de continuidad y regularidad servicial señalado.

⁷²² La falta, pues, de estas determinaciones específicas dejará sin cobertura jurídica a eventuales modificaciones derivadas, por ejemplo, de actuaciones de la Administración que determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato de servicios, y que vendrían justificadas en razón de un cambio normativo en la regulación del servicio público objeto de dicho contrato. Esa posibilidad, específicamente amparada en el caso de la concesión de servicios, bajo la figura del *factum principis* (ex ALCSP, 288.4.b), no encuentra reconocimiento alguno en el contrato de servicios (sobre el *factum principis* y el resto de previsiones específicas sobre la modificación de la concesión, véase el citado epígrafe 4.9.6).

- e) Las causas de resolución del contrato del rescate y la supresión del servicio por razones de interés público (art. 292.b) y c) y, consecuentemente, los efectos a ellas vinculados (art. 293), ambos del ALCSP (epígrafe 4.13.3 y 4.16).
- f) Las determinaciones y garantías sobre la reversión de los bienes afectados al servicio público (art. 289.1 ALCSP y concordantes de la legislación local, epígrafe 4.10).

Por su parte, ante la falta de previsión legal respecto del contrato de servicios, tampoco resultarán ejercitables por la Administración las potestades que el ordenamiento jurídico le confiere por tratarse de servicios públicos y que la legislación acota al contrato de gestión de los mismos. En resumen, las siguientes:

1ª. La potestad de *ordenación y dirección del servicio* que:

- de un lado, constituye una manifestación de la *potestad reglamentaria*, cuyo ejercicio corresponde al Pleno de la entidad local (LBRL, 49), y está expresamente prevista en relación con los servicios públicos locales por la legislación estatal y autonómica,⁷²³
- de otro, se concreta mediante el reconocimiento a la Corporación local concedente de la potestad de «dictar órdenes para mantener o restablecer la debida prestación del servicio» (RS/1955, 127.1.2ª, *in fine*); determinación que al venir referida al servicio público es extensible al resto de modalidades de prestación indirecta, como expresamente prevén algunas legislaciones autonómicas.⁷²⁴

2ª. La potestad de *control del servicio* que se articula a partir del ejercicio de las funciones de *seguimiento, inspección, investigación y fiscalización* por parte de la Administración titular del mismo (RS/1955, 127.1.2ª, primer inciso).⁷²⁵ Potestad sobre

⁷²³ Así: RServicios/1955 (art. 30); Andalucía, L 5/2010 (26.2); Aragón, L 7/1999 (199.2); Cataluña, Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local (TRLCat. 246.1), aprobado por el DLeg 2/2003; Galicia, L 5/1997 (297.1); La Rioja, L 1/2003 (199.2); Madrid, L 2/2003 (98.2) y Navarra, Ley foral 6/1990 (186.1).

⁷²⁴ Aluden, expresamente, a la potestad de *dirección del servicio*, el TRLCat/2003 (art. 251), la LRioja 1/2003 (art. 211.2) y la LArag 7/1999 (art. 210.2).

⁷²⁵ Las legislaciones autonómicas que han actualizado la normativa sobre servicios locales se refieren a la *potestad de control del servicio público*, genéricamente considerada

cuyo ejercicio debe recordarse que se sanciona con la nulidad la cláusula por la que la *Corporación concedente renunciare a fiscalizar el servicio* (RS/1955, 116.2, declaración susceptible de ser extendida a todas las modalidades de gestión indirecta, como expresamente recogen las legislaciones de Cataluña (ROAS/1995, 233.c) y Aragón (RBASO/2002, 267.c).

5.9.3.2. La opinión del Consejo de Estado

El Alto órgano consultivo asume igualmente las consideraciones anteriores y las reproduce sintetizándolas así (Dictamen núm. 1116/2015, p. 78 y 79):

«No se prevén en el contrato de servicios prescripciones (que sí se recogen para los servicios públicos objeto de concesión) como la inembargabilidad de los bienes en tanto que afectos al servicio público (artículo 289.3), el secuestro o la intervención, en relación con el incumplimiento del contratista, atendida su vinculación con el servicio y el interés públicos (artículo 291) o la inclusión entre las causas de resolución del contrato del rescate y la supresión del servicio por razones de interés público (artículo 292 e) y d)) y, consecuentemente, los efectos a ellas vinculados (artículo 293). Asimismo, ante la falta de previsión legal respecto del contrato de servicios, tampoco resultarán ejercitables por la Administración las potestades que el ordenamiento jurídico le confiere por tratarse de servicios públicos y que la legislación acota al contrato de gestión de los mismos. Entre las mismas, cabe mencionar las potestades de ordenación y dirección del servicio público o de control sobre el mismo, todas ellas reconocidas en la normativa local.»

5.9.4. *Recapitulación*⁷²⁶

Recapitulando, pues, la utilización del contrato de servicios en la gestión de servicios públicos locales, en la configuración del ALCSP, evidencia disfunciones y limitaciones. Y ello tanto por la insuficiencia de las innovaciones que incorpora, como por las

(TRLCat/2003, 251, LRioja 1/2003, 211.2 y LARag 7/1999, 210.2), y a la *fiscalización* referida a la concesión (en Cataluña, ROAS/1995, 248.b, y en Aragón, RBASO/2002, 277.b).

⁷²⁶ Expresada igualmente en mis alegaciones al ALCSP de mayo de 2015 (p. 24) y en mi artículo publicado en la RGDA de octubre siguiente (p. 25 y 26).

determinaciones que, siendo propias de la gestión de servicios públicos (y de ahí su previsión en el actual TRLCSP respecto del CGSP, o en el Anteproyecto para con la concesión), no se contemplan en el contrato de servicios.

Es cierto que se ha defendido la «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».⁷²⁷ Pero, aparte de que, obviamente, el marco contractual tiene unos límites más reducidos que los que establecería la ley y el desarrollo reglamentario, por la vía de configurar un régimen *ad hoc* en base al pliego, entiendo que se corre un riesgo aún mayor: el de desnaturalizar el contrato de servicios. Estamos hablando del régimen jurídico contractual y, en consecuencia, las determinaciones que pueden justificarse si el objeto es un servicio público y a fin de garantizar los derechos de sus usuarios, resultarán desproporcionadas si la prestación tiene como destinatario exclusivo la Administración contratante. Y entiendo que el régimen jurídico debe ser unitario.

De otro lado, no debe perderse de vista la realidad del subsistema local, caracterizado por la atomización, con una mayoría de entidades de medianas y pequeñas dimensiones pero con un elevado volumen de obligaciones y servicios públicos que prestar. Para dar cobertura a la prestación a los mismos se configuró legalmente el contrato de gestión de servicios públicos, con un régimen jurídico unitario y cuyas especificidades traen causa de la centralidad que ocupan en el Estado social que la Constitución consagra (1.1 y 9.2) y en tanto que garantizan la prestación de esos servicios a la ciudadanía.

¿Se estima realmente conveniente la opción de desmontar ese régimen jurídico legal del contrato de gestión de servicios públicos, vigente hasta el presente, e intentar *armar* otro mediante el pliego de cláusulas en el contrato de servicios, que nunca podrá ser más que un sucedáneo?

Es obvio que no esa nuestra opción, sino aquella otra alternativa que pasaría por conciliar la observancia de las determinaciones establecidas en las Directivas

⁷²⁷ En el informe 2/2014, de 22.3, de la JCCA de Aragón, en el que además se desarrolla un encomiable esfuerzo para «armar» el régimen jurídico del contrato (de servicios) a conveniencia para preservar el interés público» e incluir previsiones sobre las potestades de intervención y rescate y las obligaciones a imponer al contratista, bien que ello podrá ser «en tanto no exista contradicción con norma legal y no se quiebre la lógica del principio de igualdad de trato» (p. 24-26).

comunitarias, de un lado, con las garantías que aporta el régimen jurídico del contrato de gestión de servicios públicos (CGSP) para la prestación de los mismos, de otro, y a cuyo análisis dedicaremos el apartado siguiente, no sin dejar de recordar la coincidencia del Consejo de Estado sobre la necesidad de un replanteamiento. Como señala el Alto órgano consultivo, « en todo caso, es inexcusable la reevaluación del anteproyecto con vistas a resolver las disfunciones mencionadas, por cuanto la dicotomía entre el contrato de concesión de servicios y el de servicios no puede redundar en la merma de la regularidad y continuidad en la prestación de los servicios públicos. Esta observación se formula con carácter esencial a los efectos de lo establecido en el artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado» (Dictamen núm. 1116/2015, p. 80).

CAPÍTULO 6. UN RÉGIMEN JURÍDICO UNITARIO DE LA GESTIÓN CONTRACTUAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y LA REGULACIÓN DE LAS CONCESIONES DE SERVICIOS

6.1. Planteamiento

De acuerdo con las reflexiones efectuadas a lo largo de las páginas anteriores y, en especial, en los epígrafes 4 y 5, lo que, a mi juicio, se presenta como imprescindible es configurar un *régimen jurídico unitario de la gestión contractual de los servicios públicos*. Sentada esta afirmación, debe reconocerse que, de los tres ámbitos, en el que más se precisa es en el local, toda vez que para los ámbitos autonómico y general, el fácil acceso a un régimen legal de los mismos, a través de los proyectos de ley que los ejecutivos tramitan ante sus parlamentos respectivos, solventa con menor dificultad los posibles problemas que se planteen en su regulación. En cambio, es el subsistema local el más necesitado de un régimen jurídico de cobertura, que es precisamente el que le ha venido proporcionando el contrato de gestión de servicios públicos, en su doble vertiente regulada por la legislación básica de contratos y la legislación local, básica (LBRL) o autonómica de desarrollo (TRLCat/2003, ROASCat/1995, LARag/1999, RBASOArag/2002, etc.).

Para desarrollar satisfactoriamente este planteamiento hay que contar naturalmente con un condicionamiento: la regulación comunitaria. Es obvio que cualquier configuración normativa deberá observar las determinaciones contenidas en las Directivas 2014/23 y 24/UE, sobre adjudicación de concesiones y de contratación pública, respectivamente.

Y llegados a este punto, de *lege ferenda*, caben dos opciones:

- a) La de los contratos de concesión que, sobre la base de la transferencia del riesgo operacional al contratista (ex Directiva 2014/23/UE), diferencian su régimen jurídico en función de si el objeto contractual es un servicio público o no; opción que se debe complementar con la regulación del contrato de gestión de servicio público, reservado ahora para los supuestos en que no se transfiera el riesgo operacional al contratista, y cuyas modalidades son la gestión interesada, el concierto, la sociedad de economía mixta y el arrendamiento, convenientemente actualizadas con las exigencias de la Directiva 2014/24/UE, referidas al contrato de servicios.

- b) La de los contratos de concesión que, sobre la base de la transferencia del riesgo operacional al contratista (ex Directiva 2014/23/UE), diferencian su régimen jurídico en función de si el objeto contractual es un servicio público o no; opción que se debe complementar con la regulación del contrato de servicios y la necesaria aprobación de un nuevo régimen legal de los servicios públicos.

La primera opción es la que ha venido defendiendo desde que fueron aprobadas las Directivas 2014/23 y 24/UE.⁷²⁸ La segunda opción es la que resulta, *a contrario sensu*, del planteamiento anterior y una vez constatado el predicamento del que goza la misma, expresado en su plasmación en el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, tanto en la versión sometida a información pública en abril-mayo de 2015, como en la de octubre de 2015 que fue remitida al Consejo de Estado.

En sus términos esenciales, a la formulación de esas dos opciones llega el Consejo de Estado en su Dictamen núm. 1116/2015, de 10.3.2016, después de haber analizado y evidenciado –en coincidencia textual con mis trabajos de mayo y octubre de 2015- las limitaciones y disfunciones del planteamiento del ALCSP/O/2015.

El Alto órgano consultivo se expresa en los siguientes términos (p. 79 y 80):

«No resulta sencillo encontrar una solución a los problemas expuestos.

La reinserción de la figura del contrato de gestión de servicios públicos es una opción que no debe ser desdeñada. Pero hay que tener en cuenta dos factores ineludibles:

- a) Dado el alcance casi omnicomprendido del contrato de servicios, siempre que al adjudicatario no le sea transferido el riesgo operacional, no tiene un encaje visible una nueva figura contractual si se pretende que, como sucede en el TRLCSP, no esté sujeta a regulación armonizada. Dicho de otro modo, un eventual contrato de gestión de servicios públicos tendría que estar sometido a las garantías de publicidad, igualdad y concurrencia en la adjudicación así como a los medios de reacción frente a actos vulneradores de estos principios, en los términos previstos en las directivas europeas.

⁷²⁸ Así, en mis trabajos MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS (2014: 603-604 y 2015) y en las alegaciones presentadas al ALCSP en mayo de 2015.

- b) Esta modalidad contractual, añadida al contrato de concesión de servicios y del de servicios, no eximiría de depurar en la regulación del primero aquellas previsiones cuya aplicación no resulta procedente si el concedido no es un servicio público.

Ante estas dificultades, se presenta otra alternativa que ofrece mayores ventajas. Cabría mantener la tipificación contractual del anteproyecto, basada en la diferenciación entre el contrato de servicios y el contrato de concesión de servicios, estableciendo para cada uno de ellos una regulación de sus efectos, extinción y cumplimientos inspirada en la hipótesis de que el servicio de que se trate no sea público. Esta regulación se completaría con unas especialidades -comunes a ambos tipos contractuales- para el supuesto de que el servicio concedido o adjudicado tenga la naturaleza de servicio público. Cabe, incluso, pensar en la posibilidad de que el contrato de servicios, cuando recaiga sobre un servicio público, adopte la forma de la gestión interesada, el concierto o la sociedad de economía mixta, que forman parte de la tradición del Derecho administrativo español.»

Cual de las opciones sea la finalmente elegida depende, naturalmente, de diversos factores, entre los cuales destacan fundamentalmente dos:

- uno, de carácter objetivo, referido a la mayor o menor facilidad para articularse e insertarse en el ordenamiento jurídico y que tiene que ver con la técnica normativa;
- otro, de carácter subjetivo, que se vincula directamente con la incorporación en el proyecto de ley que, finalmente, se apruebe por el Consejo de Ministros y se remita a las Cortes Generales.

Personalmente, manifiesto mi preferencia por la primera opción, fundamentalmente por dos razones: por ser la que más se adecua a la legislación vigente, en la que las apelaciones al contrato de gestión de servicios públicos y su vinculación con este objeto son muchísimas, tal como se ha tenido oportunidad de poner de manifiesto (especialmente en el epígrafe 1.5); y por constituir la mejor garantía de los derechos de los usuarios y la continuidad y regularidad de los servicios públicos sobre la base de un régimen jurídico unitario.

El Consejo de Estado opina que la segunda *ofrece mayores ventajas*, aunque considero que esa valoración no puede desligarse del último inciso que formula, en el sentido de que «cabe, incluso, pensar en la posibilidad de que el contrato de servicios,

cuando recaiga sobre un servicio público, adopte la forma de la gestión interesada, el concierto o la sociedad de economía mixta, que forman parte de la tradición del Derecho administrativo español» (Dictamen núm. 1116/2015, p. 79-80).

En esa variante cifro, a mi modesto entender, la discrepancia con el parecer del Alto órgano consultivo, porque entiendo que, al recuperar esas modalidades, se está volviendo a la primera opción; todo lo cual, por otra parte, me reafirma en la mayor funcionalidad de esa opción.

En cualquier caso, lo fundamental es asegurar, tal como se decía al inicio de este apartado, *un régimen jurídico unitario de la gestión de los servicios públicos locales*. Así acababa mi artículo en la RGDA de octubre de 2015 y así -entiendo yo- cabe interpretar el pronunciamiento del Consejo de Estado cuando concluye (Dictamen núm. 1116/2015, p. 80):

«En todo caso, es inexcusable la reevaluación del anteproyecto con vistas a resolver las disfunciones mencionadas, por cuanto la dicotomía entre el contrato de concesión de servicios y el de servicios no puede redundar en la merma de la regularidad y continuidad en la prestación de los servicios públicos. Esta observación se formula con carácter esencial a los efectos de lo establecido en el artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado.»

Formulado, pues, el planteamiento, al análisis y fijación de los elementos esenciales de cada una de las dos opciones se dedicarán los dos siguientes apartados, bien que, al tener carácter recapitulativo, se incidirá más en los aspectos menos tratados y se efectuarán remisiones a los ya estudiados.

6.2. La opción de los contratos de concesión y de gestión de servicios públicos

6.2.1. Introducción

Respecto de la primera opción, el análisis exhaustivo efectuado en el epígrafe 4 releva de la necesidad, en primer término, de pormenorizar los detalles relativos al tratamiento de la concesión, sea referido a servicios públicos o a los que no tienen este carácter, y ello siempre sobre la base de que se produce la transferencia del riesgo operacional al contratista.

En cuanto a la gestión contractual de los servicios públicos en la que no se transfiere el riesgo operacional al contratista, dos son los grupos de asuntos a tratar:

- a) De un lado, los relativos a las determinaciones que habrán de observarse en cumplimiento de la Directiva 2014/24/UE, relativa a la contratación pública y, concretamente, aquellas referidas al contrato comunitario de servicios. Debe significarse que ese tratamiento es objeto de un estudio especial, referido al efecto directo de las directivas, por lo que al mismo me remito (epígrafe 7.5.4).
- b) De otro, el análisis de las características de las modalidades del contrato de gestión de servicios públicos distintas de la concesión, estos es, la gestión interesada, el concierto y la sociedad de economía mixta, a lo que se añadirá, de *lege ferenda*, el estudio de la propuesta en favor del arrendamiento.

Al desarrollo de este planteamiento se dedicarán las páginas siguientes.

6.2.2. Concesión de servicios públicos

Tal como se ha avanzado, el análisis exhaustivo efectuado en el epígrafe 4 releva de la necesidad de pormenorizar los detalles relativos al tratamiento de la concesión de servicios públicos, y ello sobre las bases de que se produce la transferencia del riesgo operacional al contratista y que el objeto contractual lo constituye un servicio público.

Recordadas, pues, las bases sobre las que se asienta, será suficiente con una remisión a los principales aspectos tratados en relación con la concesión de servicios públicos:

- Concepto y regulación (epígrafe 4.1).
- Ámbito, objeto, duración y valoración económica de la concesión de servicios públicos (4.3)
- Pliegos y anteproyecto de obra y explotación (4.4)
- Efectos, cumplimiento y extinción y trascendencia del régimen jurídico de los servicios públicos (4.5.)
- Ejecución del contrato (4.6.)
- Obligaciones generales (4.7.)

- Prestaciones económicas y derechos ordinarios del concesionario (4.8.)
- Modificación del contrato de concesión de servicios públicos y mantenimiento de su equilibrio económico (4.9.)
- Reversión (4.10.)
- Falta de entrega de contraprestaciones económicas y medios auxiliares (4.11.)
- Incumplimiento del concesionario y secuestro de la concesión de servicios públicos (4.12.)
- Extinción y causas de resolución (4.13.)
- Efectos de la resolución en las concesiones de servicios públicos (I): planteamiento y regulación (4.14.)
- Efectos de la resolución en las concesiones de servicios públicos (II): la indemnización al concesionario; la denominada responsabilidad patrimonial de la Administración (RPA) y su evolución (4.15.)
- Efectos de resolución (III): otras determinaciones sobre la concesión de servicios públicos (4.16.)
- Prerrogativa y procedimiento de ejercicio de la resolución de las concesiones de servicios públicos (4.17.)
- Subcontratación en las concesiones de servicios públicos (4.18.)
- Otras previsiones relativas a la concesión de servicios públicos (4.19.)
- La Oficina Nacional de Evaluación (4.20.)
- Regulación supletoria (4.21.)

6.2.3. *Gestión interesada*⁷²⁹

El TRLCSP define la *gestión interesada* como aquella forma de prestación indirecta de servicios públicos «*en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato*» (art. 277.b). A su vez, el RGLCAP/2001 precisa que «*cuando el contrato se verifique bajo la modalidad de gestión interesada, se podrá establecer un ingreso mínimo a favor de cualquiera de las partes asociadas, a abonar por la otra parte, cuando el resultado de la explotación no alcance a cubrir un determinado importe de*

⁷²⁹ Referencias bibliográficas: ALBI CHOLBI (1960: 724-728), BALLESTEROS FERNÁNDEZ y BALLESTEROS FERNÁNDEZ (2005: 323-327), BLANQUER CRIADO (2012: 405-410 y 538-542), ESCOLÀ I PONS (2002: 87-89), GIEURE LE CARESSANT (2010: 607-621), MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS (2007: 287 y 2009: 645), MESTRE DELGADO (2011: 2094-2095), PÉREZ AMORÓS (2013: 1565-1566) y SOSA WAGNER (2004: 251-255).

beneficios» (art. 180). El RS/1955 no contempla esta figura, que, sin embargo, sí es objeto de regulación en algunas legislaciones autonómicas.⁷³⁰

Esta modalidad supone la colaboración entre la entidad titular del servicio y un particular (gestor), siendo bastante frecuente que la Administración aporte la totalidad o la parte más importante de las instalaciones necesarias para el servicio. El gestor se compromete a prestar adecuadamente el servicio.

El *elemento relevante* lo constituye la *articulación de la retribución del gestor*. El supuesto más común distingue: una *remuneración mínima* que se garantiza al gestor (asunción de ese riesgo económico por la administración); y una *remuneración añadida variable* en función de los resultados económicos de la explotación (se interesa al gestor en la explotación del servicio), con las modalidades de asignaciones proporcionales (al gasto o a los ingresos) u otras primas de naturaleza diferente (por aumento del número de usuarios, por ejemplo). Otra posibilidad consiste en prever un canon o participación a satisfacer a la administración por el contratista o beneficio mínimo que corresponda a alguna de las partes.

En cualquier caso, la articulación de la retribución del gestor deberá preverse de manera precisa en el pliego de cláusulas administrativas particulares, toda vez que si bien es cierto que en la gestión interesada el riesgo es asumido por la administración, los términos que se establezcan en el pliego regirán las relaciones entre la Administración y el prestatario del servicio público.⁷³¹

⁷³⁰ La gestión interesada se recoge también en la legislación autonómica siguiente: ROASCat/1995 (266-269); LArag/1999 (212) y RBASOArag/2002 (290-292); LGal/1997 (304); LIB/2006 (164); LFNavig/1990 (201) y LRioja/2003 (213).

⁷³¹ Y en el bien entendido que en lo no previsto el gestor no podrá exigir una cobertura que exceda de los límites fijados en el contrato. A esa problemática responde el pronunciamiento del TSJ de Cantabria que, en su sentencia de 16.6.1999 (nº recurso 2753/1997), citada por BLANQUER CRIADO (2012: 409-410), se expresa en los siguientes términos de sus fundamentos jurídicos:

*«TERCERO: La ordenación legal y reglamentaria de la gestión interesada es muy parca, hasta el extremo de no poder extraer de la misma nada más de lo que hemos dicho acerca de la participación de la Administración y el empresario en los resultados de la explotación del servicio. Ello no obsta a que, en el plano doctrinal, se sostenga habitualmente que lo lógico es que la Administración contratante asegure al contratista la percepción de las cantidades necesarias para mantener y gestionar normalmente el servicio, con independencia del resultado de la gestión, extremo éste que sólo podrá influir en la retribución calculada sobre los beneficios reales. Dicho de otra manera, **el gestor interesado no desarrolla la actividad a su riesgo y ventura, sino que lo normal es que haya de tener cubiertos, habida cuenta de la propia entraña institucional de ésta modalidad contractual, todos los gastos ordinarios de inversión y de actividad. Todo ello en el bien entendido, por supuesto, de que su conducta se ajuste a las reglas ordinarias de funcionamiento empresarial, puesto que sería inaceptable que***

la Administración titular del servicio hubiera de asumir el coste de gestiones deficientes e incrementar sus obligaciones financieras para cubrir los gastos derivados de actuaciones gestoras no incardinables dentro del normal obrar de un empresario. Pero salvado éste extremo, es moneda corriente considerar que, pivotando el contrato verificado bajo la modalidad de gestión interesada sobre la participación de ambas partes en los beneficios de la explotación del servicio, es coherente con tal circunstancia que los gastos normales de la actividad estén asegurados. Ahora bien, lo expuesto no pasa de ser fruto de la construcción doctrinal, si bien lógica y consistente, puesto que ni la Ley de Contratos del Estado ni su Reglamento suministran argumento normativo alguno del que deducir con claridad que sobre la Administración pesa el deber de financiar íntegramente los gastos ordinarios de la gestión del servicio público contratado. De ahí que, en definitiva, todo dependa de lo estipulado en cada caso, **debiendo inferir del contrato de que se trate la índole y extensión de las obligaciones financieras que asume la Administración contratante y titular del servicio.** Establecido el criterio general, demos respuesta a la solicitud que CLÍNICAS CERVATOS, S.A. trae ante nosotros, señalando de antemano que es inequívoco que la contratante y el contratista pactaron en su día que la segunda asumiría el déficit hasta una cantidad máxima mensual de 18.000.000 de pesetas, cláusula ésta de interpretación innecesaria por indiscutible.

CUARTO: En primer lugar, la parte actora pretende que la Administración regional aumente la cuantía mensual que aporta habida cuenta del incremento del índice de precios al consumo, que a su juicio determina que la titular del servicio está obligada a asumir las consecuencias financieras de la fluctuación. La Sala estima que no asiste la razón a la recurrente. No cabe duda de que hubiera sido más acorde con la naturaleza jurídica de la gestión interesada que la Administración contratante se hubiera comprometido a financiar íntegramente el coste ordinario de la actividad hospitalaria contratada al objeto de cubrir en todo caso el déficit y permitir, a partir de ahí, la participación del gestor interesado en los beneficios de conformidad con lo estipulado en el contrato. Pero no se ha hecho así, **no existiendo**, como ya hemos dicho, **regla alguna de Derecho positivo que sea capaz de alterar los términos del contrato en este punto, que son expresión de la voluntad libremente expresada de cada una de las partes que en él intervienen.** Los argumentos que la parte actora trae ante nosotros en defensa de su pretensión no son hábiles para desvirtuar la conclusión antedicha. Prescindiendo de cualquier referencia a la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995, no aplicable al de autos, recordemos que el artículo 73 de la Ley de Contratos del Estado de 1965 dispone que "el empresario tiene derecho a las prestaciones económicas previstas en el contrato y a la revisión de las mismas, en su caso, en los términos que el propio contrato establezca". Ningún obstáculo existe para entender que la percepción de la cuantía máxima de la cobertura autónoma del déficit mensual contractual mente establecida constituye un derecho del gestor interesado, pero la modificación de la misma no está contemplada en el contrato, que es lo que la Ley exige claramente, en línea con lo que es común y general en materia de revisión de precios en los contratos administrativos (aunque en el caso no se pueda hablar de precio en sentido propio dado que se trata de un contrato de gestión interesada). Ello quiere decir, en definitiva, que si en el contrato no se prevé la modificación de la cantidad que la Administración se compromete a abonar mensualmente al gestor interesado en razón de las variaciones del índice de precios al consumo, no puede éste solicitar que reconozcamos su procedencia. Es notorio y sabido que tales variaciones se producen, que son reales, razón por la cual cabe afirmar que el gestor interesado bien pudo haber pactado con la Administración la inserción de una cláusula en el pliego de condiciones administrativas particulares conforme a la cual la aportación pública mensual debiera revisarse en función de las alteraciones constatadas del índice de precios al consumo. No existiendo tal cláusula, es impracticable atender favorablemente a lo que HOSPITALES CERVATOS, S.A. solicita sobre éste particular. Si, insistimos de nuevo, en la gestión interesada se considera que la Administración ha de propender a cubrir los costes normales de la actividad (lo que alcanzaría también al incremento de los mismos derivado del propio del índice de precios al consumo), no lo es menos que ninguna prescripción legal o reglamentaria lo impone así, razón por la cual **la efectividad de tal propensión sólo puede depender de lo consignado en el contrato fruto del acuerdo de voluntades.** Y en el caso que nos ocupa ya nos consta lo que del contrato se desprende.

QUINTO: Por otra parte, **no resulta de aplicación al presente supuesto la doctrina de la imprevisión o del riesgo imprevisible**, construida para dar debida respuesta a las alteraciones que sobre la economía del contrato provocan acontecimientos ajenos a la conducta de la Administración y del contratista y conforme a la cual la Administración debe

La gestión interesada se puede preconizar para servicios que por razón legal o corporativa se hayan de prestar (lo que se asegura con la remuneración mínima o fija para el gestor), y en relación con los cuales sea posible obtener mejores resultados económicos a partir de una gestión eficiente que atraiga usuarios. Así, entre otros ejemplos, para la gestión de:

- a) Transporte de viajeros.⁷³²
- b) Servicios culturales y de turismo.⁷³³
- c) Complejos deportivos.⁷³⁴

acudir en ayuda del empresario compartiendo con él los riesgos surgidos de forma imprevista. Y no es aplicable porque, si bien es rigurosamente cierto que el gestor interesado se resiente financieramente por un hecho independiente tanto de su conducta empresarial como de la de la Administración contratante, no lo es menos que el aumento del índice de precios al consumo es cualquier cosa menos imprevisible, faltando en consecuencia una de las condiciones esenciales requeridas para que las partes contratantes compartan los riesgos que exceden del área normal de cualquier actividad empresarial. Y, en fin, tampoco avala jurídicamente la pretensión que analizamos lo previsto en el artículo 1258 del Código Civil. De entrada, el precepto no puede ser interpretado en contradicción con lo dispuesto en la legislación de contratos administrativos, en la que, como ha quedado expuesto, la revisión de las prestaciones económicas a las que el contratista tiene derecho está expresamente supeditada a lo que en el propio contrato se establezca sobre el particular. Pero es que, además, el artículo 1258 sólo dice, en lo que nos interesa que los contratos "obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley". Extraer de ahí una obligación administrativa de modificar la cuantía subvencional mensual a consecuencia de las alteraciones del índice de precios al consumo es un poco excesivo. Acabamos de decir que la legislación de contratos administrativos no tolera semejante consecuencia en ausencia de pacto expreso en tal sentido; y, desde luego, ni la buena fe ni el uso justifican que los términos, taxativamente claros, del contrato puedan ser objeto de subversión alguna» (los subrayados son míos).

⁷³² Véase anuncio de licitación del Consorcio Metropolitano de Transportes de la Bahía de Cádiz (CMTBC) para la contratación de la gestión de servicio público consistente en la explotación del Servicio Marítimo Regular de Viajeros perteneciente al Consorcio de Transportes de la Bahía de Cádiz, bajo la modalidad de gestión interesada y procedimiento abierto (BOE nº 145, de 16.6.2016).

También es el caso de la STS de 9.2.1998 (Ar. 1583, nº de recurso 2681/1990), citada por Sosa Wagner (2004: 254), que confirma la legítima potestad del ente local (Entidad Metropolitana del Transporte de Barcelona) para optar por la gestión interesada como forma de prestación del servicio de transporte urbano de viajeros.

⁷³³ Referencia al anuncio del convenio de colaboración entre el Instituto Geológico y Minero de España y la Consejería de Cultura, Turismo y Deporte del Gobierno de Cantabria, que da noticia del contrato de gestión turística de la cueva de El Soplao, en la modalidad contractual de gestión interesada, con prestación económica, entre otras, para la realización de estudios y trabajos técnicos, tendentes a la investigación y protección de la cueva El Soplao y su entorno (BOE nº 40, de 15.2.2008).

d) Servicios de ocio.⁷³⁵

6.2.4. Concierto⁷³⁶

El TRLCSP prevé que la contratación de la gestión de servicios públicos se formalice mediante «*concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate*» (art. 277.c). Por su parte, el RGLCAP, a su vez, añade que «*la modalidad de concierto se utilizará en aquellos supuestos en los que para el desempeño o mayor eficacia de un servicio público convenga a la Administración contratar la actividad privada de particulares que tenga análogo contenido al del respectivo servicio*» (art. 181).⁷³⁷

Sobre la base de esos referentes normativos, cabe definir el concierto como aquella modalidad que permite a la Administración contratar con un particular (persona física o jurídica) la prestación de un servicio público y siempre que esta persona venga llevando a cabo las prestaciones caracterizadoras del servicio.

El *elemento relevante* del concierto viene dado por la *experiencia o práctica previas del contratista* en la ejecución de prestaciones análogas a las que integran el servicio público, lo cual no es decir mucho. Realmente esa nota es poco definitiva, toda vez que para resultar adjudicatario de un concierto, como de todo contrato, es preciso que el licitador acredite una solvencia técnica suficiente, para cuya apreciación deben

⁷³⁴ Anuncio relativo a la gestión interesada del servicio municipal de piscina cubierta de uso común "Juan Carlos I" (Ayuntamiento de Lepe, BOP Huelva nº 141, de 19.7.2004).

⁷³⁵ Anuncio referido al contrato de gestión interesada del albergue/casa de colonias del Patronato Flor de Maig, Organismo Autónomo de la Diputación de Barcelona (BOP de Barcelona nº 31, del 5.2.1998).

⁷³⁶ Referencias bibliográficas: ALBI CHOLBI (1960: 729-741), ALMEIDA CERREDA y SANTIAGO IGLESIAS (2008), BALLESTEROS FERÉNDIZ y BALLESTEROS FERNÁNDEZ (2005: 327-331), BLANQUER CRIADO (2012: 411-445 y 538-542), ESCOLÀ I PONS (2002: 89-91), GIEURE LE CARESSANT (2010: 617-621), MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS (2007: 287-288 y 2009: 645-646), MESTRE DELGADO (2011: 2095-2096), PÉREZ AMORÓS (2013: 1567-1569), SOSA WAGNER (2004: 255-257) y VILLALBA PÉREZ (2005b).

⁷³⁷ El concierto es objeto de regulación en la legislación autonómica que se detalla a continuación: ROASCat/1995 (270-274); LArag/1999 (213) y RBASO/2002 (293-296); LGal/1997 (305); LIB/2006 (167); LFNava/1990 (203) y LRioja/2003 (214).

tenerse en cuenta *sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad* (TRLCSF, 54.1, 74 y 78 a 79bis, y ALCSP, 65.1, 86 y 90 a 92).

Por lo tanto, habrá que completar su identificación con otros elementos. Así, el resto de especialidades del concierto hacen referencia, en primer término, a las prestaciones, y se concreta en el uso de instalaciones del particular o de los servicios que este ofrezca como actividad ordinaria. La otra particularidad remite al pago y a sus modalidades: a precio alzado o de manera global (por período de tiempo o unidades de prestación), determinada previamente y actualizable de acuerdo con el contrato.

La conjunción de los elementos de una solvencia técnica acreditada del contratista, que aporta sus instalaciones o sus servicios, con una determinación precisa del pago por la utilización de éstos, evidencian el objetivo de la regulación y la funcionalidad del concierto: articular esta modalidad en términos de contención del gasto y sin transferencia del riesgo al contratista.

Fijados los elementos relevantes, cabe apuntar otros aspectos que, tendencialmente, caracterizan el concierto; así:

- i) La *retribución del contratista*, que suele percibirla de la entidad contratante, aunque no cabe descartar supuestos de pago por usuarios de tarifas.⁷³⁸
- ii) La *duración del concierto*, que en la legislación básica no tiene otros límites que los generales de 10 a 25 años, según su objeto consista en la prestación de servicios sanitarios o de otro tipo, respectivamente (*ex* TRLCSF, 278, letras b) y c), dado que no procede la ejecución de obras); en cambio, sí rigen otros límites en la legislación local:

- 10 años, en el RS/1955 (144.1),

⁷³⁸ El abanico de posibilidades va desde la percepción íntegra por el contratista de la contraprestación de la entidad concertante (lo que se da siempre en los servicios públicos gratuitos, así en determinados casos de servicios sociales), hasta diferentes grados de *copago* (supuesto que concurre, por ejemplo, en servicios educativos no obligatorios, como escuelas infantiles o guarderías públicas, cuya financiación puede correr a cargo, en proporciones variables, del ayuntamiento, los padres de los usuarios y la comunidad autónoma correspondiente).

Distinto aunque obviamente relacionado es el tema de la financiación del servicio, cuya gradación abarca desde su asunción íntegra por el ayuntamiento (el caso ya aludido de los servicios gratuitos), hasta su financiación con cargo a las tasas que abonan los usuarios, con el límite del coste del servicio, a la administración titular del mismo (el supuesto del servicio de recogida y tratamiento de residuos objeto de gestión indirecta).

- 5 años, en el ROASCat/1995 (271) y
- 8 años, en el RBASO Arag/2002 (294).

Cabría, ciertamente, cuestionar la vigencia de tales límites temporales sobre la base de su no previsión en la legislación básica, y el hecho de responder a un planteamiento inicial –el del Reglamento de servicios de 1955- que puede considerarse obsoleto, máxime atendido que estos límites específicos no excluyen la posibilidad de prórroga hasta los plazos máximos de la legislación básica antes señalados.

Hecha esta precisión, y con vista al futuro, la cuestión debería resolverse a tenor de los criterios generales de duración de los contratos, objeto de análisis en relación con la concesión (epígrafe 4.3.4) y el contrato de servicios (epígrafe 5.3.4), a los cuales me remito.

- iii) El *objeto de las prestaciones* del concierto, sobre el cual suele insistirse en el *uso de las instalaciones* del particular contratista, aunque debe recordarse que también pueden referirse a los *servicios que este ofrezca como actividad ordinaria*.⁷³⁹
- iv) La *configuración del concierto*, que, de todas las modalidades del CGSP, es la que guarda más paralelismo con el contrato de servicios, expresado en el esquema simple de la bilateralidad de unas prestaciones que el contratista ofrece a cambio de una contraprestación económica, aunque, tal como venimos resaltando a lo largo del trabajo, con sustanciales diferencias:

- de un lado, la aplicación de un régimen jurídico que, al utilizar el concierto, garantiza la continuidad y regularidad en la prestación del servicio público y los derechos de los usuarios;⁷⁴⁰

⁷³⁹ El énfasis en las instalaciones proviene, a mi entender, a la tradicional vinculación con los conciertos sanitarios y asistenciales, en los que las diputaciones, primero, y las comunidades autónomas después de la asunción estatutaria, contratan las prestaciones que se desarrollan en establecimientos privados (hospitales, clínicas y residencias para mayores). Pese a su indiscutible importancia, no debe olvidarse el otro género de servicios que puede integrar el concierto, consituído por prestaciones técnicas (culturales, deportivas, tecnológicas o de otra índole) no vinculadas a instalaciones del contratista.

⁷⁴⁰ Recuérdese al respecto las consideraciones efectuadas sobre la insuficiencia de las determinaciones del contrato de servicios en relación con la gestión de servicios públicos (epígrafe 5.9).

- de otro, que dicha figura admite, sin quebranto de su naturaleza, la posibilidad de percibir de los usuarios unas tarifas que cubran parcialmente la financiación del servicio.
- v) Finalmente, en cuanto a sus aplicaciones, entiendo que el concierto puede resultar idóneo en relación con servicios gratuitos o servicios en que el rendimiento económico para la administración sea reducido (sanitarios, asistenciales y educativos), aunque también con servicios en que la variación de sus prestaciones (por razones tecnológicas o de otro tipo) sea elevada; y todo ello por el hecho de que el concierto permite fijar el gasto máximo a satisfacer por la entidad titular del servicio.⁷⁴¹

Dicho lo cual debe precisarse que las determinaciones de ese régimen jurídico serán las que resulten de la configuración propia del servicio público objeto del concierto; así, por poner dos ejemplos:

- no tendrá sentido hablar de la *reversión* si las instalaciones utilizadas son propiedad del contratista, como señala BLANQUER CRIADO (2012: 425);
- si lo tendrá, en cambio, la causa específica de finalización del concierto *cuando la entidad tenga instalado y esté en condiciones de prestar un servicio público análogo al concertado*, prevista en el RServicios/1955 (144.2, *in fine*) y ROASCat/1995 (274, *in fine*).

⁷⁴¹ Como experiencias de contraste pueden citarse las siguientes:

a) Servicios asistenciales y sanitarios

- Gestión, mediante la modalidad de concierto, del *servicio público de prestación de alimentos de primera necesidad*; duración: 1 año, prorrogable anualmente, hasta un máximo de 5 años [Fuenlabrada (Madrid), BOE n.º 193, 11.8.2004]
- Gestión, mediante la modalidad de concierto del *servicio público denominado proyecto de ocio para personas con retraso mental "salta conmigo"*; duración: 1 año, prorrogable anualmente, hasta un máximo de 4 años [Fuenlabrada (Madrid), BOE n.º 179, 26.7.2004].
- Transporte de ambulancias, objeto de la STS de 25.5.1999 (Ar 5595), citado por BLANQUER CRIADO (2012: 412).
- Gestión, mediante la modalidad de concierto, del *servicio público de elaboración y distribución farmacológica de agonistas opiáceos para pacientes drogodependientes del municipio*; duración: 1 año, prorrogable anualmente, hasta un máximo de 8 años (Madrid, Organismo Autónomo Madrid Salud, BOE n.º 251, 19.10.2013; anuncio formalización contrato, BOE n.º 6, 7.1.2014).
- Gestión, mediante la modalidad de concierto, del *servicio público de 30 plazas en recursos convivenciales para drogodependientes en tratamiento en el Instituto de Adicciones del Organismo Autónomo Municipal "Madrid Salud"*; duración: 1 año, prorrogable anualmente, hasta un máximo de 8 años; 2 lotes: 1) 18 plazas (personas sin hogar alcohólicas y/o consumidoras de drogas), y 2) 12 plazas (convivenciales en pisos de apoyo a la reinserción) (Madrid, Organismo Autónomo Madrid Salud, BOE n.º 251, 19.10.2013; anuncio formalización contrato, BOE n.º 6, 7.1.2014).

b) Servicios educativos

- *Gestión, mediante la modalidad de concierto, del servicio educativo de la Escuela Infantil de la Calle Alicante*; duración: del 1.4.2004 al 31.3.2007, pudiendo prorrogarse sucesivamente por periodos anuales, sin que pueda exceder de una duración total de 25 años [Fuenlabrada (Madrid), BOE n.º 51, 28.2.2004].

Debe precisarse que la gestión indirecta de tales servicios educativos, desde la perspectiva local, se contrae a los supuestos en que la entidad es la titular de los mismos. Se trata, pues, de un supuesto distinto de los denominados *conciertos educativos*, derivados de la previsión constitucional sobre el derecho a la educación y

6.2.5. Sociedad de economía mixta⁷⁴²

6.2.5.1. La regulación básica y local

El TRLCSP caracteriza la *sociedad de economía mixta* como aquella modalidad de gestión indirecta de servicios públicos «*en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas*» (art. 277.d). El RGLCAP añade que «*en los contratos de gestión de servicios públicos la sociedad de economía mixta figurará como contratante con la Administración, correspondiéndole los derechos y obligaciones propios del concesionario de servicios públicos*» (art.182).

el carácter obligatorio y gratuito de la enseñanza básica (art. 27.4), y cuya gestión corresponde a las Comunidades Autónomas. Sobre estos conciertos, véase BLANQUER CRIADO (2012: 431-434).

- c) Servicios de recogida de residuos y limpieza viaria
- STS de 14.5.1999 (Ar 5200), citada por BLANQUER CRIADO (2012: 413), sobre recogida de basuras y limpieza viaria, y cuyo pronunciamiento en síntesis es el siguiente: gestión indirecta mediante concierto, la empresa concertada se encarga de la gestión del servicio a cambio de un precio anual y determinado, sujeto, por establecerlo así el clausulado, a la posible alteración del precio del contrato por incremento del IPC, determinado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo competente en la materia, no siendo de aplicación por tanto el equilibrio financiero propio de la concesión, pero sí el riesgo y ventura del contratista, aunque lo sea con las matizaciones que impone la necesidad de mantenimiento del servicio, en razón de todo lo cual es confirmada la sentencia de instancia y desestimada la solicitud de revisión de precios formulada por el contractista (FJ 3º y 4º).
 - *Gestión, mediante la modalidad de concierto, del servicio público de mantenimiento de zonas verdes y limpieza viaria en el ámbito del Distrito de Loranca, Nuevo Versalles y Parque Miraflores*; duración: 4 años, prorrogables por períodos anuales, hasta un máximo de 6 años [Fuenlabrada (Madrid), BOE n.º 113, 10.5.2004].
Experiencias de contraste que, convocadas por un mismo ayuntamiento de manera separada, son objeto de adjudicación en los siguientes términos [Fuenlabrada (Madrid), BOE n.º 113 y 160 de 10.5 y 3.7.2004, respectivamente]:
 - *Gestión, mediante la modalidad de concierto, del servicio público de limpieza viaria, recogida selectiva de envases, muebles y enseres abandonados en la vía pública*; duración: 10 años, prorrogables por períodos anuales, hasta un total de 10 años.
 - *Gestión, mediante la modalidad de concierto, del servicio público de recogida selectiva de papel y cartón*; duración: igual que el anterior.

⁷⁴² Referencias bibliográficas: ALBI CHOLBI (1960: 384-436), BALLESTEROS FERNÁNDEZ y BALLESTEROS FERNÁNDEZ (2005: 414-470), BLANQUER CRIADO (2012: 445-510 y 538-542), ESCOLÀ I PONS (2002: 95-100), GUIMERÁNS RUBIO y MELLADO FRAILE (2010: 625-661), MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS (2007: 288 y 2009: 646-647), MESTRE DELGADO (2011: 2096-2098), MONTOYA MARTÍN (2011: 2967-2982), PÉREZ AMORÓS (2013: 1569-1573), SANTIAGO IGLESIAS (2010 y 2011) y SOSA WAGNER (2004: 267-303).

El *elemento relevante* en esta forma lo constituye la *participación público-privada en el capital de la sociedad* que debe articularse desde la perspectiva de la Administración mediante su conciliación con los principios de publicidad y concurrencia en la selección del socio privado, atendida su configuración contractual.⁷⁴³

En los supuestos en que la participación pública es minoritaria la sociedad de economía mixta se configura, de un lado, para incorporar junto al capital que financia la inversión y obtiene el correspondiente beneficio, las funcionalidades de la gestión privada, principalmente las técnicas de gestión vinculadas con la eficiencia y el abaratamiento de costes y, de otro, para que la Administración esté presente en el consejo de administración y conozca la situación económico-financiera de la sociedad prestataria del servicio, salvando así las dificultades que encuentra para saber de esa situación en el resto de modalidades de gestión indirecta.

En los casos en que la participación pública es mayoritaria, la presencia del capital privado responde, por una parte, a la necesidad inversora que tenía la Administración para financiar la prestación del servicio, y sin excluir la eventual aplicación de técnicas de gestión, en razón de todo lo cual el socio privado percibirá la remuneración correspondiente; por otra parte, se derivarán para la Administración y la sociedad las consecuencias legalmente previstas, entre las cuales se encuentran, respectivamente, la integración de ésta en el sector público de aquélla (ex TRLCSP, 3.1.d y ALCSP, 3.1.h y LRJSP/2015, 2.2.b) y la consideración normalmente como poder adjudicador de la sociedad economía mixta (ex TRLCSP, 3.3.b y ALCSP, 3.3.d).⁷⁴⁴

⁷⁴³ La sociedad de economía mixta se regula en las legislaciones autonómicas siguientes: ROAS/1995 (282-296); LAnd/2010 (43); LArag/1999 (215 y 216) y RBASO/2002 (301-316); LGal/1997 (307 y 308); LIB/2006 (168 y 169) y LRioja/2003 (216 y 217).

⁷⁴⁴ Aunque excepcional, cabría la posibilidad de que la sociedad mixta no tuviera la condición de poder adjudicador en el caso de que satisficiera necesidades de interés general que tengan carácter industrial o mercantil; esa característica resulta:

a) En el TRLCSP, cuando (art.3.2.e y 3.3.b, en ambos casos *a contrario*):

1.^a Su actividad principal consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o efectúen operaciones con ánimo de lucro, o

2.^a se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios.

Y siempre que la Administración en cuyo sector público esté integrada no controle su gestión, o no nombre a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

b) En el ALCSP, cuando se financien mayoritariamente con ingresos de mercado, entendiéndose por tal que tengan la consideración de productor de mercado de conformidad con el Sistema Europeo de Cuentas y siempre que la Administración en cuyo sector público esté integrada no controle su gestión, o no nombre a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia (art. 3.2.b y 3.3.d, en ambos casos *a contrario*).

Otras características de la sociedad de economía mixta son, en síntesis, las siguientes:

- Objeto: servicio público de carácter económico (actividad prestacional calificada de servicio público y con contenidos y rendimientos económicos significativos).
- Caracterización: sociedad de capital mixto (público y privado).
- Modalidades: sociedades mercantiles (sociedad anónima/SA o de responsabilidad limitada), laborales o cooperativas.
- Procedimientos diversos para constituir las: regulados en la legislación autonómica; así en la catalana, en el ROAS (283), y en la aragonesa, RBASO (302), el criterio general es que hay que observar los principios de libre concurrencia e igualdad de oportunidades para el capital privado, si bien se admite el convenio con sociedad única ya existente.⁷⁴⁵

⁷⁴⁵ La apelación a este supuesto del convenio suele ser bastante polémica. Como muestra de ello se citan estos tres supuestos:

- a) **STS de 22.4.2005** (Ar. 4716, ROJ 2489), citada por BLANQUER CRIADO (2012: 488), de la cual, en síntesis, procede destacar lo siguiente:
- *«En el recurso Contencioso-Administrativo núm. 1760/98 (RJCA 2003, 597) seguido ante la Sala de dicho orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, se dictó sentencia con fecha 18 de septiembre de 2002, cuyo fallo es del siguiente tenor literal: «estimar el recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por Aguas de Valencia SA, representada por el Procurador D. Emilio Sanz Osset, contra los siguientes actos administrativos: 1.- acuerdo adoptado el uno de diciembre de 1997 por el Pleno del Ayuntamiento de Picanya (Valencia) que acordó aprobar un convenio interadministrativo entre los Ayuntamientos de Torrent y de Picanya mediante el cual se regula la cooperación para la prestación del servicio de agua potable y alcantarillado en el municipio de Picanya; 2.- acuerdo adoptado el cuatro de diciembre de 1997 por el Pleno del Ayuntamiento de Torrent; (Valencia) por el que se aprueba, a su vez, este convenio interadministrativo; 3.- convenio interadministrativo suscrito el dos de febrero de 1998 por los Sres. Alcaldes de los municipios de Torrent y Picanya, el Sr. Presidente del Patronato de la Fundación Pública Aguas Potables Nuestra Señora de Montserrat (municipio de Picanya) y el Sr. Consejero Delegado de la empresa mixta Aigües de L'Horta, SA que regula la «cooperación para la prestación del servicio de agua potable y alcantarillado en el municipio de Picanya». 2. anular estos actos administrativos, al ser contrarios a Derecho. No procede efectuar expresa imposición de las costas procesales ocasionadas en este litigio» (antecedente de hecho 1º).*
 - **«Nada impide que a través de un convenio de colaboración un ente local pueda asumir la gestión directa de los servicios públicos de otro ente local. Sin embargo es preciso respetar las normas reguladoras de la materia de que se trate, en este caso los principios de la contratación pública más arriba referenciados, cuando el sujeto que**

asume los citados servicios no lo hace directamente sino a través de la gestión indirecta lo que acontece con las empresas mixtas.

Distintas Corporaciones locales entre sí pueden constituir consorcios como forma de prestación del servicio de abastecimiento de agua o incluso asociarse con entes privados. En tal caso el Consorcio así creado tendrá naturaleza de administración pública, será quien gestione el servicio público por medio de alguna de las formas previstas en la legislación administrativa y sustituirá a los entes consorciados (art. 40 RSCL [RCL 1956, 85]). También puede crear Mancomunidades como entes que tengan por objeto la prestación de servicios públicos pero **contraviene las normas de contratación pública la suscripción de un Convenio interadministrativo** como el aquí controvertido.

Significa, por tanto, que ante una sociedad mixta como la aquí constatada no cabe entender existente una gestión directa del servicio sino una indirecta. La suscripción de un Convenio interadministrativo **incorporando a nuevos municipios como beneficiarios de la gestión del ciclo integral del agua en sus respectivos términos municipales por una sociedad mixta creada con un objeto limitado al término municipal de Torrente constituye una conducta elusiva del respeto a los principios de libertad de competencia y transparencia reiteradamente manifestados como esenciales**» (FJ 7º, las negritas son mías).

- «FALLAMOS: Que no ha lugar a los recursos de casación interpuestos por el Ayuntamiento de Torrent, el Ayuntamiento de Picanya y Aigües de l'Horta contra la sentencia dictada el 18 de septiembre de 2002 por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia en la causa 1760/1998 (RJCA 2003, 597) la cual se declara firme con expresa imposición de las costas del recurso a las recurrentes en la cuantía de 4.500 euros a satisfacer cada una de ellas en una tercera parte, sin perjuicio de la posible reclamación, en su caso, del cliente de la cantidad que se estime procedente.»

- b) **STSJ Comunidad Valenciana de 12.6.2003** (JUR 2003 23915), citada por SOSA WAGNER (2004: 270), de cuyos pronunciamientos resultan relevantes los siguientes:

FJ. «CUARTO. **Aunque el Ayuntamiento de Silla pretende configurar el Acuerdo Marco como un acto preparatorio de otro ulterior, es lo cierto que el contenido de sus cláusulas no ofrecen duda que establece las condiciones que regulan contractualmente las relaciones entre la Corporación y Metrored SA**, y así se desprende del texto al referirse, a las obras a realizar, de su ejecución del pago del canon del que distingue entre un canon de enganche y otro sobre facturación, así como, del compromiso que contrae el Ayuntamiento en los aspectos que se reflejan en las cláusulas décima y undécima.

No obsta a ésta naturaleza contractual, la referencia a la constitución de la sociedad mixta que se prevé en sus cláusulas, que debe entenderse constituiría la ejecución de lo acordado anteriormente.

Sentado lo anterior, resulta de aplicación lo previsto en el artículo 2.2 de la citada Ley 48/1998 (RCL 1998, 3061), sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones que incorporaban las Directivas CEE 93/38 (LCEur 1993, 2561) y 92/13 (LCEur 1998, 1003), y en cuyo artículo se declaran excluidas del ámbito de aplicación de dicha Ley 48/1998, entre otras «... las entidades que integran la Administración Local y los organismos autónomos dependientes de los mismos, que se registrarán en toda caso y sin perjuicio de lo dispuesto en la Disposición Adicional Segunda, por la legislación de contratos de las Administraciones Públicas».

Del contenido de dicha Disposición Adicional Segunda, se extrae la consecuencia que, **al establecerse en el contrato municipal la ejecución de canalizaciones para telecomunicaciones es evidente que el Ayuntamiento se hallaba sometido a la Ley de Contratos** (RCL 1995, 1485, 1948) en relación al acuerdo municipal impugnado en este recurso.

Por tanto, si por razón de la materia del mencionado acuerdo, no podrá celebrarlo legalmente, tampoco sería aplicable el artículo 25-h) de la Ley 48/1998, sobre la posibilidad de utilización del procedimiento negociado sin convocatoria de licitación previa para adjudicar los contratos que hayan de concertarse sobre la base del acuerdo marco y, en consecuencia, **la adjudicación del contrato de obra para construir canalizaciones debió efectuarse atendiendo los principios generales en materia de contratación, como son los de, publicidad y concurrencia, y que establece la Disposición Adicional Sexta de la Ley de Contratos, y no de manera directa como se hizo con Metrored SA.**

De otro lado, el acuerdo municipal recurrido otorga a Metrored SA una serie de derechos especiales para la instalación de su red de telecomunicaciones, **al reservarle durante un plazo mínimo de 35 años el liso de uno de los cuatro canales subterráneos para el servicio de telecomunicaciones, que vulneraría el principio de no discriminación con otras sociedades de idéntico objeto.**

Este criterio respetuoso del principio de igualdad de concurrencia y no discriminación, fue puesto de relieve en el informe que se cita por la demandante, emitido por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en relación a la propuesta que efectuó Metrored SA al Ayuntamiento de Alacuas (Valencia), también de creación de una sociedad mixta en materia de telecomunicaciones, en donde además de afirmar la necesidad de concurrencia de tales principios en la preparación y adjudicación de tales contratos, señalaba como normativa aplicable las prescripciones del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (RCL 2000, 1380, 2126) por el que se aprobó el texto refundido de Ley de Contratos con las Administraciones Públicas, independientemente de que el objeto de la contratación se refiera a alguna actividad relacionada con las telecomunicaciones. Y después de afirmar la procedencia legal de excluir la aplicabilidad de la citada Ley 48/1998 a los Ayuntamientos para adoptar Acuerdos Marco en esa materia específica.

Al contener el acuerdo con Metrored SA. una serie de ventajas para esta, se vulnera el principio de igualdad que proclama el artículo 6 de la Ley General de Telecomunicaciones (RCL 1995, 3329).

En el mismo informe se declaraba, que la propuesta de convenio de Metrored, SA supone la imposición para los operadores interesados de un modelo de uso compartido de las infraestructuras instaladas en el dominio Público, que no se atiene a las previsiones de la normativa de telecomunicaciones, ni en materia de competencia, ni de procedimiento.

QUINTO. Por lo razonado anteriormente, **procede la estimación de la demanda., declarando la nulidad por ser contrario a derecho del citado acuerdo municipal de 28 de marzo de 1998, [artículo 62.1-b) de la citada Ley 30/92 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246)], por no ser el Ayuntamiento el órgano competente por razón de la materia.**

No obstante, la estimación del presente recurso es solo parcial, al rechazarse por la Sala la petición que también se contenía en la demanda referente a la solicitud de indemnización de daños y perjuicios, que no se han acreditado ni siquiera intentado acreditar, que tampoco se han mencionado en el escrito de conclusiones» (las negritas son mías).

Debe añadirse que la citada sentencia devino firme toda vez que el Tribunal Supremo inadmitió el recurso de casación interpuesto, bien que lo hizo por razones de carácter procesal; véase la STS de 5.10.2010 (Ar. 6986), cuyas referencias son las siguientes: resoluciones impugnables: sentencias dictadas en única instancia: procesos pendientes: régimen de recursos: sentencias dictadas con posterioridad a la entrada en vigor de la LO 19/2003, de 23 de diciembre: resolución dictada por el TSJ pero competencia del Juzgado tras la reforma introducida: siguen el régimen establecido para las sentencias dictadas en segunda instancia: inadmisibilidad procedente.

c) **STSJ de Cataluña núm 126/2016, de 9.3.2016** (Ponente: SOSPEDRA NAVAS y Magistrados que votan a favor, DE SOLER BIGAS, RUBIRA MORENO y PARICIO RALLO, de la cual se destacan las referencias siguientes:

Antecedente de hecho 1º. «La representación de la parte actora (**Acciona Agua, S.A.**), por escrito presentado en la Secretaría de esta Sala, **interpuso recurso contencioso administrativo contra el Acuerdo adoptado el 6 de noviembre de 2012 por el Consell Metropolità de l'Àrea Metropolitana de Barcelona**, que aprobaba el establecimiento y prestación del servicio del ciclo integral del agua, **el establecimiento del sistema de gestión de ese servicio público mediante sociedad de capital social mixto bajo la modalidad de convenio con sociedad existente**, los estatutos de la nueva sociedad de capital mixto "Aigües de Barcelona, Empresa Metropolitana de Gestió del Cicle Integral de l'Aigua, Societat Anònima", **y el convenio suscrito por Àrea Metropolitana de Barcelona (AMB) y la Sociedad General d'Aigües de Barcelona, S.A. (SGAB).**, y contra la Resolución de fecha 13 de diciembre de 2012 del Organ Administratiu de Recursos Contractuals de Catalunya por el que se inadmitía, por extemporáneo, el recurso especial en materia de contratación interpuesto contra el citado Acuerdo del Consell Metropolità.

Admitida la interposición, por escrito presentado el día 21 de junio de 2013 la parte actora amplió el recurso al Acuerdo de fecha 21 de mayo de 2013 por el que se aprueban precisiones interpretativas no sustanciales al establecimiento del ciclo integral del agua, modificando

parcialmente el Acuerdo de 6 de noviembre de 2012, la cual fue admitida por auto de fecha 22 de julio de 2013» (las negritas son mías).

Fundamentos de derecho. «**DECIMOSEGUNDO. Conclusiones.** La extensión de la sentencia y el tratamiento de cuestiones heterogéneas aconsejan hacer una recapitulación sistemática de todo lo que se ha razonado, fijando las conclusiones a que llega la Sala que son las siguientes:

(i) El objeto central de los motivos de impugnación examinados es la viabilidad de una excepción licitatoria en la adjudicación del servicio de abastecimiento de agua en baja. Estamos ante un contrato de gestión del servicio público donde es aplicable el TRLCSP que integra la normativa local en materia de gestión indirecta de servicios públicos.

(ii) La excepción de licitación ha de ser interpretada restrictivamente, especialmente cuando la imposibilidad de concurrencia competitiva deriva de motivos económicos, teniendo la Administración la carga de motivar las razones justificativas de la adjudicación directa sin publicidad.

(iii) La Administración no razona suficientemente sobre los derechos de SGAB como gestor indirecto del servicio de abastecimiento en baja ni motiva cuáles son los títulos que determinan su consideración de gestor único, al margen de la concesión de 1953 y sus ampliaciones. En conclusión de la Sala, la concesión de SGAB de 1953 y sus ampliaciones no le otorgan un derecho exclusivo de abastecimiento en baja en Barcelona y poblaciones de su entorno, sino que se trata de una concesión demanial otorgada al amparo de la Ley de Aguas de 1879 que le permite distribuir un determinado caudal de manera provisoria.

(iv) SGAB ha venido prestando el servicio de abastecimiento domiciliario de agua en Barcelona y en la mayor parte de las poblaciones del área metropolitana, antes y después de la concesión de 1953, si bien carece de título concesional otorgado por a Administración competente. Al menos a partir del año 1982, en que se produce la metropolitanización del servicio, SGAB viene actuando como concesionario tácito del servicio de abastecimiento de agua.

(v) Esta posición jurídica de SGAB no ha sido valorada adecuadamente por la Administración. En la justificación efectuada por la AMB, se parte de una estimación global de todo lo aportado por SGAB, incluyendo la empresa como tal, sin consideración a otras alternativas de concurrencia competitiva. Esta inadecuada consideración de la posición jurídica de SGAB se ha proyectado en la valoración del patrimonio al seguirse el método de flujos de caja, de manera que se ha incluido el activo concesional (derecho a prestar el servicio hasta 2047) en el patrimonio valorado, cuando dicho activo pertenece a la Administración y no al concesionario.

(vi) Además de la indebida inclusión del activo concesional de abastecimiento en baja, la Administración incluye conceptos económicos que no justifican la aplicación de la excepción licitatoria: 1) debe excluirse lo que objetivamente no constituye objeto del servicio en baja y forma parte de un servicio público diferente (servicio en alta Ter Llobregat), como la ETAP de Sant Joan Despí; y 2) debe asimismo excluirse lo que, aun siendo aportado a la sociedad por SGAB, no ostenta con carácter exclusivo y puede ser aportado por otras empresas del sector (v.gr. know how).

(vii) Tampoco resulta justificado el plazo de duración de la concesión de 35 años, el cual toma como fecha de referencia la interconexión Ter-Llobregat en base a un convenio de 1983 que no llegó a tener eficacia. En cualquier caso, una correcta valoración del coste de la operación sería indispensable para determinar la duración de la adjudicación de acuerdo con los criterios del art. 23 TRLCSP. El plazo de duración no resulta justificado en ningún momento en la actividad impugnada.

(viii) El coste económico de la operación que justificaría la renuncia a la competencia no está acreditado. SGAB ostenta unos derechos en la red de distribución como en la concesión de 1953, los cuales están en situación de ser expropiados al menos desde el acuerdo AMB de 1982. No consta en el expediente una valoración a efectos expropiatorios de la red y de los otros derechos exclusivos que pudieran concurrir que permita a la Administración valorar en qué medida tienen suficiente intensidad para justificar la excepción licitatoria.

(ix) De acuerdo a lo anterior, no aparecen razones justificativas de la aplicación de la excepción licitación, pues no se expresan razones técnicas bastantes ni hay derechos de exclusiva impeditivos de la concurrencia competitiva ni existe una valoración fiable del coste económico que, por su efecto disuasorio, justifique la renuncia a la competencia.

(x) Por todo lo expuesto, procede anular las resoluciones impugnadas en tanto que no se han respetado los principios que rigen la contratación pública, al adjudicar directamente el contrato

por medio de un procedimiento sin publicidad, con infracción de las normas que se han expresado anteriormente.

DECIMOTERCERO.- Motivos de impugnación específicos de este recurso. El examen previo de los motivos de impugnación comunes a los diferentes recursos contra la actividad impugnada da respuesta implícita a gran parte del resto de las cuestiones planteadas en este recurso, que podemos sistematizar en dos apartados:

(i) cuestiones de procedimiento y decisión de privatizar la empresa pública metropolitana de saneamiento EMSSA y prestar en servicio en régimen de monopolio; y (ii) vicios del acuerdo de 21 de mayo de 2013 al que se amplió el recurso.

(i) En relación a la decisión de la Administración de gestión del servicio público, de las actuaciones practicadas resulta que se justifica ampliamente la opción elegida de establecer el servicio público del ciclo integral del agua, así como hacerlo por gestión indirecta. Otra cuestión es que la selección del socio privado no haya respetado las normas de contratación pública aplicables como hemos expuesto anteriormente.

El procedimiento debía seguir los trámites establecidos en el art. 159.1 del ROAS que establece que la creación de un servicio se instrumentará mediante una memoria justificativa, un proyecto de establecimiento y un reglamento que establezca el régimen jurídico de la prestación del servicio. El apartado 2 del art. 159 dispone que el proyecto de establecimiento y de prestación del servicio contendrá los extremos siguientes: a) Características del servicio. b) Forma de gestión. c) Obras, bienes e instalaciones necesarias para su prestación, con indicación, cuando proceda, de las que deba realizar el contratista. d) Estudio económico financiero y, en su caso, las tarifas a percibir de los usuarios. e) En el supuesto de prestación por gestión indirecta, el canon o la participación a percibir por la entidad local y la compensación económica que, en su caso, ésta deba satisfacer.

El art. 160 del ROAS regula el procedimiento para el establecimiento de los servicios, disponiendo que los documentos a que se refiere el artículo anterior se someterán a información pública por el plazo de treinta días, mediante anuncios que se insertarán en el Boletín Oficial de la provincia, DOGC y en el tablón de anuncios de la Corporación. Simultáneamente se dará audiencia a los interesados y a las entidades que, si procede, hayan ejercido la iniciativa. El Pleno de la Corporación, previa la resolución de las sugerencias, en su caso formuladas, acordará el establecimiento del servicio aprobará el proyecto de establecimiento y el reglamento que regule su prestación, y preverá los efectos económicos que se deriven de su implantación, en especial, en el presupuesto.

Básicamente, estos trámites procedimentales se han seguido, según consta en el expediente. En primer lugar, se alega que entre la incoación de expediente y la propuesta de aprobación inicial transcurrieron 24 horas alegando que la decisión ya estaba tomada de antemano. En relación a ello, es indudable que una iniciativa como la presente, de tanta trascendencia económica y social para el AMB, obedeciera a la selección de una opción estratégica determinada, en este caso la de gestión integrada del servicio y gestión indirecta por sociedad de economía mixta, lo que se plasmó en la Memoria y demás documentos acompañados. El problema que plantea no es tanto que se seleccionara esta opción, sino que no se manejaran otras alternativas que no fueran la de concertar la SEM con un socio privado determinado sin publicidad, lo cual se aprecia en todas las actuaciones preparatorias, cuestión ésta a la que ya hemos dado respuesta en los fundamentos precedentes. La opción de gestión integrada e indirecta del servicio público mediante constitución de economía mixta, con aportación de la empresa metropolitana EMSSA, resulta justificada a lo largo del expediente y en las resoluciones recurridas, si bien no hay motivación suficiente sobre la falta de licitación y sobre el plazo de duración de la concesión como se ha expuesto.

En la Memoria se recogen los diferentes extremos relacionados en el art. 159.2 ROAS, incluyendo los diferentes aspectos económicos y financieros, que fueron informados favorablemente en el informe de la Intervención de fecha 20 de julio de 2012. En la Memoria se recogen las diferentes cuestiones de tipo económico que plantea la operación, con previsión de ingresos y gastos, y exponiendo los criterios de valoración de las aportaciones. En cuanto a la necesidad de estudio tarifario, en el curso del expediente se refiere que las tarifas de suministro serán las autorizadas por la Comisión de Precios, sin perjuicio de su revisión y sin que se prevea una repercusión de costes económicos sobre las tarifas. En principio, la opción de la gestión integrada del agua supone unas ventajas económicas según la Memoria, en el Convenio consta la finalidad de las tarifas y su estructura se establece en el Reglamento de Servicio. En este punto del estudio económico-financiero estimamos que, si bien se respetaron

los trámites esenciales, existen claras insuficiencias de motivación, tanto en la valoración de los aspectos jurídicos de los títulos aportados, como en la utilización del método de flujos de caja para valorar el patrimonio, el cual considera la totalidad de ingresos relacionados con la actividad, en este caso de SGAB, hasta el año 2047, lo cual suponía incorporar el derecho a la prestación del servicio a la valoración patrimonial, el cual no existía hasta tanto se dictan los acuerdos impugnados y se firma el Convenio.

En el procedimiento, los documentos a que se sometieron a información pública por el plazo de treinta días y se dio audiencia a los interesados, resolviéndose motivadamente las alegaciones y aprobándose el proyecto por el Pleno.

Por tanto, y sin perjuicio de que hay graves deficiencias de motivación como hemos venido exponiendo, los trámites procedimentales esenciales se cumplieron, y la opción de gestión del servicio público se encuentra debidamente motivada, sin perjuicio de que concurran motivos de anulación por vicios en el proceso de contratación.

(ii) En cuanto a las modificaciones del Acuerdo de 21 de mayo de 2013, aquí observamos que efectivamente se constata la falta de la debida valoración de los diferentes aspectos fácticos y jurídicos de la operación diseñada con la inclusión de una infraestructura de abastecimiento en alta que es competencia de la Generalitat.

Ello distorsionó el contrato desde la perspectiva de la competencia y, además, hubo de acudir a esta vía modificativa para transformar el derecho de propiedad en derecho de usufructo, lo cual se proyecta sobre la duración de la sociedad.

Este Acuerdo resulta afectado por el pronunciamiento de anulación del Acuerdo de 6 de noviembre de 2012, por lo que no es necesario profundizar en el mismo, pero debe indicarse en todo caso que las modificaciones introducidas revisten carácter sustancial y en este sentido no es razonable que la valoración de la infraestructura resulte inalterada con independencia de que se transmita la propiedad o el usufructo.

En este punto, no es razonable desproveer de todo valor económico a la nuda propiedad, ni tan siquiera en un derecho temporal como es la concesión administrativa.

En definitiva, todo lo expuesto nos lleva a estimar el recurso y anular las resoluciones impugnadas.»

A la Sentencia formula un voto particular el Magistrado ANDRÉS PEREIRA que, en síntesis, razona lo siguiente:

«**Fundamentos de derecho. PRIMERO** (...). En esencia, mi desacuerdo se centra en tres aspectos fundamentales. Por una parte, el relativo a la naturaleza y alcance de los títulos de que dispone la Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. (SGAB). En segundo lugar, sobre la valoración de la aportación que dicha entidad realiza a la sociedad de economía mixta. Por último, sobre la concurrencia en este caso de las circunstancias legales que justifican que se haya prescindido del procedimiento de licitación.

SEGUNDO.- Sobre los títulos de SGAB. (...) En definitiva, considero que SGAB poseía títulos suficientes para llevar a cabo el suministro domiciliario en Barcelona y determinadas poblaciones de su cinturón, y ello durante todo el período de vigencia de la concesión de 1953, con sus ampliaciones, que era de 99 años. Como recoge la sentencia, este plazo no se vio afectado por la posterior Ley de Aguas de 1985, puesto que su disposición transitoria 1ª limitó su duración al plazo de 75 años desde la entrada en vigor de la ley, por lo que el plazo inicial de 99 años no se vio reducido en realidad. No niego que la Administración podía asumir el servicio en cualquier momento, acudiendo al mecanismo de la publicatio, pero ello comportaba necesariamente la indemnización a SGAB, entre otros conceptos, por los beneficios futuros esperados, tal como se expondrá a continuación.

TERCERO.- Sobre la valoración de las aportaciones de SGAB. (...) considero ajustado a Derecho el método de valoración empleado en este caso, que no es otro que el descuento de flujos de caja, consistente en esencia en la determinación del valor actual del beneficio que se espera obtener con una determinada inversión durante el plazo total de explotación. Puede señalarse, a título de ejemplo, que la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2015 acoge este método valorativo en un caso relativo a la extinción de una concesión. Se aplican, con el uso de este método, los criterios legalmente establecidos en las normas antes referidas, que obligan a ponderar los rendimientos previsibles de la concesión, durante toda su vigencia, aunque actualizados al momento presente.(...).

CUARTO.- Sobre la excepción de licitación aplicada en este caso. (...) En virtud de la singular evolución histórica del suministro de agua potable a la Ciudad de Barcelona y su cinturón, que la sentencia describe con detalle, la situación existente cuando se adoptó el acto ahora

- Se prevé la posibilidad de que el ente local aporte exclusivamente la concesión del servicio u otra clase de derechos o bienes patrimoniales (así, ROAS, 285.3 y RBASO, 304.3).
- Por su parte, hay que recordar que la DA 29.1 del TRLCSP, sobre «*Fórmulas institucionales de colaboración entre el sector público y el sector privado*», prevé que «*los contratos públicos y concesiones podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concorra capital público y privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en esta Ley para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto, y en su caso, las relativas al*

impugnado puede ser caracterizada por dos notas esenciales. En primer lugar, por la vigencia durante un plazo de 99 años de la concesión de 1953, con sus ampliaciones posteriores, que amparaba la captación de determinado volumen de agua del río Llobregat y el suministro domiciliario de la misma, tras la necesaria potabilización. En segundo lugar, por la titularidad privada de toda la red de abastecimiento a los municipios afectados, cifrada en unos 500 Km. de conducciones.

Entiendo que esta situación, derivada de los derechos de exclusiva de SGAB impedía promover una concurrencia real y efectiva en la oferta, por lo que son aplicables las previsiones de los artículos 170.d) y 172.a) del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. En efecto, ningún otro empresario podía aportar la red de suministro de agua, de la que es titular SGAB, ni tampoco los caudales resultantes de la concesión de 1953, de la que también es titular, los cuales suponen una parte muy sustancial del agua potable que se suministra en el área de Barcelona. En consecuencia, la aportación realizada por SGAB resulta ser en realidad insustituible. De hecho, por más que se formulan reiteradas invocaciones genéricas a los principios de publicidad y concurrencia, se trata en todo caso de alegaciones que se mueven sólo en el terreno de los principios. Sin embargo, descendiendo a la realidad de los hechos, en ningún momento se apunta, ni siquiera de forma indiciaria, de qué modo podría formularse una oferta alternativa, que prescindiera de la red de suministro domiciliario y de los caudales de agua de los que sólo dispone SGAB, en virtud de los títulos antes referidos.(...)

Puede alegarse que la concurrencia de ofertas sería siempre posible, si la Administración procediera previamente a la expropiación de los derechos de SGAB y, a partir de ello, como titular de los caudales de agua y de las redes de distribución recién expropiados, abriera un concurso para elegir a la empresa que asumiese la gestión indirecta del servicio. De hecho, entiendo que la sentencia apunta en esta dirección, y que su razón de decidir se basa, en último término, en considerar que no ha quedado debidamente acreditada la inviabilidad de utilizar el instrumento expropiatorio.

Sin embargo, considero que esta perspectiva no resulta adecuada. El objeto del litigio, y la consiguiente decisión del Tribunal, se limita a establecer si era o no posible promover la concurrencia en función de las circunstancias que existían cuando se adoptó la resolución impugnada, y no mediante una hipotética y aleatoria modificación de las mismas, máxime cuando no existe ningún indicio de que la expropiación fuera asumible económicamente, y en cualquier caso no corresponde al Tribunal adoptar una decisión al respecto, sustituyendo el criterio de la Administración demandada. No en vano han transcurrido más de cien años sin que haya llegado a consumarse la publicación del servicio hasta este momento.

Por ello, con todo respeto a la opinión mayoritaria, considero que procedía desestimar el recurso y confirmar la resolución impugnada.»

Esta sentencia y su comentario son accesibles en MARCOS LAMELAS, El Confidencial (22.3.2016): http://www.elconfidencial.com/empresas/2016-03-22/agbar-ve-peligrar-la-base-de-su-imperio-la-concesion-del-area-de-barcelona_1171087/

*contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado».*⁷⁴⁶

- Se amplía hasta 60 años el límite de duración y prórrogas del contrato en el supuesto que incluya la ejecución de obras, y el servicio público objeto de explotación por la sociedad mixta sea el de mercado o el de lonja central mayorista de artículos alimentarios (TRLCSF, 278.a), *in fine*).
- En la sociedad mixta se han de conciliar dos planteamientos diferenciados: el de la gestión indirecta con base societaria (legislación local) y el vínculo contractual (RGLCAP, 182).⁷⁴⁷

Finalmente, hay que consignar algunas posibles reservas para la utilización de las sociedades de economía mixta derivadas de las previsiones introducidas en la LBRAL por la LRSAL y, concretamente, vinculadas con el *redimensionamiento del sector público local*, ya referidas a la participación directa de la entidad local en la constitución de una nueva sociedad mixta, ya desarrollada a través de una entidad de ella dependiente, posibilidad esta última presente en el TRLCSF (277.d) y en los textos que le han precedido desde la Ley de contratos de 1965 (66.4^a).⁷⁴⁸ En principio,

⁷⁴⁶ Sobre los antecedentes de esta disposición, véase el exhaustivo IJCCA Aragón 1/2012, de 1.2 (apartado IV), del que interesa destacar que procede de la DA 16 (apartado 34) de la L 2/2011, de Economía Sostenible, que introdujo en la LCSP la DA 35 que «venía a dar carta de naturaleza, en nuestro ordenamiento jurídico de la contratación, al criterio contenido en la Comunicación interpretativa de la Comisión, relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración publicoprivada institucionalizada (CPPI) de 12 de abril de 2008, (...) criterio a su vez refrendado por Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera), de 15 de octubre de 2009, Asunto C-196/08, Acoset SpA contra Conferenza Sindaci e Presidenza della Prov. Reg. Di Ragusa y otros». Puede consultarse también el trabajo de MARTÍNEZ PALLARÉS (2013: 132-134).

⁷⁴⁷ Precisamente esta dualidad es la que se pone de manifiesto en la jurisprudencia: STSJ Cataluña, de 29.5.2002 (RJCA Ar 918) y STS de 4.7.2003 (Ar 4592).

⁷⁴⁸ Concretamente, la DA9^a de la LBRL, intitulada *Redimensionamiento del sector público local*, establece, entre otras previsiones, las siguientes:

«1. Las Entidades Locales del artículo 3.1 de esta Ley y los organismos autónomos de ellas dependientes no podrán adquirir, constituir o participar en la constitución, directa o indirectamente, de nuevos organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones, unidades y demás entes durante el tiempo de vigencia de su plan económico-financiero o de su plan de ajuste.(...)»

3. Los organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones, unidades y demás entes que estén adscritos, vinculados o sean dependientes, a efectos del Sistema Europeo de Cuentas, a cualquiera de las Entidades Locales del artículo 3.1 de esta Ley o de sus organismos autónomos, no podrán constituir, participar en la constitución ni adquirir nuevos

tales medidas fueron ideadas con vistas a la reducción o contención del sector público de las entidades locales, las personificaciones instrumentales de gestión directa de las mismas, por tanto, pero la constitución de una nueva sociedad de economía mixta, cuando menos si la participación de la entidad es mayoritaria, se verá afectada de tales limitaciones.

6.2.5.2. Las previsiones del ALCSP

Tal como ya se comentó en relación con la adjudicación a sociedades de economía mixta (epígrafe 4.19.1.), el ALCSP recoge esa figura y la regula de la siguiente manera (antecedente el ya citado del TRLCSP, DA 29.1):

«DISPOSICIÓN ADICIONAL VIGÉSIMA TERCERA. Adjudicación de contratos de concesión de obras y de concesión de servicios a sociedades de economía mixta.

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

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

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

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

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

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

Sobre el precepto transcrito cabe recordar las siguientes precisiones:

entes de cualquier tipología, independientemente de su clasificación sectorial en términos de contabilidad nacional.»

1ª Inicialmente, en el ALCSP/A/2015 no se contenía esta previsión, sino que la recuperación de la misma se incorporó en el ALCSP/O/2015, de lo que se hace eco el propio texto, precisamente después de haber anunciado la desaparición del CGSP, en los siguientes términos:

«Sin perjuicio de lo anterior, se mantiene la posibilidad de que se adjudique directamente a una sociedad de economía mixta un contrato de concesión de obras o de concesión de servicios en los términos recogidos en la Disposición Adicional Vigésima Tercera, siguiendo el criterio recogido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia 196/08 en el caso ACOSSET, y en la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada de 5 de febrero de 2008» (EM, IV, pfo. 6º).⁷⁴⁹

2ª Del contenido substantivo, lo primero que llama la atención es que se circunscriba a las concesiones de obras y de servicios, lo que deja fuera los contratos públicos en abierta discrepancia con el planteamiento de la Comunicación de la Comisión como se desprende de su misma denominación a la que alude el propio Anteproyecto. A tenor de esa previsión, pues, solo si concurre la transferencia del riesgo al contratista podrá producirse la adjudicación a la sociedad de economía mixta de la concesión de obra o de servicio.

No se contempla, en consecuencia, la posibilidad de que esa adjudicación en favor de tal sociedad tenga lugar en el marco de un contrato distinto de la concesión, lo que ciertamente restringe la aplicación de esa figura de la colaboración público-privada institucionalizada, y sin que se adviertan las razones que justifican la limitación del criterio comunitario, abierto también a los contratos públicos.⁷⁵⁰

⁷⁴⁹ Debe consignarse que la referencia jurisprudencial que menciona el Anteproyecto puede inducir a confusión, siendo la correcta la transcrita en la cita anterior reproducida del Informe de la JCCA Aragón 1/2012; en cuanto a la Comunicación de la Comisión, ciertamente es de fecha 5.2.2008 y fue publicada en el DOUE el 12.4.2008 (C 91/4).

El Consejo de Estado reproduce el párrafo transcrito del Anteproyecto en referencia al contenido del mismo (Dictamen núm 1116/2015, de 10.3.2016, p. 26). También recuerda que «la gestión interesada, el concierto o la *sociedad de economía mixta* (...) forman parte de la tradición del Derecho administrativo español» (Dictamen, p. 80, la cursiva es mía), reproduciendo así los términos formulados en mis alegaciones de mayo de 2015 al ALCSP/A/2015 (p. 33) y el artículo en la RGDA de octubre del mismo año (p. 38).

⁷⁵⁰ Es expresivo de la amplitud que preconiza la *Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y*

3ª La previsión sobre que la modificación de los contratos de concesión de obras o de concesión de servicios que se adjudiquen directamente al amparo de esta DA 23ª del ALCSP, únicamente se podrá realizar de conformidad con lo establecido en la Subsección 4ª de la Sección 3ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo (art. 201-205), relativa a la modificación de los contratos, se explica en el marco de la ortodoxia sobre las limitaciones a las modificaciones contractuales propio de la Directivas y del Derecho interno, que el Anteproyecto reitera.

4ª En esa misma clave de ortodoxia hay que interpretar la prevención sobre que en el caso en que la sociedad de economía mixta pretendiera acceder como concesionaria a otros contratos distintos de los referidos en el apartado 1 de la DA 23ª del ALCSP, deberá concurrir al correspondiente procedimiento de licitación de conformidad con lo establecido legalmente.

5ª Por su parte, el apartado 3º de la DA 23ª del ALCSP, sobre la utilización de medios de financiación, reproduce el contenido del apartado 2º de la DA 29ª del TRLCSP, bien que circunscribiéndolo obviamente a las concesiones.

6ª Se desprende de las anteriores consideraciones que no se prevé en el ALCSP la reconducción a la sociedad de economía mixta de la gestión de servicios públicos en que no se transfiera el riesgo operacional. En realidad, la previsión del Anteproyecto reitera el criterio sobre la exclusividad de la concesión (con transferencia de dicho riesgo) y lo que único que añade es la posibilidad del otorgamiento directo de la misma sobre la base de que el socio privado haya sido seleccionado previo cumplimiento de los requisitos de publicidad, concurrencia y objetividad.

concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI), de 5.2.2008, el siguiente párrafo (2.2, in fine):

«Una de las posibilidades que se ofrecen para crear una CPPI conforme con los principios de la legislación comunitaria, evitando los problemas derivados de la doble licitación, es actuar de la manera siguiente: el socio privado es seleccionado mediante un procedimiento de licitación transparente y competitivo cuyo objeto es el contrato público o la concesión (18) que se ha de adjudicar a la entidad de capital mixto y la contribución operativa del socio privado a la ejecución de esas tareas y/o su contribución administrativa a la gestión de la entidad de capital mixto. La selección del socio privado va acompañada de la creación de la CPPI y la adjudicación del contrato público o la concesión a la entidad de capital mixto.

(18) Si la CPPI en cuestión se crea mediante la participación de un socio privado en una empresa pública existente, el objeto del procedimiento de selección del socio privado para dicha CPPI puede ser confiar la ejecución de contratos públicos o concesiones que hasta entonces habían sido ejecutados internamente por la empresa pública.»

Desde la perspectiva de la gestión indirecta tal planteamiento supone la yuxtaposición de dos modalidades de la misma: la concesión y la sociedad de economía mixta en una sola actuación. Realidad por otra parte que tampoco es nueva, si se recuerdan las siguientes prescripciones:

- De un lado, la propia determinación del RGLCAP que dispone que *«en los contratos de gestión de servicios públicos la sociedad de economía mixta figurará como contratante con la Administración, correspondiéndole los derechos y obligaciones propios del **concesionario** de servicios públicos»* (art.182).
- De otro, la previsión según la cual *«para la gestión indirecta de los servicios podrán las Entidades locales utilizar las formas de Sociedad mercantil o cooperativa cuyo capital social sólo parcialmente pertenezca a la Entidad (...). Las Entidades locales podrán aportar exclusivamente la **concesión**, debidamente valorada a efectos de responsabilidad económica, u otra clase de derechos, así como instalaciones, equipamientos o numerario, siempre que tengan la condición de bienes patrimoniales»* (TRL/1986, 104.1 y .3).

Ello no obstante, en la línea que venimos defendiendo, y en congruencia con la observación esencial formulada por el Consejo de Estado sobre las otras formas de gestión indirecta (Dictamen núm. 1116/2015, de 10.3.2016, p 79 y 80) aplicada a esta modalidad que se está analizando, debería habilitarse la posibilidad, en el correspondiente proyecto de ley, de que la sociedad de economía mixta pueda también subsumir la gestión de un servicio público en supuestos en que no se produzca la transferencia del riesgo operacional. Con ello se lograría incorporar las ventajas que aporta esta modalidad (básicamente, capital privado para la inversión y, eventualmente, técnicas de gestión), sin tener que *forzar* los planteamientos para incluir una transferencia de la gestión operacional que o bien no es tal o, incluso, pudiera resultar inconveniente si se pretende que el servicio público siga siendo objeto de prestación.

6.2.5.3. Aplicaciones de la sociedad de economía mixta

La sociedad de economía mixta se vincula con los servicios públicos económicos, esto es, aquellos con rendimientos significativos de este carácter, ya sea por la percepción de tarifas de los usuarios, ya por la posible valorización que pueda obtener la sociedad

mixta de su gestión (así, el caso de los residuos). En este sentido, para esta modalidad de gestión indirecta los ámbitos de servicios públicos especialmente indicados son los siguientes:

- a) Cementerios y servicios funerarios (ex LBRL, 26.1.a y 25.2.K).⁷⁵¹
- b) Recogida y tratamiento de residuos y limpieza viaria (ex LBRL, 26.1.a y .b).⁷⁵²
- c) Alcantarillado y saneamiento y depuración de aguas residuales (ex LBRL, 26.1.a y 25.2.c).⁷⁵³
- d) Abastecimiento domiciliario de agua potable (ex LBRL, 26.1.a).⁷⁵⁴
- e) Aparcamiento público (ex LBRL, 25.2.g).⁷⁵⁵

⁷⁵¹ Como referencia de contraste y por su relevancia puede citarse el caso de la *Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid, S.A.*, creada en 1966 con una duración de 50 años y cuya finalización está prevista para el 15.9.2016. Desde 1992 el porcentaje privado es del 49% (FUNESPAÑA, con participación mayoritaria del 95,80% del grupo MAPFRE ESPAÑA, Compañía de Seguros y Reaseguros, SA), y se prevé que a partir de la fecha indicada pase a ser gestionado de manera directa. En el tramo final de la gestión por la empresa mixta se ha planteado la polémica sobre el no reparto de dividendos, pese a la demanda del socio privado por un importe de 47,4 MEUR. Pueden consultarse a este respecto las fuentes siguientes:

- <http://www.emsf.es/>; consulta efectuada el 3.7.2016.
- http://www.elconfidencial.com/empresas/2016-05-25/guerra-funeraria-publica-ayuntamiento-madrid-remunicipalizacion-el-gerente-valdivia-libro-contrice-carmena_1205673/
- <http://www.elmundo.es/madrid/2015/10/07/561509a9e2704ed3198b4630.html>
- http://ccaa.elpais.com/ccaa/2016/04/29/madrid/1461937871_342221.html
- <https://accionistas.funespna.es/pdfs/hrf0464.pdf> (véase p. 2).

⁷⁵² Referencia de contraste: anuncio de licitación del Consell Comarcal del Maresme para la selección de un socio privado para la empresa de economía mixta que deberá gestionar los servicios municipales de recogida de residuos, gestión de puntos de recogida de residuos fijos y móviles y la prestación de servicios y accesorios de limpieza vial y de playas, de los municipios de la comarca del Maresme, duración inicial de 8 años y posible prórroga de 8 años más (BOE núm 299, del 14.12.2013); anuncio del Consejo Comarcal del Maresme de formalización del contrato administrativo de selección de un socio privado de la empresa de economía mixta que deberá llevar a cabo la implantación de un nuevo servicio de recogida de residuos más otros servicios accesorios (BOE nº 69, 21.3.2016).

⁷⁵³ Referencia de contraste: anuncio del Ayuntamiento de Zaragoza por el que se licita el contrato de gestión del servicio público de saneamiento y depuración de aguas residuales de la ciudad de Zaragoza bajo la fórmula de sociedad de economía mixta, con una duración de 40 años (BOE nº 182, 31.7.2012). Esta licitación fue anulada por el acuerdo 44/2012, de 9 de octubre de 2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial, interpuesto por D. Eloy Suárez Lamata, en su condición de concejal del Excmo. Ayuntamiento de Zaragoza, contra el procedimiento de licitación, promovido por dicho Ayuntamiento, denominado «Gestión del Servicio Público de Saneamiento y Depuración de aguas residuales de la ciudad de Zaragoza bajo la fórmula de Sociedad de Economía Mixta»; estimación parcial recurso; voto particular JESÚS COLÁS TENAS. Sobre el asunto, véase también la opinión de MARTÍNEZ PALLARÉS (2012: 129-132).

⁷⁵⁴ Como referencia de contraste puede citarse el caso de AGUAS MUNICIPALIZADAS DE ALICANTE, EMPRESA MIXTA, cuya evolución reviste interés y puede consultarse en <http://www.aguasdealicante.es/Historia/#>

f) Pavimentación de vías urbanas (ex LBRL, 26.1.a).⁷⁵⁶

6.2.6. Arrendamiento⁷⁵⁷

La modalidad del arrendamiento fue suprimida del art. 85 de la LBRL mediante la L 57/2003 al remitirse en bloque a la legislación básica de contratos del sector público, que no contempla dicha modalidad. El arrendamiento se recogía en la legislación autonómica siguiente: L Arag 7/1999 (214), L FNav 6/1990 (202), L Gal 5/1997 (306), LIB 20/2006 (170) y ROASCat/1995 (275 a 281), así como en el TRLCat/2003 (art. 262), hasta que fue derogado por la L 16/2015, una modificación un tanto paradójica como ya se ha tenido oportunidad de comentar (epígrafe 1.5.3.2.).

Tal como ya se ha señalado, la discusión sobre la subsistencia del arrendamiento ha venido a cerrarla el Tribunal Constitucional, bien que hay que añadir que con un pronunciamiento bastante parco, al negar la inconstitucionalidad de la modificación introducida por la L 57/2003 en los siguientes términos (STC núm. 161/2013, de 26.9, FJ 11):

⁷⁵⁵ Referencia de contraste: anuncio del Ayuntamiento de Barcelona por el que se convoca procedimiento abierto para la selección de un adjudicatario que será titular del 60% de las acciones de una sociedad de economía mixta encargada de la gestión unitaria de determinados aparcamientos públicos de la ciudad de Barcelona, con un presupuesto base de licitación de 160 MEUR (BOE núm. 58, del 8.3.2014); anuncio del Ayuntamiento de Barcelona por el que se da publicidad a la adjudicación del procedimiento abierto para la selección de un adjudicatario que será el titular del 60% de las acciones de una sociedad de economía mixta encargada de la gestión unitaria de determinados aparcamientos públicos de la ciudad de Barcelona, con un importe total de adjudicación de 232,4 MEUR y una mejora del canon anual del 100% anual sobre el diferencial de ingresos reales de la sociedad respecto a los ingresos previstos (BOE nº 193, 9.8.2014).

⁷⁵⁶ Referencia de contraste: anuncio sobre resolución del Ayuntamiento de Madrid convocando el concurso para la gestión del servicio público de reforma, conservación y explotación de la vía urbana M-30, mediante sociedad de economía mixta, con una duración de 35 años (BOE núm. 108, del 6.5.2005); anuncio sobre resolución del Ayuntamiento de Madrid por el que se adjudica el concurso para la gestión del servicio público de reforma, conservación y explotación de la vía urbana M-30, mediante sociedad de economía mixta, por un importe o canon de adjudicación de 8.775, 1 (BOE nº 239, 6.10.2005).

La sociedad de economía mixta que explota este contrato es «Madrid Calle 30, S.A.» y su capital social se halla repartido entre el Ayuntamiento de Madrid (80%) y el socio privado (EMESA, «Empresa de Mantenimiento y Explotación de la M30, S.A.», 20%); para más datos, consúltese <http://www.mc30.es/>

⁷⁵⁷ Referencias bibliográficas: ALBI CHOLBI (1960: 696-728), BLANQUER CRIADO (2012: 399-405 y 538-542), DE VICENTE *et. al.* (1998: 225 y 318-342), ESCOLÀ I PONS (2002: 91-94), MARTÍNEZ-ALONSO (2007: 289-293 y 2009: 647-648), PÉREZ AMORÓS (2013: 1573-1574) y SOSA WAGNER (2004: 257-266).

«La impugnación de la disposición final primera de la Ley de medidas para la modernización del gobierno local en cuanto declara básico el artículo 85.2 b) LBRL, va a ser analizada en este fundamento. El Gobierno recurrente afirma que la declaración como legislación básica de un precepto que exige que la gestión indirecta de los servicios públicos se realice mediante las formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos de la Ley de contratos de las Administraciones públicas, elimina la competencia autonómica para el desarrollo de las bases en materia organizativa.

La gestión indirecta consiste en encomendar a un tercero la función de prestación de determinados servicios de competencia de la Administración y tiene por objeto una prestación típica de los contratos regulados por la legislación de contratos públicos según el art. 149.1.18 CE. Por esta razón, la definición de los contratos mediante los que se podrá instrumentar la gestión indirecta es esencial para determinar la intensidad con que se aplicarán los preceptos de la legislación contractual, tanto en cuanto a la preparación y adjudicación del contrato como en cuanto al régimen jurídico aplicable. Por tanto, forma parte de la legislación básica del Estado en materia de contratos. No puede admitirse la conclusión a la que nos llevaría el argumento de la parte recurrente de que las bases deben ser más reducidas en lo que respecta a la contratación local por la necesidad de dejar espacio a las Comunidades Autónomas para regular los aspectos organizativos locales.

*En consecuencia, la disposición final primera de la Ley de medidas para la modernización del gobierno local, en cuanto declara que el artículo 85.2 b) LBRL constituye legislación básica del Estado, no es contraria a la Constitución».*⁷⁵⁸

⁷⁵⁸ Ciertamente, la referida STC 161/2013 ha puesto fin a la polémica sobre la subsistencia del arrendamiento, cuyos principales hitos han sido los siguientes:

- En su redacción inicial, la LBRL de 1985 optaba por relacionar las modalidades de gestión indirecta de servicios públicos locales, mención que incluía el arrendamiento (art. 85.4.d).
- La redacción se mantuvo inalterada hasta que fue modificada por la L 57/2003, de Medidas para la modernización del gobierno local (art. 1.1), que introdujo, entre otras variaciones esenciales, la remisión a la legislación básica de contratos para la gestión indirecta de servicios públicos (LBRL, 85, apartado 2.B; concretamente a la «*Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el artículo 156 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.*»
- La remisión al TRLCAP/2000, con la correlativa supresión de la mención a las modalidades de contratación local y, en particular, a su peculiaridad relativa al arrendamiento inauguró la polémica sobre la subsistencia del mismo. Por citar algunos de los elementos esenciales de la polémica, en contra de la subsistencia del arrendamiento se pronunció la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA) de la Administración General del Estado (AGE) (Informes 24/2005, de 29.6 y 16/2012,

Se colige de la lectura del pronunciamiento del Alto Tribunal que la inconstitucionalidad de la modalidad del arrendamiento obedece a razones estrictamente formales: no encontrarse citada entre las previstas en la legislación básica. Y no es que se dude de la virtualidad jurídica del mismo, incuestionable en aplicación del art. 149.1.18 CE, sino que lo que se echa en falta en la STC 106/2013 es el razonamiento sobre la funcionalidad del arrendamiento en el ámbito local, que es, en el fondo, el tema sobre el que versaba el recurso de inconstitucionalidad planteado contra la L 57/2003. Porque lo cierto es que durante más de 18 años (desde 1985) no se discutió esa *especialidad* de la gestión indirecta local, que por otra parte se remontaba a 1955 con el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales.⁷⁵⁹ De todo lo dicho puede inferirse que nada obstaría al legislador básico a reintroducir la modalidad del arrendamiento sobre la base de su consideración como una especificidad de la contratación pública en el ámbito local, aunque tampoco habría ningún inconveniente en preverla con carácter general.

Precisado lo anterior, otra variante en la propuesta que se formula consistiría en reintroducir el arrendamiento de servicios públicos como otra modalidad del CGSP, que ya venía regulada en el RS/1955 (art. 138 a 141), y tenía su funcionalidad en los supuestos en que el servicio se prestaba en las instalaciones de la corporación local.

-
- de 27.9); a favor, Sosa Wagner (2004: 60 y 2008: 317–318) y la JCCA de Cataluña (Inf. 6/2006, de 20.11).
 - Con la misma determinación, la penúltima modificación en este ámbito de la gestión indirecta tuvo lugar con la adecuación de la mención a la *Ley de Contratos del Sector Público*, introducida en el art. 85.2.B de la LBRL por la propia LCSP/2007 (disposición final primera).
 - Finalmente, el art. 85.2.B de la LBRL volvió a ser objeto de actualización, mediante la inclusión de la referencia al *texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre*, incorporada por la LRSAL/2013 (art. 1º.21).

⁷⁵⁹ De parco se ha calificado el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, y ese mismo adjetivo debería extenderse a la argumentación de la Comunidad Autónoma de Aragón que cifró su oposición en el único argumento de que la modificación «elimina la competencia autonómica para el desarrollo de las bases en materia organizativa» (FJ 11º, 1r pfo.). Quizás si se hubiera insistido en el arraigo que esta modalidad tenía en el ámbito local y su funcionalidad para ciertos supuestos, la cuestión podía haber tenido una mejor defensa y haber sido así considerada por el Tribunal. Y ello con más razón si se atiende al hecho de que la modificación del art. 85 de la LBRL, por lo que se refiere a la gestión indirecta y su remisión a la legislación de contratos, no era ni siquiera mencionada en la Exposición de motivos de la L 57/2003 (que solo aludía a las formas de gestión directa, véase apartado III, pfo. 10), texto legislativo objeto de una tramitación parlamentaria por el procedimiento de urgencia y que aprobó la modificación en apenas seis meses (véase al respecto, MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, 2004: 111-112).

Y en ese apresuramiento y la falta de justificación radica que la cuestión de la vigencia del arrendamiento se haya mantenido abierta hasta el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, eso sí, 10 años después y en los términos señalados.

Así, de paso, se desactivaría el *conflicto* entre la legislación básica y las autonómicas que lo siguen contemplando.

Así considerado, el arrendamiento vendría a cubrir el espacio que ha dejado la anterior configuración de la concesión como modalidad en la que, sin concurrir ninguno de los elementos relevantes de las otras modalidades de gestión indirecta, no se produce transferencia esencial del riesgo operacional.⁷⁶⁰

No requeriría la articulación de ese planteamiento una *reintroducción* de toda la regulación que disciplinaba el arrendamiento en el Reglamento de Servicios de 1955 y sus correlativos autonómicos, que ciertamente complicó más que ayudó a su utilización como modalidad de gestión indirecta de los servicios públicos locales.⁷⁶¹

Simplemente se trataría de identificar esta *nueva* modalidad del arrendamiento para la gestión indirecta de servicios públicos por la concurrencia de las dos características señaladas: la no transferencia al contratista del riesgo operacional y la prestación del servicio en instalaciones propias de la Administración titular del mismo.

En esta modalidad, y centrándola en el ámbito local, podría encontrar fácil acomodo la gestión de:

- a) Servicios de mantenimiento y ornato de cementerios (desligados de la prestación de los servicios funerarios, centrados, pues, en exclusiva, en el art. 26.1.a de la LBRL).
- b) Servicios de mantenimiento de parques, jardines y otros espacios públicos (diferenciados de los de limpieza viaria, ex LBRL, 26.1.b y 25.2.b).

⁷⁶⁰ Planteamiento que ya ofrecía la STS de 17.3.1979 (Ar. 1261) al afirmar que «**la concesión supone transferir los riesgos económicos de la explotación al concesionario, que percibe de los usuarios las tarifas autorizadas, las cuales constituyen ingresos suyos, lo que no ocurre en el caso actual en que el recurrente se limita a prestar el servicio de limpieza y recogida de basuras encomendado por el Ayuntamiento, que le abona un precio o contraprestación por ese trabajo, cobrando la Corporación Municipal las correspondientes tasas a los vecinos de dicha localidad; Todo lo cual conduce a calificar el contrato como un «arrendamiento de servicios» comprendido en el art. 141 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 junio 1955**» (penúltimo considerando, las negritas son mías).

⁷⁶¹ Ya ALBI CHOLBI reprochó y puso de manifiesto que «era preciso exponer algunos antecedentes del proceso genético de la misma (la modalidad del arrendamiento), que se hacen indispensables para la mejor comprensión de algunos preceptos reglamentarios que, a primera vista, pueden resultar ininteligibles» (1960: 700). También SOSA WAGNER objeta que, «en los escasos preceptos del RS, se pueden encontrar expresiones de difícil inteligencia e incluso enigmáticas» (2004: 257).

- c) Servicios de asistencia social y sanidad desarrollados en establecimientos de la entidad local, en la medida en que la legislación autonómica así lo prevea.⁷⁶²
- d) Servicios y actividades en instalaciones deportivas de uso público (ex LBRL, 26.1.c).
- e) Servicios vinculados al turismo, ocio y ocupación del tiempo libre prestados en inmuebles propiedad de la entidad local (ex LBRL, 25.2.h y .l).
- f) Servicios culturales desarrollados en centros y equipamientos de la entidad local (ex LBRL, 25.2.m).

Y, de preverse con carácter general, el arrendamiento podría acoger la gestión de servicios prestados en establecimientos y centros de titularidad del resto de Administraciones al amparo de sus competencias respectivas: así, sanitarios y de asistencia social en el caso de las autonómicas, y culturales, de ocio y turismo para éstas y también para la Administración central.⁷⁶³

6.2.7. Concesión de servicios no públicos

Como ya se ha expuesto, la concesión de servicios es objeto de regulación en la Directiva 2014/23/UE, la cual no distingue entre servicios públicos y los que no tienen ese carácter, en razón de lo cual es de aplicación a ambos objetos. Sobre esa dualidad y a la diferenciación entre ambos ya nos hemos extendido al analizar tanto la propia Directiva como el ALCSP (epígrafe 4.3.2.). Así mismo, se han analizado

⁷⁶² Así, por ejemplo, el TRLCat/2003 (66.3.k y 67.c y 71.1.e), respectivamente).

⁷⁶³ Y ofrezco dos ejemplos: la gestión de los albergues de juventud, competencia asumida por las Comunidades Autónomas (ex CE, 48 y 148.1.18 y.19 y los respectivos Estatutos de autonomía, así, en el EAC, 142), y la de los Paradores nacionales de turismo, cuya titularidad corresponde a la Administración General del Estado (a través de la sociedad *Paradores de Turismo de España, S.A.*, ex L 4/1990, 81.Dos.2). Sin perjuicio de su gestión directa, conceptualmente nada se opondría a configurar la prestación de los servicios públicos desarrollados en tales establecimientos bajo modalidades de gestión indirecta; así, mediante concesión si se transfiriera el riesgo operacional al contratista (sujeto a la eventualidad del rendimiento exclusivo de las tarifas), o a través de arrendamiento para el caso de que la Administración titular del servicio y de las instalaciones en que se presta asumiera una parte esencial del riesgo de su explotación, bien por decisión propia (para mantener unas tarifas que no cubrieran todo el coste del servicio, cuyo diferencial se compensaría con una subvención pública, en atención a la limitada capacidad económica de los usuarios de los albergues de juventud, por ejemplo) o para satisfacer otras finalidades públicas (así, la conservación de inmuebles integrantes del Patrimonio Histórico Español, declarados bienes de interés cultural, ex L 16/1985, art. 9 a 25, cuya afectación al servicio público cultural se compatibiliza con los del turismo y ocio para obtener un rendimiento que financie parcialmente el coste de los mismos, en el caso de los Paradores).

pormenorizadamente las disfunciones que resultan de la no diferenciación, en el Anteproyecto, de tales objetos y la consecuente aplicación a ambos del mismo régimen jurídico, formulándose las alternativas que, de *lege ferenda*, deberían regular la concesión de servicios no públicos (epígrafe 4.22).

A los referidos epígrafes me remito, pues, en relación con la concesión de servicios no públicos.

6.3. La opción de los contratos de concesión de servicios y de servicios y la necesaria aprobación de un (nuevo) régimen legal de los servicios públicos

Tal como se adelantó, esta segunda opción se articularía a partir de los contratos de concesión que, sobre la base de la transferencia del riesgo operacional al contratista (ex Directiva 2014/23/UE), diferencian su régimen jurídico en función de si el objeto contractual es un servicio público o no; opción que se debe complementar con la regulación del contrato de servicios y la necesaria aprobación de un nuevo régimen legal básico de los servicios públicos. Desagregando los contenidos de la misma, podríamos diferenciar los siguientes contratos:

- a) El de concesión de servicios públicos, cuyo régimen jurídico vendría configurado por la Directiva 2014/23UE, completado con las determinaciones propias de ese objeto, las cuales bien podrían ser las que se contienen en el ALCSP, a cuyo análisis me remito (epígrafe 4, excepción hecha del 4.22).
- b) El de concesión de servicios no públicos, cuyo régimen jurídico estaría integrado por la Directiva 2014/23/UE, completada con las determinaciones sustantivas propias del contrato de servicios, en los términos señalados estrictamente para este en el ALCSP (epígrafe 5).⁷⁶⁴

⁷⁶⁴ A este respecto debe tenerse en cuenta que:

- De un lado, ésa es la regulación que fija como aplicable en su Informe 1/2016, de 6.4, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, *Asunto: Contenidos de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, que tienen que ser de aplicación directa a partir del día 18 de abril de 2016, fecha en que finaliza el plazo para su transposición. Breve referencia a la aplicación directa de la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión* (apartado IV, p 41); accesible en: http://www10.gencat.net/ecofin_jcca/idr/docs/Informe%201-2016-CP-cast.pdf
- De otro, no procede aplicar a esta concesión las determinaciones previstas en el ALCSP y trasladadas del contrato de gestión de servicios públicos regulado en el TRLCSP, atendido

- c) Finalmente, el tercer tipo es el relativo al contrato de servicios, cuyo régimen jurídico reproduciría el detallado en el apartado anterior, y en relación con el cual sería necesario aprobar unas determinaciones para garantizar los principios de continuidad y regularidad de los servicios públicos, así como los derechos de los usuarios de los mismos. Dichas determinaciones deberían incluirse en una norma de contratos de carácter básico y con rango de ley, de aplicación al contrato de servicios.⁷⁶⁵ Sobre la base de las consideraciones efectuadas en relación con las insuficiencias de la regulación del contrato de servicios en el ALCSP (epígrafe 5.9), el detalle de estas determinaciones resultaría, de un lado, de la corrección de las disfunciones advertidas (epígrafe 5.9.2) y, de otro, de la formulación en positivo de las prescripciones que salvaran las omisiones señaladas en dicha regulación (epígrafe 5.9.3).

Sentados estos criterios, se conseguiría el que he señalado como objetivo imprescindible: configurar *un régimen jurídico unitario de la gestión contractual de los servicios públicos*.

Con todo, el resultado tendría un grave inconveniente a mi parecer: que un mismo contrato, el *de servicios*, tendría dos regímenes jurídicos distintos, según su objeto fuera un servicio público o un servicio que no tuviera ese carácter, con la consecuencia de desnaturalizar jurídicamente esa categoría contractual.

Por otra parte, el efecto último de adicionar al contrato de servicios las determinaciones para garantizar los principios de continuidad y regularidad de los servicios públicos, así como los derechos de los usuarios de los mismos antes señaladas, ¿acaso no constituiría materialmente el contrato de gestión de servicios públicos vigente y presente en nuestros textos normativos desde hace ya más de 50 años?

que su objeto no es un servicio público, y todo ello en los términos que se han argumentado, luego reproducidos por el Consejo de Estado (véase epígrafe 4.22).

⁷⁶⁵ Esa norma bien podría ser la propia ley de contratos del sector público, aunque su carácter general no permitiría una regulación muy precisa. La alternativa más idónea, pues, sería un texto legal que recogiera los principios y las exigencias propias del régimen jurídico de los servicios públicos, que garantice los derechos de los usuarios y la continuidad y regularidad de los mismos. Naturalmente, esas previsiones legales se verían complementadas con la legislación local hoy vigente sobre los servicios de este ámbito (RServicios/1955 y las autonómicas correspondientes).

Es por todo ello que me inclino decididamente por la primera opción, la de la regulación del contrato de gestión de servicio público, reservado ahora para los supuestos en que no se transfiera el riesgo operacional al contratista, y cuyas modalidades serían la gestión interesada, el concierto, la sociedad de economía mixta y el arrendamiento, convenientemente actualizadas con las exigencias de la Directiva 2014/24/UE, referidas al contrato comunitario de servicios.

CAPÍTULO 7. EL PERÍODO TRANSITORIO: EL EFECTO DIRECTO DE LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS Y SUS CONSECUENCIAS RESPECTO DE LA GESTIÓN CONTRACTUAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

7.1. Introducción

7.1.1. Las Directivas comunitarias 2014/23, 24 y 25 y 24/UE y su falta de transposición

Como es bien sabido, con fechas 26 de febrero y 28 de marzo de 2014 fueron aprobadas y publicadas en el DOUE, respectivamente, las Directivas comunitarias siguientes:

- a) D 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión,
- b) D 2014/24/UE, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, y
- c) D 2014/25, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.

La entrada en vigor de las mismas tuvo lugar el 18 de abril de 2014, esto es, transcurridos veinte días de su publicación en el DOUE (ex art. 54, 93 y 109, respectivamente, de las Directivas 23, 24 y 25/2014/UE).

Su transposición debía haber tenido lugar el 18 de abril de 2016 (art. 51, 91 y 106, respectivamente, de las D 2014/23, 24 y 25/UE, si bien para las dos últimas se posponía la de algunas de sus determinaciones hasta uno o dos años después).

Lo cierto es que no se dio cumplimiento a dicha obligación pese a las actuaciones desarrolladas, en relación con las cuales, complementadas con las incidencias acaecidas, pueden diferenciarse, tal como ya se apuntó (epígrafe 3.1.1.), las siguientes fases:

1ª Elaboración y sometimiento al trámite de información pública del ALCSP de abril de 2015, tras el Informe sometido por el MINHAP al Consejo de Ministros en la reunión de 17.4.2015.⁷⁶⁶

⁷⁶⁶ Sobre la referencia al Consejo de Ministros, véase

Después de la lectura del texto, y durante el período hábil del referido trámite (del 25 al 14.5.2015, según anuncio publicado en el BOE núm. 98, del 24.4.2015), formulé y presenté alegaciones en relación con el ALCSP/A (14.5.2015).⁷⁶⁷

2ª Siguió luego un período, que va de mayo a octubre de 2015, durante el cual se fueron sucediendo informes de diversos órganos y organismos, tanto de las diversas Administraciones, como de Autoridades independientes y del Poder Judicial. En el curso del mismo, y sobre la base de las alegaciones antes citadas aunque ampliadas, elaboré el artículo «Modificación de la Ley de Contratos del Sector Público y gestión de servicios públicos locales: propuestas y alternativas», publicado en la *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 40 (octubre 2015).⁷⁶⁸

3ª Cerrado y fechado el 21.10.2015, el texto del nuevo Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público (ALCSP/O/2015), fue remitido al Consejo de Estado para su Dictamen preceptivo por el Pleno, en tanto que integrante de la categoría de los «*anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo (...) del derecho comunitario europeo*» (ex LO 3/1980, de 22.4, del Consejo de Estado, art. 21.2).⁷⁶⁹

<http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/documents/2015/refc20150417.pdf> f; para el texto del ALCSP, fechado el 17.4.2015, el enlace es:

<http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Proyectos/Borrador%20Anteproyecto%20de%20Ley%20de%20Contratos%20del%20Sector%20P%C3%BAblico-%2017%20abril%202015.pdf>; consultas efectuadas el 1.5.2016.

⁷⁶⁷ Las alegaciones pueden consultarse en la página del GREL (*Grup de Recerca en Estudis Locals* / Universidad de Barcelona, del que formo parte):

<https://grelub.wordpress.com/2016/04/26/opiniones-y-argumentos-defendidos-por-investigadores-del-grel-son-confirmados-por-el-consejo-de-estado/>

concretamente, en https://www.dropbox.com/s/ny0768586jbsosk/Abis_Censurado.pdf?dl=0

⁷⁶⁸ Dicho artículo es accesible también en la página del GREL antes citada; concretamente en https://www.dropbox.com/s/dzy6ygv89fxsn7e/Publicat.%20Modificaci%C3%B3n%20de%20la%20Ley%20de%20contratos_RGDA.pdf?dl=0

⁷⁶⁹ El Observatorio de Contratación Pública (Obcp) dio noticia de esa remisión el 30.10.2015 (véase

<http://www.obcp.es/index.php/mod.noticias/mem.detalle/id.881/recategoria.1062/re/menu.2/chk.114be27cd9b080c8e2e51ab60cd4234d>; consulta el 1.5.2016).

A diferencia del texto de abril de 2015, el de octubre siguiente no fue publicado. La consulta al mismo me ha sido posible, no obstante, tras su remisión por la Dirección General de Patrimonio del Estado del MINHAP, mediante resolución de 15 de enero de 2016, como consecuencia de haber ejercido el derecho de acceso a la información pública (ex 12 y ss de la L 19/2013, de Transparencia, acceso a la información y buen gobierno / TAIPBG). Dicha resolución y el texto del ALCSP/O/2015 se encuentran accesibles en la referida página del GREL; concretamente en: <https://www.dropbox.com/s/e53m5u52trn5t8m/B.pdf?dl=0> y <https://www.dropbox.com/s/tz7n06dvjf21sm2/C.pdf?dl=0>

4ª En la sesión de 10.3.2016, el Pleno del Consejo de Estado aprobó el Dictamen núm. 1116/2015 sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público. Se trata de un texto de considerable extensión (293 páginas), que ha sido ya objeto de análisis pormenorizado; baste ahora recordar que, por lo que se refiere a la gestión contractual de servicios público locales, acoge las tesis y reproduce consideraciones y argumentos contenidos en mis alegaciones y en el artículo de mayo y octubre de 2015, respectivamente.⁷⁷⁰

5ª Cumplidos los trámites señalados en relación con la iniciativa legislativa del Gobierno (ex 22 de la L 50/1997), los restantes pendientes quedaban en suspenso atendidas la prolongación de la situación del Ejecutivo en funciones, la no resolución de una investidura gubernamental de resultados de las elecciones generales del 20 de diciembre de 2015 y la convocatoria de unas nuevas elecciones generales para el 26 de junio de 2016.⁷⁷¹

Efectivamente, en ese escenario no podía el Gobierno en funciones ejercer la facultad de aprobar el Proyecto de Ley de contratos del sector público y su remisión al Congreso de los Diputados (ex 21.5.b y 22.4 de la L 50/1997), por lo que esa iniciativa quedaba pospuesta hasta tanto se resolviera la investidura gubernamental en la XII Legislatura resultante de las referidas elecciones generales del 26 de junio de 2016.

6ª En ese escenario, el vencimiento del plazo de transposición de las Directivas dio paso, a partir del 19 de abril de 2016, al efecto directo de las mismas, todo lo cual abocaba a una situación en la que se distinguen cuatro conflictos normativos, de los cuales tres ya han sido analizados:

- La controversia entre la concesión de obra pública y la de servicios públicos (epígrafe 3.1.2.a).

⁷⁷⁰ Que presenté alegaciones al ALCSP es un extremo que se recoge en el referido Dictamen núm. 1116/2015 (pág. 34), cuya consulta me resultó posible tras su remisión por la Dirección General de Patrimonio del Estado del MINHAP, mediante resolución de 19.4.2016, al haber ejercido igualmente el derecho de acceso a la información pública. Dicha resolución y el Dictamen están accesibles en la página del GREL; concretamente, en: <https://www.dropbox.com/s/jk9qaq8wgnw0cwb/G.pdf?dl=0> y <https://www.dropbox.com/s/1hknpnfost46p0c/DictamenConsejoEstadoJLMAC.pdf?dl=0>

⁷⁷¹ Mediante RD 184/2016, de 3.5.

- La utilización del contrato de gestión de servicios públicos en supuestos en los que el precio o pago es abonado por la entidad local y no existe transferencia del riesgo de explotación u operacional en la acepción comunitaria (epígrafe 3.1.2.b y 6.2.).
- Las limitaciones y disfunciones que resultan de la apelación al contrato de servicios en la gestión de servicios públicos locales (epígrafe 3.1.2.c y 5.9).

Queda el cuarto conflicto normativo, el relativo al efecto directo de las Directivas comunitarias de 2014 a partir del 19 de abril de 2016, que será estudiado a continuación.

7.1.2. El efecto directo de las Directivas comunitarias y su problemática centrada en la gestión contractual de los servicios públicos locales

Si ha transcurrido el plazo fijado y la Directiva comunitaria no ha sido transpuesta, se produce el denominado *efecto directo* respecto de todas sus determinaciones cuya su formulación sea clara, precisa, completa e incondicional, lo que origina un conflicto normativo con aquellas normas del Derecho interno que resulten contrarias a tales determinaciones. Y esa es, pues, la realidad que se plantea en relación con la normativa de contratos públicos, a partir del 19 de abril de 2016, y hasta tanto no entre en vigor la transposición de las Directivas 2014/23, 24 y 25/UE.⁷⁷²

Al análisis de esa problemática se dedicará el presente epígrafe 7, si bien centrando el estudio en la gestión contractual de los servicios locales, esto es, la referida a aquella actividad desarrollada por una entidad pública local, por sí o mediante un gestor contratado, para satisfacer las necesidades de los usuarios, conjunto de personas destinatarias de la misma, caracterizada, objetivamente, por venir constituida por prestaciones técnicas, que reportan utilidades a los usuarios que las reciben, configurada bajo criterios de generalidad e igualdad y en unas condiciones de continuidad y regularidad, y declarada por la legislación como servicio público local o asumida como tal por la entidad en el ámbito de sus competencias y de conformidad con el procedimiento administrativo establecido. Quedará contextualizado el análisis,

⁷⁷² Celebradas las elecciones generales el 26 de junio de 2016, al cierre de esta tesis no había tenido lugar la investidura gubernamental.

en primer término, en el ámbito material de los servicios públicos locales (descrito en el epígrafe 1.5) y, en segundo, se centrará en el efecto directo de las Directivas en relación con las modalidades contractuales del contrato de gestión de servicios públicos (CGSP), con especial incidencia en la concesión, y del contrato de servicios.

Como quiera que la no transposición era una eventualidad cuya efectividad se fue haciendo evidente conforme transcurría 2015 sin haber sido tramitado el correspondiente proyecto de ley de transposición, y abocados, pues, al efecto directo de las Directivas, lo cierto es que, llegada la fecha crítica, ha podido disponerse de un caudal significativo y heterogéneo de textos jurídicos a partir de los cuales encarar la problemática sobre qué preceptos del Derecho interno debían entenderse desplazados por dicho efecto. A este respecto, los textos jurídicos más relevantes para fundar la interpretación conforme a las Directivas son, a mi juicio, los siguientes:⁷⁷³

- a) ALCSP de 21.10.2015.⁷⁷⁴
- b) «Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de Contratos del Sector Público. Tribunales Administrativos de Contratación Pública». Documento de estudio presentado y aprobado en reunión de Madrid, el 1 de marzo de 2016.⁷⁷⁵
- c) Dictamen del Consejo de Estado núm. 1116/2015, de 10.3.2016.
- d) 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 nº 66, de 17.3.2016).

⁷⁷³ El efecto positivo de poder contar con estos textos jurídicos queda mermado, sin embargo, en aquellos supuestos en que las opiniones son divergentes, tal como se tendrá oportunidad de señalar.

⁷⁷⁴ Como ya se ha precisado, tanto este documento como el Dictamen del Consejo de Estado, citado en el apartado c), pueden consultarse en la página del GREL (*Grup de Recerca en Estudis Locals* / Universidad de Barcelona, del que formo parte): <https://grelub.wordpress.com/2016/04/26/opiniones-y-argumentos-defendidos-por-investigadores-del-grel-son-confirmados-por-el-consejo-de-estado/>

⁷⁷⁵ Accesible en http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_Documento_final_ESTUDIO_aplicacion_directa_de_las_Directivas_b43ec509%232E%23pdf/chk.a1819767e7f5371f26dd16ff0f1edcf3

- e) Resolución de 6 de abril 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 la utilización del Documento Europeo Único de Contratación previsto en la nueva Directiva de contratación pública* (BOE nº 85, de 8.4.2016).
- f) Informe 1/2016, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, *Asunto: Contenidos de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, que tienen que ser de aplicación directa a partir del día 18 de abril de 2016, fecha en que finaliza el plazo para su transposición. Breve referencia a la aplicación directa de la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.*⁷⁷⁶

Al estudio de esta problemática se dedicarán las páginas siguientes, en el bien entendido que ese análisis tiene, de un lado, carácter recapitulativo de consideraciones anteriormente efectuadas y, de otro, supone un ejercicio de interpretación normativa sobre el régimen transitorio hasta tanto tenga lugar la entrada en vigor del nuevo texto legal de contratos del sector público, resultante de la transposición de las Directivas y las opciones adoptadas por el legislador básico.

7.2. Primacía del Derecho comunitario y efectos jurídicos de las Directivas

Con vistas al análisis del efecto directo de las nuevas Directivas es conveniente recordar las características y exigencias del Derecho comunitario que, en lo que concierne al tema estudiado y como ya se señaló (epígrafe 2.3), se concretan en las máximas siguientes:⁷⁷⁷

1ª) *Primacía del Derecho comunitario*, lo que se traduce, de un lado, en resolver a favor de la norma comunitaria el conflicto con la interna, la cual deberá inaplicarse y,

⁷⁷⁶ Accesible en: http://www10.gencat.net/ecofin_jcca/idr/docs/Informe%201-2016-CP-cast.pdf

⁷⁷⁷ Referencias bibliográficas: BERNAL BLAY (2015), DELGADO-IRRIBAREN (2008), GIMENO FELIU (2015 y 2015b), GONZÁLEZ DE OLANO y NAVARRO MANICH (2014), HERNÁEZ SALGUERO (2015), HERNANDO RYDINGS (2015), LAVILLA RUBIRA (2014), MANGAS MARTÍN (1995), MARTÍNEZ FERNÁNDEZ (2014b), MORENO MOLINA (2014), RUIZ COLOMÉ (1995) y SERRANO CHAMIZO (2015).

de otro, en la obligación del Estado miembro de eliminar de su ordenamiento interno las disposiciones incompatibles con el Derecho comunitario.⁷⁷⁸

2ª) *Eficacia o aplicación directa de las directivas*, lo que se concreta en las determinaciones siguientes:

- «*La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.*»⁷⁷⁹
- Aunque sea necesaria su transposición al derecho nacional, se afirma el *efecto directo* de las directivas en todos aquellos casos en que su formulación sea clara,

⁷⁷⁸ Esa doctrina de la primacía de las normas comunitarias fue una creación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJCE de 15.7.1964, asunto 6/64, Costa ENEL), que ha sido reiterada jurisprudencialmente. El Proyecto no aprobado de Constitución para Europa de 2004 incluía su positivización:

«*Artículo 1.6. Derecho de la Unión*

La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros.» Abstracción hecha de que no se culminara el proceso de ratificación del Tratado (rechazo en referéndum de Francia y Países Bajos), es relevante el pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional al respecto: «la proclamación de la primacía del Derecho de la Unión por el art. 1-6 del Tratado no contradice la supremacía de la Constitución.

Primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquélla, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones. Toda supremacía implica, en principio, primacía (de ahí su utilización en ocasiones equivalente, así en nuestra Declaración 1/1992, FJ 1), salvo que la misma norma suprema haya previsto, en algún ámbito, su propio desplazamiento o inaplicación. La supremacía de la Constitución es, pues, compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro Ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto, que es lo que ocurre exactamente con la previsión contenida en su art. 93, mediante el cual es posible la cesión de competencias derivadas de la Constitución a favor de una institución internacional así habilitada constitucionalmente para la disposición normativa de materias hasta entonces reservadas a los poderes internos constituidos y para su aplicación a éstos. En suma, la Constitución ha aceptado, ella misma, en virtud de su art. 93, la primacía del Derecho de la Unión en el ámbito que a ese Derecho le es propio, según se reconoce ahora expresamente en el art. 1-6 del Tratado.» (Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13.12.2004, FJ 4, BOE núm. 3, de 4.1.2005).

⁷⁷⁹ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, versión consolidada 2012 (art. 288, 3º pfo).

precisa, completa e incondicional, si ha transcurrido el plazo para su ejecución, o si la transposición ha sido incorrecta.⁷⁸⁰

3ª) Antes del 18 de abril de 2016, debía producirse la transposición al derecho interno de las determinaciones contenidas en las nuevas Directivas comunitarias:

- la 2014/23/UE, relativa a la *adjudicación de contratos de concesión*, en sus modalidades de *obras* y de *servicios*;
- la 2014/24/UE, sobre *contratación pública*, de la que hay que resaltar, a los efectos de la cuestión analizada, la regulación del *contrato público de servicios*;
- la 2014/25/UE, relativa a la *contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales*, en la medida que afecten a los servicios públicos locales.

4ª) Preciado lo anterior, una vez que entró en vigor el 18 de abril de 2014, y como se ha sostenido por la doctrina, la Directiva ya produce efectos jurídicos, por lo que debe efectuarse una interpretación *secundum directivam* a los efectos de preservar el efecto útil de la nueva regulación, con el límite de la interpretación *contra legem*, en aplicación del principio de seguridad jurídica.⁷⁸¹

5ª) A su vez, vencido el plazo del 18 de abril de 2016 sin que se haya producido la transposición, las Directivas tienen un efecto directo, son de aplicación directa, en aquellas determinaciones que tengan una formulación clara, precisa, completa e incondicional.

⁷⁸⁰ Dijo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

«A este respecto, de la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia se desprende que, en todos aquellos casos en que las disposiciones de una directiva, desde el punto de vista de su contenido, no estén sujetas a condición alguna y sean suficientemente precisas, los particulares están legitimados para invocarlas ante los órganos jurisdiccionales nacionales contra el Estado, bien cuando éste no adapte el Derecho nacional a la directiva dentro de los plazos señalados, bien cuando haga una adaptación incorrecta (véanse, en particular, las sentencias de 19 de noviembre de 1991, *Francovich* y *Bonifaci*, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, Rec. p. I-5357, apartado 11, y de 11 de julio de 2002, *Marks & Spencer*, C-62/00, Rec. p. I-6235, apartado 25)» (STJUE de 5.10.2004, asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer* y otros, apartado 103).

Sobre la cita de la jurisprudencia que reitera ese pronunciamiento, véase MARTÍNEZ FERNÁNDEZ (2014b: nota 22).

⁷⁸¹ Véase GIMENO FELIÚ (2015b), que defiende el valor interpretativo de las nuevas directivas antes del vencimiento del plazo de transposición.

6ª) Y todo ello, naturalmente, sin olvidar la observancia de las garantías sobre los medios de recursos eficaces y rápidos contra decisiones adoptadas por poderes adjudicadores y entidades contratantes contenidas en la Directiva 2007/66/CE, transpuesta por la L 34/2010, de modificación de las leyes LCSP/2007 (luego reflejada en el TRLCSP/2011), L 31/2007 (sectores excluidos) y LJCA/1998, y la extensión de la aplicación del *recurso especial de contratación* que resulte del propio efecto directo.

Examinadas pues las exigencias del Derecho comunitario, procede analizar la problemática del contraste entre las determinaciones de las Directivas que tienen efecto directo y el derecho interno regulador de la gestión contractual de los servicios públicos locales.

7.3. La transferencia del riesgo operacional como criterio de distinción entre los contratos comunitarios de concesión de servicios y público de servicios en relación con la gestión de servicios públicos locales

7.3.1. Concepto de riesgo operacional y transferencia

El punto de partida para el análisis no es otro que el concepto de transferencia del riesgo operacional y cómo éste se erige en el criterio de distinción entre los contratos comunitarios de concesión de servicios, de un lado, y público de servicios, de otro, A tal efecto, y tal como ya se ha tenido oportunidad de analizar (epígrafes 2.3 y 4.2), hay que tomar las definiciones de la Directiva 2014/23/UE que se expresa en los términos siguientes:

«Artículo 5 Definiciones

A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

1) *«concesiones»: las concesiones de obras o de servicios, con arreglo a las definiciones contempladas en las letras a) y b) :*

*a)«concesión de obras»: un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la **ejecución de obras** a uno o más operadores económicos, cuya **contrapartida es bien el derecho a explotar las obras objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago;***

b)«concesión de servicios»: 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».

Definiciones que la Directiva 2014/23 complementa, con gran precisión, mediante la caracterización del riesgo del concesionario (art. 5.1, *in fine*):

«La adjudicación de las concesiones de obras o servicios **implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos**. 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 ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable».

7.3.2. Otras precisiones sobre el riesgo operacional y su transferencia

El concepto del *riesgo operacional* es esencial para definir la concesión. Para su determinación, la Directiva 2014/23/UE (art. 5.1, *in fine*) proporciona la definición que se acaba de transcribir. Esa definición legal, no obstante, es susceptible de completar en el sentido de que el *riesgo operacional* transferido al concesionario se caracteriza por:⁷⁸²

- a) La posibilidad de no recuperar las inversiones realizadas ni cubrir los costes sufragados por el mismo.⁷⁸³

⁷⁸² Referencias bibliográficas: GIMENO FELIU (2014b: 145 y 2015c), HERNANDO RYDINGS (2015: 920-923), VILLALBA PEREZ (2014: apartado 4) y VAZQUEZ DEL REY VILLANUEVA (2012: 58-61).

⁷⁸³ La Directiva 2014/23/UE lo describe así:
La característica principal de una concesión, el derecho de explotar las obras o los servicios, implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico que supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento, si bien parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador (CDO 18, 3r pfo.).

Entre otras consecuencias, y como se ha precisado, esa caracterización del riesgo operacional incide en el cómputo del déficit de acuerdo con la normativa SEC 2010, según la cual se entenderá que no se han transferido los riesgos operacionales cuando se garantice, por la legislación o por el contrato, el pago de las inversiones efectuadas si la concesión ha quebrado o fallado por culpa del licitador, dando así lugar a la denominada *responsabilidad patrimonial de la Administración* (RAP).⁷⁸⁴

b) El no aseguramiento por parte de la Administración de unos ingresos mínimos.⁷⁸⁵

⁷⁸⁴ GIMENO FELIU (2014b: 141-155 y 2015c). Sobre el SEC 2010 el referente normativo es el Reglamento (UE) núm. 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21.5.2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea. La referencia a los riesgos se encuentra en los apartados siguientes:

«20.283. Al igual que sucede con los contratos de arrendamiento, para determinar quién es el dueño económico de los activos en una APP es preciso averiguar qué unidad asume la mayor parte de los riesgos y qué unidad se espera que reciba la mayor parte de los beneficios de los activos. Se asignará a esta unidad el activo, y por lo tanto la formación bruta de capital fijo. Los principales elementos de riesgo y beneficio que deben evaluarse son los siguientes:

a) Riesgo de construcción, que incluye los rebasamientos en los costes, la posibilidad de costes adicionales derivados de retrasos en la entrega, el incumplimiento de condiciones o códigos de construcción, y los riesgos ambientales y de otros tipos que exijan pagos a terceros.

b) Riesgo de disponibilidad, que incluye la posibilidad de costes adicionales, como los de mantenimiento y financiación, y las sanciones soportadas porque el volumen o la calidad de los servicios no cumple las normas especificadas en el contrato.

c) Riesgo de demanda, que incluye la posibilidad de que la demanda de los servicios sea mayor o menor de la esperada.

d) El riesgo de valor residual y obsolescencia, que incluye el riesgo de que el activo sea inferior a su valor esperado al final del contrato y el grado en que las administraciones públicas tienen opción a adquirir los activos.

e) La existencia de financiación del garante o de concesión de garantías, o de cláusulas de rescisión ventajosas sobre todo en caso de rescisión a iniciativa del operador.

20.284 Los riesgos y beneficios corresponden al operador si el riesgo de construcción y la demanda o los riesgos de disponibilidad han sido transferidos de manera efectiva. La financiación mayoritaria, las garantías que cubren la mayoría de la financiación percibida, o las cláusulas de rescisión que prevén un reembolso mayoritario del proveedor de la financiación en caso de rescisión a iniciativa del operador provocan la ausencia de una transferencia efectiva de cualquiera de estos riesgos.»

Sobre el impacto de las concesiones y demás manifestaciones de colaboraciones público-privadas en los déficits y deuda públicos, y el análisis de los criterios de Eurostat, véase el exhaustivo trabajo de MACHO PÉREZ y MARCO PEÑAS (2014), del cual no me resisto a reproducir una de sus conclusiones: «Todo lo anterior nos lleva a concluir: primero, que si no se transfieren suficientemente los riesgos y beneficios de la operación de CPP al ente privado, el activo deberá calificarse como público y tendrá repercusión en los niveles de déficit y deuda públicos actuales. Por tanto, la operación no habrá logrado la pretendida huida de las restricciones presupuestarias. Y, segundo, en términos de inclusión en los presupuestos será irrelevante si la financiación se proporciona en un primer momento por el ente privado, porque estas operaciones, salvo si se sufragan por el usuario, acabarán teniendo repercusión en los presupuestos de los ejercicios futuros» (2014: 473).

Sobre la RPA (responsabilidad patrimonial de la Administración) y los cambios incorporados al TRLCSP (288) y lo que prevé el ALCSP (293), véanse los epígrafes 4.14 a 4.16.

Finalmente, sobre la incidencia en el riesgo operacional del factor de duración del contrato y su vinculación con la TIR (tasa interna de retorno o de rentabilidad), véase el epígrafe 4.3.4, 3ª.

⁷⁸⁵ La Directiva 2014/23/UE lo expresa así:

c) La ajeneidad de los factores que inciden en el riesgo operacional y la exposición a las incertidumbres del mercado; al riesgo de la demanda o al del suministro (o de oferta o de uso) o a ambos.⁷⁸⁶

d) Aunque cabe que la remuneración proceda de la propia Administración.⁷⁸⁷

- «La reglamentación de la adjudicación de concesiones mediante normas específicas no estaría justificada si el poder adjudicador o la entidad adjudicadora aliviase al operador económico de cualquier posible pérdida garantizando unos ingresos mínimos que sean iguales o superiores a las inversiones y los costes que el operador económico deba asumir en relación con la ejecución del contrato» (CDO 18. 4º pfo.).

- «Cuando la reglamentación específica del sector elimina el riesgo estableciendo una garantía en beneficio del concesionario en virtud de la cual se compensen las inversiones y costes sufragados para la ejecución del contrato, este último no debería considerarse concesión a efectos de la presente Directiva» (CDO 19, 1r pfo.).

⁷⁸⁶ Sobre tales riesgos la Directiva 23 formula las siguientes concreciones:

«Un riesgo operacional debe derivarse de factores que escapan al control de las partes. Los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión. Un riesgo operacional debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro. Debe entenderse por “riesgo de demanda” el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato. Debe entenderse por “riesgo de oferta” el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda. A efectos de la evaluación del riesgo operacional, puede tomarse en consideración, de manera coherente y uniforme, el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario» (CDO 20).

En este sentido, la Directiva sigue la línea de la jurisprudencia consolidada sobre el riesgo de explotación económica del servicio (STJUE de 10.3.2011, C-274/09):

«A este respecto, procede señalar que el riesgo de explotación económica 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 (véanse, en este sentido, las sentencias de 27 de octubre de 2005, Contse y otros, C 234/03, Rec. p. I 9315, apartado 22, y Hans & Christophorus Oymanns, antes citada, apartado 74)» (FJ 37).

Conceptualmente, el riesgo de demanda es más fácil de definir y depende de que el servicio se utilice más o menos, siendo así que el concesionario es retribuido en función de esa utilización del servicio. En cambio, en el riesgo de suministro la remuneración del contratista está sujeta a factores ajenos a las partes; así, en el caso de los hospitales de la Comunidad de Madrid, la concesión no tenía por objeto los servicios sanitarios (a cargo de la sanidad autonómica), sino aspectos logísticos (servicios de cafetería, climatización, traslado de enfermos, desinfección y aparcamiento), de manera que si, por circunstancias externas, se paraliza el servicio (por ejemplo, debido a una plaga) o las materias primas se encarecen en el mercado, ese riesgo debe ser asumido por el concesionario (LAVILLA RUBIRA, 2014).

⁷⁸⁷ Lo precisa así la Directiva 23:

«Al mismo tiempo, hay que aclarar que ciertos regímenes en los que la remuneración procede exclusivamente del poder adjudicador o la entidad adjudicadora pueden considerarse

e) También es admisible que la Administración asuma parte del riesgo.⁷⁸⁸

Admitida, pues, esa asunción parcial por la Administración, para que quepa hablar de concesión habrá de producirse una transferencia *esencial* o *sustancial* del riesgo operacional al contratista.

f) Quizás mi impresión sea exagerada, pero el cúmulo de precisiones y reservas que definen la caracterización del riesgo que efectúa la Directiva, y que se han transcrito en los apartados anteriores, más bien parece un argumentario para desincentivar la concurrencia a una licitación, que una definición que favorezca la confianza necesaria para movilizar a los operadores e inversores privados, o, como señala la misma Directiva 2014/23/UE, responda al objetivo de « *instaurar un marco jurídico adecuado, equilibrado y flexible en el ámbito de la adjudicación de*

concesiones si la recuperación de las inversiones y costes que hubiera satisfecho el operador para la ejecución de las obras o la prestación de los servicios depende de la demanda o del suministro efectivos de esos bienes o servicios» (CDO. 18, 5º pfo.).

⁷⁸⁸ Tal es el pronunciamiento de la Directiva 23:

«El hecho de que el riesgo esté limitado desde el inicio no impedirá que el contrato se considere una concesión. Lo mismo ocurre, por ejemplo, en sectores con tarifas reglamentadas, o cuando se limita el riesgo operacional mediante regímenes contractuales que prevén una compensación parcial, incluida la compensación en caso de adelantarse la caducidad de la concesión por motivos atribuibles al poder o entidad adjudicador, o por causas de fuerza mayor» (CDO 19. 2º pfo.). O el inciso final del CDO 18, 3º pfo., antes transcrito.

Debe recordarse a este respecto que la propia definición legal se pronuncia en el sentido de que «(..) la parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable» (D 23, 5.1, *in fine* y ALCSP, 14.4.2º pfo.)

La calificación de esa parte del *riesgo operacional* que debe asumir el contratista para que se califique como concesión bien podría ser la de *sustancial*.

Así, en la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión* [COM (2011) 897 final, 2011/0437, 20.12.2011], se utilizaba precisamente esa expresión:

«Las dificultades relacionadas con la interpretación de los conceptos de concesión y contrato público han sido fuente de continua inseguridad jurídica para las partes interesadas y han dado lugar a numerosas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a este respecto. Por lo tanto, debe aclararse la definición de concesión, en particular haciendo referencia al concepto de **riesgo operacional sustancial**» (CDO. 7).

«El derecho a explotar obras o servicios, contemplado en los puntos 2, 4 y 7 del apartado 1, implica la transferencia al concesionario del **riesgo operacional sustancial**. Se considerará que el concesionario asume el **riesgo operacional sustancial** cuando no esté garantizado que vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión» (art. 2.2).

El calificativo *sustancial*, sin embargo, no aparece en los correlativos del texto finalmente aprobado (Directiva 2014/23/UE, CDO 18 y art. 5.1, *in fine*, respectivamente), quizás por su sobreutilización como criterio para definir las modificaciones contractuales no admitidas (ex 43.4 de la Directiva), tal como ya se vio (epígrafe 4.9.4). Sobre la noción de *riesgo operacional sustancial*, véase LAZO VITORIA (2014: 45-46).

concesiones que garantice a todos los operadores económicos de la Unión un acceso efectivo y no discriminatorio al mercado y que afiance la seguridad jurídica, favoreciendo así la inversión pública en infraestructuras y servicios estratégicos para el ciudadano» (CDO. 1)

Acaso a un intento de reconciliarse con esos objetivos obedezca el hecho de que la Directiva, después de detallar las características del riesgo operacional que se transfiere, afirme que la concesión, en cualquier caso, debe permitir al concesionario recuperar las inversiones realizadas, más un beneficio sobre el capital invertido en condiciones normales de explotación, teniendo en cuenta los objetivos contractuales específicos que haya asumido el concesionario y en un horizonte temporal adecuado a tales objetivos.⁷⁸⁹

Un aspecto sobre el que es conveniente reflexionar en el marco de las concesiones es el relativo a su ecuación económico-financiera, esto es, al rendimiento que para el contratista supone la explotación del servicio o, en su caso, de la obra. La falta de profundización sobre ese aspecto puede dar lugar a una percepción incompleta de estas figuras, precisamente por falta del elemento traslativo del gasto a cargo de la Administración, el pago, presente en el resto de los contratos típicos de ejecución de obras, suministros o servicios. Un elemento que corrige esa deficiencia señalada viene de la mano de la obligación de cifrar el *valor de la concesión* en el «*volumen de negocios total de la empresa concesionaria generados durante la duración del contrato, excluido el IVA, estimado por el poder adjudicador o la entidad adjudicadora,*

⁷⁸⁹ La Directiva 23 lo contextualiza así:

«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.» (CDO 52).

en contrapartida de las obras y servicios objeto de la concesión, así como de los suministros relacionados con las obras y los servicios» (Directiva 2014/23/UE, 8. 2), criterio que ya ha sido analizado pormenorizadamente (epígrafe 4.3.5.3.).

También contribuye a clarificar su verdadera naturaleza, el calificativo que se añade a la definición de la concesión como *contrato oneroso*, tal como ya se ha apuntado (Directiva 23, 5.1), aunque no se define lo que se entiende por tal. De ahí que resulte del todo oportuna la sugerencia del Consejo de Estado en relación con el art. 2.1 del ALCSP, que recoge la mención a los contratos onerosos: «No se contiene sin embargo en el texto ninguna noción de lo que entiende por onerosidad. Habida cuenta de que no son infrecuentes los casos de contratos en los que su precio -o valor estimado en su caso- es cero y en los que el contratista obtiene algún tipo de ventaja o beneficio, no estaría de más recoger que *su carácter oneroso concurre cuando el contratista obtiene algún tipo de beneficio económico de forma directa o indirecta*» (Dictamen núm. 1116/2015, pág. 54 y 55, el subrayado es mío).

7.3.3. Definición del contrato de servicios

Por su parte, la Directiva 2014/24/UE no regula los *contratos públicos de servicios* en un solo precepto, sino que su definición resulta de la integración de las notas contenidas en varios de ellos, de manera que cabe conceptuarlo como aquel *contrato oneroso, celebrado por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes económicos, cuyo objeto sea la prestación de servicios distintos a la ejecución de obras, entendidas éstas como ejecución de obras relativas a una de las actividades mencionadas en el anexo II o conjuntamente con el proyecto* (art. 2.1.5), 6) y 7 y CDO 8).

De acuerdo con la jurisprudencia europea, cuando no se transfiere el riesgo operacional al contratista no se está delante de una concesión, sino ante un contrato de servicios; así lo testimonian:

- a) Las SSTJCE de 29.4.2010 (C-160/08) y 10.3.2011 (C-274/09)⁷⁹⁰

⁷⁹⁰ De la que pueden destacarse las previsiones siguientes:

«Si bien el modo de remuneración es, por tanto, uno de los elementos determinantes para la calificación de una concesión de servicios, de la jurisprudencia se desprende además que la concesión de servicios implica que el concesionario asuma el riesgo de explotación de los servicios de que se trate y que la inexistencia de transmisión al prestador del riesgo

b) La STJCE de 10.11.2011 (C-348/10).⁷⁹¹

7.3.4. Juicio sobre transferencia del riesgo operacional y consecuencias generales derivadas para las Administraciones públicas

El contraste entre las definiciones de los contratos comunitarios de concesión y público de servicios aboca, indefectiblemente, a un juicio sobre la transferencia del riesgo operacional al contratista, a una evaluación en el supuesto concreto que determinará si concurre efectivamente dicha transferencia, en cuyo caso habrá que calificar el contrato como de concesión de servicios públicos si su objeto integra tal categoría en los términos ya concluidos o, caso de no producirse tal transferencia, hacerlo como contrato de servicios.

A los efectos de realizar ese juicio pueden señalarse los siguientes criterios de evaluación:

a) Factores de transferencia del riesgo operacional; tendencialmente los vinculados con los ámbitos y supuestos de:

relacionado con la prestación de los servicios indica que la operación en cuestión constituye un contrato público de servicios y no una concesión de servicios» (FJ 26).

«El artículo 1, apartados 2, letra d), y 4, de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, debe interpretarse en el sentido de que, cuando la remuneración del operador económico elegido corre íntegramente a cargo de personas distintas de la entidad adjudicadora que ha otorgado el contrato relativo a servicios de socorro y el operador económico asume un riesgo de explotación, aunque sea muy limitado, debido en particular al hecho de que el importe de los precios por la utilización de los servicios de que se trata depende del resultado de negociaciones anuales con terceros y no se le garantiza la cobertura íntegra de los costes soportados en el marco de una gestión de sus actividades conforme a los principios establecidos por el Derecho nacional, dicho contrato debe ser calificado de contrato de «concesión de servicios» en el sentido del artículo 1, apartado 4, de esta Directiva» (FALLO).

⁷⁹¹ Que concluye:

«La Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, debe interpretarse en el sentido de que constituye un “contrato de servicios” en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra d), de dicha Directiva 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. Corresponde al juez nacional apreciar si la operación de que se trata en el procedimiento principal debe ser calificada de concesión de servicios o de contrato público de servicios teniendo en cuenta todas las características de dicha operación» (FALLO, ap. 1).

- construcción y reposición de instalaciones y explotación de servicios públicos con rendimientos económicos (abastecimiento de agua potable, complejos deportivos, centros de ocio y turismo y servicios funerarios, entre otros);
 - tarifas como único medio de retribución del contratista;
 - tarifas acompañadas de un pago por parte de la Administración, pero que no tenga carácter compensatorio en función de los resultados decrecientes de la explotación; y
 - pago por parte de la Administración sometido a factores y criterios de riesgo y/o aleatorios.
- b) Factores de no transferencia del riesgo operacional; tendencialmente los referidos a los supuestos y sectores de:
- servicios gratuitos o subvencionados; y
 - servicios cuya ecuación económica real no permita articularla en términos de transferencia de riesgo operacional al gestor contratado;
 - en definitiva, servicios asistenciales y sanitarios y, eventualmente, educativos, culturales o de otra índole no susceptibles de una explotación económica con rendimientos económicos significativos.

En función del resultado del juicio sobre transferencia del riesgo operacional en servicios, en cuanto al Derecho comunitario las consecuencias generales derivadas serán las siguientes:⁷⁹²

1ª) Si efectivamente se produce la transferencia, resultará de aplicación la Directiva 2014/23/UE, de concesiones, si el valor estimado del contrato (VEC) es igual o superior a 5.225.000 euros (art. 8.1)

2ª) Si, por el contrario, la transferencia no tiene lugar, la aplicable será la Directiva 2014/24/UE, si el VEC es igual o superior a 209.000 euros (en referencia siempre al ámbito local) o a 750.000 si se trata de servicios sociales u otros específicos citados en el anexo XIV de la Directiva (art. 4).

⁷⁹² Al circunscribir el análisis a los servicios públicos locales y a las Administraciones públicas, no resulta de aplicación la Directiva la 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

3ª) El problema, como es fácil advertir, radica en que las diferencias entre los umbrales son demasiado amplias, de manera que el resultado del juicio de apreciar o no la transferencia del riesgo operacional comporta unas consecuencias que difieren en cuanto al procedimiento a seguir, y que, si se observan de manera estricta, pueden tener un desenlace perjudicial para la Administración, en caso de errar en el juicio o, simplemente, porque los órganos revisores, administrativos o jurisdiccionales, discrepen del mismo.⁷⁹³

⁷⁹³ Tal es el caso del Ayuntamiento de Alcobendas, objeto de la STSJ de la Comunidad de Madrid núm. 232/2015, de 14.5.2015 (JUR 2015\1478741), que calificó como CGSP el relativo al servicio público de recogida de residuos sólidos y limpieza viaria, con unos gastos de primer establecimiento inferiores a 500.000 euros y sin prever REC (recurso especial de contratación), adjudicó dicho contrato a una empresa, lo que fue recurrido por otro licitador ante el Tribunal administrativo, que anuló la adjudicación. El primer adjudicatario recurrió ante el Tribunal Superior de Justicia, que estimó su recurso, lo que dio lugar al reconocimiento del derecho a una indemnización a favor de éste. De la referida STSJ de la Comunidad de Madrid es relevante reproducir este pronunciamiento (FJ 3º):

«En el caso enjuiciado, nos encontramos ante un contrato de gestión de servicio público, mediante concesión (cláusula tercera del PCAP), consistente en la recogida de residuos sólidos urbanos y la limpieza viaria del municipio, cuyo plazo de ejecución es de 10 años (cláusula 13 del PCAP) y cuyo gastos de primer establecimiento estimados, según informe emitido por el Director General de Medio Ambiente del Ayuntamiento de Alcobendas, a los efectos del artículo 40.1.c) del Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, son de 61.000 euros, muy por debajo del umbral económico previsto en dicho artículo (500.000 euros). En dicho informe se dice que "no existe una definición específica de estos gastos en el TRLCSP vigente, por lo que para su elaboración se va a tener en cuenta lo recogido en el RD 1514/2007, de 16 de noviembre (RCL 2007, 2098 y 2386), por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, si bien, se va a utilizar como base el Plan General Contable de 1990, aprobado por RD 1643/1990, de 20 de diciembre (RCL 1990, 2682 y RCL 1991, 676), que era más descriptivo". A continuación enumera los gastos que considera como de primer establecimiento, los cuantifica y da la cantidad total ya mencionada de 61.000 euros.

Como consecuencia del mencionado informe la cláusula 23 del PCAP dispone en lo referente al recurso especial en materia de contratación que "al no tratarse de un expediente de regulación armonizada ni tratarse de un contrato de gestión de servicios públicos en que los gastos de primer establecimiento sean superiores a 500.000 euros no se podrá interponer recurso especial en materia de contratación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 del TRLCSP".

El mencionado PCAP no fue impugnado por los licitadores, por lo que devino firme y consentido al no ser impugnado en tiempo y forma. No es necesario recordar que los Pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y los Pliegos de prescripciones técnicas (PPT), que las leyes sobre la contratación administrativa imponen en los contratos administrativos constituyen en sentido metafórico, de acuerdo a reiteradísima jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, la "ley del contrato" lo que significa que las determinaciones de aquellos Pliegos, si no son impugnadas en su momento, quedan consentidas y firmes y en consecuencia vinculan a todos, Administración y contratistas, y por esa razón todas las incidencias del contrato, su ejecución, y los derechos del contratista y las facultades de la Administración se deben ajustar estrictamente a lo previsto en tales Pliegos.

Es una vez adjudicado el contrato a la empresa Acciona Servicios Urbanos SL, cuando otro de los licitadores, en concreto Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares, S.A (CESPA) recurre contra dicha adjudicación, no formulando recurso administrativo ante los órganos competentes de la entidad local o recurso jurisdiccional ante los Juzgados de lo Contencioso Administrativo de la Comunidad de Madrid, sino ante el Tribunal Administrativo de Contratación Pública, ignorando lo dispuesto en la cláusula 23 del PCAP y yendo en contra de sus propios actos ya que desde el momento en que los licitadores presentan sus ofertas aceptan el contenido de los Pliegos en su totalidad.

Al análisis de las consecuencias concretas derivadas en relación con las Directivas 2014/23 y 24/UE se dedicarán los apartados siguientes.

*La pretensión de que se declarase la inadmisión del citado recurso especial por el motivo concretado en la firmeza e inatacabilidad del Pliego, que no fue impugnado en su momento, fue puesta de manifiesto al Tribunal Administrativo de Contratación Pública, tanto por el Ayuntamiento de Alcobendas como por la adjudicataria de contrato, la mercantil Acciona Servicios Urbanos, S.L. **El Tribunal Administrativo de Contratación Pública, en lugar de acordar dicha inadmisión sin entrar a examinar las cuestiones de fondo planteadas, entra a analizar lo que se entiende por gastos de primer establecimiento, afirmando que, al no existir una definición explícita en la legislación contractual, hay que estar a una nota de la Presidenta del Tribunal de fecha 6 de junio de 2013, hecha pública mediante su página web, y conforme a la cual el concepto de gastos de primer establecimiento no debe interpretarse en el sentido estrictamente contable sino que debe incluir las inversiones precisas para el establecimiento del servicio. Desde este punto de vista la inversión inicial a cargo del adjudicatario en el contrato que nos ocupa excede de 500.000 euros, por lo que cabe dicho recurso especial, y en consecuencia, procede a revisar si la adjudicación del contrato ha sido o no conforme a derecho.***

Esta Sala entiende que en el momento de la adjudicación ya no es posible examinar las cláusulas de los Pliegos de Condiciones Administrativas y de Prescripciones Técnicas, por haber quedado las mismas consentidas y firmes al no haber sido impugnadas en tiempo y forma; cláusulas que vinculan a todos los que participan en el procedimiento de licitación y a la Administración contratante.

Si la Compañía Española de Servicios Auxiliares, S.A. (CESPA) entendía que la cláusula número 23 del PCAP no era conforme a derecho, por infringir lo dispuesto en el artículo 40 del TRLCSP, debió impugnarla en el plazo de 15 días hábiles contados a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hubieran sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el art. 158 de esta Ley (artículo 44 c) del TRLCSP). En dicho momento el Tribunal Administrativo de Contratación Pública si podía entrar a examinar si procedía o no el recurso especial por ser los gastos de primer establecimiento superiores a 500.000 euros, a pesar de que el PCAP dispusiese que no cabe dicho recurso especial. Lo que no puede el Tribunal Administrativo de Contratación Pública es que, cuando los Pliegos no han sido recurridos y por tanto han devenido firmes y consentidos, ignore la existencia de una cláusula del mismo, que dispone que al no tratarse de un contrato de gestión de servicios públicos en que los gastos de primer establecimiento sean superiores a 500.000 euros no se podrá interponer recurso especial en materia de contratación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 del TRLCSP, todo ello en base a un informe técnico que señala que los gastos de primer establecimiento alcanzan la cifra de 61.000 euros y, por tanto, inferior al umbral mínimo para que proceda dicho recurso, y proceda a tramitar el recurso especial y a pronunciarse sobre el fondo del asunto planteado en lugar de inadmitir dicho recurso, como le fue solicitado tanto por el Ayuntamiento de Alcobendas como por Acciona Servicios Urbanos, S.L .

A la vista de lo expuesto procede estimar el presente recurso contencioso administrativo anulando la resolución impugnada por no ser conforme a derecho ya que debió declarar la inadmisión del recurso especial interpuesto por la mercantil Compañía Española de Servicios Auxiliares, S.A. (Cespa) y, en consecuencia, declaramos la validez del acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Alcobendas de 4 de marzo de 2014 adjudicando el citado contrato a Acciona Servicios Urbanos, S.L.

Dado que Acciona Servicios Urbanos, S.L. se ha visto privada durante un determinado periodo de tiempo de ser adjudicataria del contrato procede, como solicita, que el Ayuntamiento de Alcobendas la indemnice en el 6% de beneficio industrial por el mencionado tiempo» (las negritas son mías).

7.4. Efecto directo respecto de las concesiones de servicios públicos locales

Una vez vencido el plazo sin que haya tenido lugar la transposición, de acuerdo con las consideraciones efectuadas, se produce el efecto directo de las determinaciones contenidas en las Directivas comunitarias cuyas formulaciones sean claras precisas, inequívocas e incondicionadas.

Centrándonos en las concesiones de servicios y mayormente en sus aspectos sustantivos o materiales, las principales determinaciones de la Directiva 2014/23/UE a las que cabe atribuir efecto directo son, en síntesis, las siguientes:⁷⁹⁴

- a) La **definición sobre concesiones de servicios** (art. 5 de la D 23) que, sobre la base de transferencia del riesgo operacional, se impone a las previsiones del TRLCSP (8 y 277.a), en los términos analizados (epígrafe 7.3, referencia al ALCSP, art. 15).

⁷⁹⁴ Junto a la referencia sucinta del precepto de la Directiva comunitaria se indicará el epígrafe en que ha sido analizada la determinación en cuestión, ya sea al hilo de los comentarios referidos expresamente a la Directiva, ya sea en relación con los preceptos analizados del ALCSP/O/2015 que fijaban su transposición. Se dejan fuera de la relación los aspectos formales y procedimentales de detalle por exceder del objeto de la tesis.

A tal efecto, la fuentes de referencia son, en primer termino, los textos jurídicos interpretativos ya citados (epígrafe 7.1.2):

a) ALCSP de 21.10.2015.738

b) «Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de Contratos del Sector Público. Tribunales Administrativos de Contratación Pública». Documento de estudio presentado y aprobado en reunión de Madrid, el 1.3.2016.739

c) Dictamen del Consejo de Estado núm 1116/2015, de 10.3.2016.

d) 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 nº 66, de 17.3.2016).

e) Resolución de 6 de abril 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 la utilización del Documento Europeo Único de Contratación previsto en la nueva Directiva de contratación pública (BOE nº 85, de 8.4.2016).

f) Informe 1/2016, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, sobre Asunto: Contenidos de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, que tienen que ser de aplicación directa a partir del día 18 de abril de 2016, fecha en que finaliza el plazo para su transposición. Breve referencia a la aplicación directa de la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

En segundo término, las referencias bibliográficas son las siguientes: BASTARDO YUSTOS (2016), BERNAL BLAY (2015), CARBONERO GALLARDO (2016); DELGADO-IRRIBAREN (2008), Gimeno Feliu (2015, 2015b y 2016e), GONZÁLEZ DE OLANO y NAVARRO MANICH (2014), HERNÁNDEZ SALGUERO (2015 y 2016), HERNANDO RYDINGS (2015), LAVILLA RUBIRA (2014), MANGAS MARTÍN (1995), MARTÍNEZ FERNÁNDEZ (2014b), MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS (2016b), MORENO MOLINA (2014 y 2016), PUERTA SEGUIDO (2016), PÉREZ DELGADO y RODRÍGUEZ PÉREZ (2016), PINTOS SANTIAGO (2016), ROMAR VILLAR (2016), RUIZ COLOMÉ (1995) y SERRANO CHAMIZO (2015).

- b) El **cálculo del valor estimado** de la concesión que, a partir de un valor igual o superior a 5.225.000 euros, viene referido al volumen de negocios total generado durante toda la duración del contrato, excluido el IVA (art. 8 de la Directiva), en relación con el cual, y sin perjuicio de la remisión a su análisis más detallado (epígrafe 4.3.5., ref. ALCSP, 101), cabe recordar los elementos para dicho cálculo:

«a) el valor de cualquier tipo de opción y las eventuales prórrogas de la duración de la concesión;

b) la renta procedente del pago de tasas y multas por los usuarios de las obras o servicios, distintas de las recaudadas en nombre del poder adjudicador o entidad adjudicadora;

c) los pagos o ventajas financieras, cualquiera que sea su forma, al concesionario efectuados por el poder o la entidad adjudicadores o por otra autoridad pública, incluida la compensación por el cumplimiento de una obligación de servicio público y subvenciones a la inversión pública;

d) el valor de los subsidios o ventajas financieras, cualquiera que sea su forma, procedentes de terceros a cambio de la ejecución de la concesión;

e) la renta de la venta de cualquier activo que forme parte de la concesión;

f) el valor de todos los suministros y servicios que los poderes o entidades adjudicadores pongan a disposición del concesionario, siempre que sean necesarios para la ejecución de las obras o la prestación de servicios;

g) las primas o pagos a los candidatos o licitadores» (art. 8.3).

- c) La determinación del **plazo de las concesiones** que habrá de fijarse sujetándose al art. 18 de la Directiva:

«2. Para las concesiones que duran más de cinco años, la duración máxima de la concesión no podrá exceder el tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos. Las inversiones que se tengan en cuenta a efectos del cálculo incluirán tanto las inversiones iniciales como las realizadas durante la vida de la concesión».

El efecto directo se centra, por tanto, en la necesidad de observar las reglas citadas en el art. 18.2 de la Directiva cuando se prevea un plazo de duración superior a 5 años,

las cuales se imponen a las previsiones mucho más laxas del TRLCSP (art. 278, que fija tan solo límites máximos en 50 años si la concesión incluye explotación y ejecución de obras, y 25 y 20 si comprende únicamente la explotación de servicios no sanitarios o sanitarios, respectivamente).

Sobre la propuesta del Anteproyecto me remito a los comentarios en relación con los diferentes factores que inciden en la duración del contrato (condicionamientos, posibilidad de prórrogas, límites temporales máximos y el resto de los estudiados en el epígrafe 4.3.4., ref. ALCSP, 29.6 y 50).

d) Sobre los **contratos mixtos de concesiones** habrá que observar las reglas fijadas en los art. 20 a 22 de la D 23; en particular, destacan las siguientes:

- *«Las concesiones cuyo objeto sean tanto obras como servicios se adjudicarán con arreglo a las disposiciones aplicables al tipo de concesión predominante en el objeto principal del contrato.*
- *En el caso de concesiones mixtas que consistan en parte en servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo IV y en parte en otros servicios, el objeto principal se determinará en función de cuál de los valores estimados de los respectivos servicios es el más alto» (art. 20.1).*

Las referencias son al TRLCSP (12) y al ALCSP que se localiza en su art. 18 (epígrafe 4.3.3.3.).

e) Para la determinación de la **capacidad y solvencia de los licitadores, operadores económicos** según la Directiva 23, se ha de observar lo dispuesto en su art. 26 y las garantías que fija (no rechazo de operadores y agrupaciones de éstos); sus referencias las encontramos en el ALCSP (69 y 76) y TRLCSP (59).

f) Obligación de incorporar las **nomenclaturas en los contratos de concesión** (art. 27 de la D 23 en relación con el Reglamento 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se aprueba el vocabulario común de contratos públicos, **CPV**).

g) Hay que mencionar las **determinaciones sobre confidencialidad** que contiene el art. 28 de la Directiva 23 (documentación designada por los licitadores), bien que son correlativas a las ya recogidas en el TRLCSP (140) y que el ALCSP

reproduce (133, a destacar la mención al inicio del apartado 1 del mismo al «*sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación vigente en materia de acceso a la información pública*»).

- h) Obligación de aplicar las **prescripciones** de los art. 31 y 32, relativas a los **anuncios de las licitaciones**, que habrán de ajustarse a los modelos que contiene la Directiva 23 (anexos V, VI, VII y VIII).
- i) Se impone el **acceso directo, completo, gratuito y sin restricciones, por medios electrónicos, a los documentos relativos a las concesiones**, recogido en el art. 34 de la Directiva 23 y con referencia en el ALCSP (138).
- j) Tiene efecto directo la previsión según la cual la **selección y evaluación cualitativa** y, por tanto, la **solvencia de los licitadores se articula sobre la base de la declaración responsable** (art. 38.1 D 23), contemplado así en el ALCSP (141) y con desplazamiento del carácter potestativo según los pliegos del TRLCSP (146.4).
- k) **Obligación de informar sin demora a candidatos y licitadores de las decisiones tomadas en relación con la adjudicación de la concesión** (art. 40.1 D 23), con referencia en el TRLCSP (151.4) y reflejo en el ALCSP (149).
- l) Imperatividad de las **reglas sobre los criterios de adjudicación en las concesiones** (ex art. 41 D 23, sobre objetividad de los mismos, garantía de evaluación de ofertas en condiciones de competencia efectiva, vinculación con el objeto de la concesión, información proporcionada a los licitadores verificable y comprobación por poder adjudicador que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación y enumeración decreciente de los mismos), bien que debe subrayarse su coincidencia sustancial con las previsiones del TRLCSP (150), reflejadas igualmente en el ALCSP (145).
- m) Obligación de observar las **determinaciones referidas a la subcontratación** (ex art. 42 D 23, sobre mención en la oferta de la parte de la concesión que se proponga subcontratar con terceros e identificación de éstos y otras prescripciones sobre información), en el bien entendido que esa figura de la subrogación debe tener carácter accesorio en las concesiones de servicios públicos, tal como prescribe el TRLCSP (289) y recoge el ALCSP (294), si bien ese carácter se matiza cuando se prevé la ejecución de obras y para la misma

(TRLCSF, 227, 228 y 228 bis, y ALCSP, 213, 214 y 215), objeto todo ello de un análisis pormenorizado (epígrafe 4.18).

n) Incidencia del régimen de modificación de los contratos de concesión durante su período de vigencia (ex art. 43 D 23), aunque se trata de uno de los supuestos cuyo alcance, salvo en lo que se refiere a las obligaciones de publicar las modificaciones contractuales y no alterar la naturaleza global del contrato (ex art. 43.1, último inciso, y 43.1.c, ii, respectivamente), es objeto de diversidad de opiniones; así sobre:

- si el régimen de la Directiva es más flexible que la regulación del TRLCSF (105 a 107), y el efecto neutralizador de dicha apariencia en virtud de la doctrina del TJUE que la propia Directiva menciona en la Directiva 23 (CDO 107);⁷⁹⁵
- el efecto directo de las determinaciones respecto de los supuestos relativos a obras, suministros y servicios adicionales (D 23, art. 43.1.b) y a que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que un poder adjudicador diligente no podía prever (D 23, 43.1.c.i).⁷⁹⁶

Precisado todo lo anterior, hay que significar que se establece un régimen más restrictivo en el ALCSP (201-205), tal como se ha tenido oportunidad de poner de manifiesto (epígrafes 4.9.4, 4.9.5 y 4.9.6).

o) Efecto directo de las determinaciones sobre sucesión del contratista en el supuesto de que no responda a una reestructuración empresarial ni a una opción inequívoca del pliego, lo que, al entenderse como una modificación contractual no admitida (ex D 23, 43.1.d, a contrario), desplaza las previsiones que se oponen del TRLCSF (85 y 226), regulación en la que persiste el ALCSP (98 y 212), lo que ha de ser objeto de corrección en los términos señalados (epígrafe 4.7.8.3).

p) Determinaciones sobre resolución de concesiones con vistas a asegurar que los poderes y entidades adjudicadores tengan la posibilidad, con arreglo a condiciones determinadas por la legislación nacional aplicable, de poner fin a una

⁷⁹⁵ Véase GIMENO FELIU (2016f: 12 y 13).

⁷⁹⁶ En el IJCCA GENCAT nº 1/2016, de 6.4, se mantiene su efecto directo (p. 22, 23, 41 y 44).

concesión durante su período de vigencia, siempre que se cumpla alguna de las condiciones siguientes (art. 44 D 23):

- i) que una modificación de la concesión suponga una nueva adjudicación, de conformidad con el artículo 43;
- ii) 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;
- iii) 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.

Siendo evidente el efecto directo de estas determinaciones, la cuestión estriba en dilucidar si las enunciadas vienen a sumarse a las previstas en la legislación española o si son las únicas admitidas en aplicación del Derecho comunitario.⁷⁹⁷

Por otro lado, hay que consignar que las dos primeras tienen sus previsiones correlativas en las siguientes causas generales de resolución:

a) Sobre la modificación contractual:

- La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I del TRLCSP (art. 223.g, causa de resolución analizada en el epígrafe 4.13.2.9).
- La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme al artículo 202 y 203; o cuando dándose las circunstancias establecidas en el artículo 203, las

⁷⁹⁷ Esta segunda parece ser la opción por la que se decanta GIMENO FELIU (2016b: 70 y 2016e:13), aunque admite que ello «no significa que no pueda rescatarse si existe un claro interés público. Pero el rescate, como tal, es ya una expropiación forzosa y no un privilegio contractual, y se deberá sustanciarse (sic) conforme a las reglas y principios de esta potestad» (2016e: 13)

modificaciones impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del mismo, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por ciento del precio inicial del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, según el ALCSP (art. 209.1.g, causa analizada en el epígrafe 4.13.2.10).

b) Sobre la causa de nulidad de derecho administrativo:

- La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada, del adjudicatario, o el estar incurso en alguna de las prohibiciones de contratar señaladas en el artículo 60 (TRLCSF, 32.b).
- La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional; o la falta de habilitación empresarial o profesional cuando sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato; o la falta de clasificación, cuando ésta proceda, debidamente acreditada, del adjudicatario; o el estar éste incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 71 (ALCSF, 39.2.a)

En cuanto a la tercera causa, es obvio que tiene efecto directo el hecho de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictamine 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.

Hechas estas precisiones, las referencias sobre las causas específicas de extinción del CGSP se localizan en el TRLCSF (286) y de la concesión en el ALCSP (292), objeto de análisis pormenorizado (epígrafe 5.8.3).

q) Incidencia del art. 46 la Directiva 23 que comporta la **modificación del ámbito de aplicación de la Directiva 89/665/CEE, de recursos**, con la consecuencia práctica de desplazar la regla contenida en el TRLCSF (art. 40.1.c), fijada sobre la base de que el recurso especial de contratación (REC) sólo procede en los CGSP si los gastos de primer establecimiento y la duración superan los 500.000 euros y los 5 años, respectivamente.

En aplicación del efecto directo, es el valor estimado del contrato, fijado en 5.225.000 euros (ex Reglamento delegado UE 2015/2172, de 24.11), el que determina la procedencia del REC en las concesiones.

La referencia al REC en el ALCSP se localiza en sus art. 44 a 60, que ya han sido objeto de comentario (epígrafe 4.19.3).

- r) Aplicación de las previsiones del art.19 de la Directiva 23 sobre las **concesiones relativas a servicios sociales u otros servicios específicos** recogidos en el anexo IV y que entran en su ámbito de aplicación, que dispone que se someterán únicamente a las obligaciones referidas a la publicación de anuncios (art. 31. 3, y 32), y a la aplicación del recurso especial de contratación (46). La previsión sobre los anuncios tiene su correlato en el ALCSP (anexo III, B, Sección 5), mientras que la relativa al recurso se regula en los art. 44 y siguientes del mismo (véase epígrafe 4.19.3).

- s) Formuladas las anteriores precisiones, y yendo más allá de lo que son los estrictos requerimientos de la Directiva 2014/23/UE, sería partidario de **extremar las garantías sobre publicidad, concurrencia y objetividad** y publicar los anuncios sobre la licitación de las concesiones en el DOUE siempre que su valor estimado igualara o superara la cifra de 209.000 euros, así como establecer la procedencia del recurso especial de contratación (REC). Y todo ello en aplicación precautoria de la Directiva 2014/24/UE, para el caso de que se plantearan dudas sobre la calificación de que se trataba realmente de una concesión de servicios públicos en razón de si existía o no transferencia del riesgo operacional.⁷⁹⁸

⁷⁹⁸ Tal como ya se ha advertido, las diferencias entre los umbrales son demasiado amplias (entre 209.000 y 2.525.000), de manera que el resultado del juicio de apreciar o no la transferencia del riesgo operacional comporta unas consecuencias que difieren en cuanto al procedimiento a seguir, y que, si se observan de manera estricta, pueden tener un desenlace perjudicial para la Administración, en caso de errar en el juicio o, simplemente, que los órganos revisores, administrativos o jurisdiccionales, discrepen del mismo, tal como se vio en el caso del Ayuntamiento de Alcobendas (epígrafe 7.3.4, *in fine*, STSJ de la Comunidad de Madrid núm. 232/2015, de 14.5.2015, JUR 2015\1478741). Con la publicación voluntaria en el DOUE, amparada por lo demás tanto en el TRLCSP (142.2), como en la Directiva 2014/24/UE (51.6), y la previsión sobre el REC se neutralizarían los reproches y las gravosas consecuencias de ver anulada la licitación en razón de no haber observado las referidas garantías.

7.5. Efecto directo respecto de la gestión de servicios públicos locales en la que no se transfiera riesgo operacional

7.5.1. Efectos y el dilema mientras llega la nueva LCSP

Llegado el 19 de abril de 2016 sin aprobación de un nuevo texto de ley de contratos del sector público y sin haber sido transpuestas las Directivas comunitarias, respecto de la contratación de servicios públicos en la que no hay transferencia de riesgo operacional al contratista, el escenario aboca a aplicar el TRLCSP en cuanto al régimen jurídico, así como la Directiva 2014/24/UE en cuanto a las garantías relativas a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad y a sus determinaciones con efecto directo.

Por lo que se refiere al régimen jurídico aplicable, se plantea un dilema:

- la subsunción en el contrato de servicios, o
- la opción por el CGSP actualizado, en una de sus modalidades distintas de la concesión, esto es, la gestión interesada, el concierto o la sociedad de economía mixta.

En mi opinión, esta segunda es la alternativa que procede con arreglo a la legalidad vigente, y son coincidentes los criterios asentados por la Juntas Consultivas de Contratación Administrativa de la Administración General del Estado (AGE) y de la Generalitat de Cataluña (GENCAT) que consideran que siguen vigentes las modalidades del contrato de gestión de servicios públicos distintas de la concesión.

Así, la Recomendación de la JCCA de la AGE de 15.3.2016 prescribe lo siguiente:

«En este sentido esta Junta Consultiva considera que a partir del 18 de abril cuando en un contrato que tenga por objeto prestaciones de hacer no se dé una «transferencia del riesgo operacional» en el sentido del artículo 5.1 DC, el mismo deberá regirse (siempre y cuando merezca la consideración de «contrato de servicios sujeto a regulación armonizada» con arreglo a lo indicado en el apartado 3.1.2): (i) con arreglo a las normas con efecto directo que la DN establece para los contratos de servicios; (ii) en segundo lugar con arreglo a las normas que el TRLCSP establece para los

contratos de servicios sujetos a regulación armonizada; y (iii) por último se aplicarán las normas del TRLCSP correspondientes al contrato de gestión de servicios públicos.

Por último, a título aclaratorio conviene indicar que a los contratos de gestión de servicios públicos que no merezcan la consideración de sujetos a regulación armonizada (de acuerdo con el apartado 3.1.5) y que, sin embargo, sí puedan tipificarse como tales contratos de conformidad con el TRLCSP, se les seguirán aplicando las normas de esta Ley correspondientes a los contratos de gestión de servicios públicos.» (apartado 3.1.5.2., a), *in fine*).⁷⁹⁹

Como puede observarse, la Recomendación de la Junta efectúa unas remisiones a : (i) *con arreglo a las normas con efecto directo que la DN establece para los contratos de servicios; (ii) en segundo lugar con arreglo a las normas que el TRLCSP establece para los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada;* remisiones ambas que se refieren a determinaciones destinadas a asegurar, en primer término, la observancia de los principios de publicidad, concurrencia y objetividad en la preparación y ejecución de los procesos de selección y adjudicación de los contratos (Directiva 24) y, en segundo, la vigente regulación en tal sentido referida a los contratos de servicios armonizados (TRLCSP, 13, 16, 21.1, 37.1, 40.1.a), 55.1, 80.1, 81.1, 112. 2., *in fine*, 137.1, 142.1, 152. 2, *in fine*, 154.2, *in fine*, 159.1, 164.1, 167.1, 170.c), 184.4, 190.1, 195, 197.2, 202.2 y DA1^a. 4). Y en el apartado (iii), por último, prescribe que *se aplicarán las normas del TRLCSP correspondientes al contrato de gestión de servicios públicos*, lo que remite a su régimen jurídico.

Por su parte, el Informe de la JCCA de la GENCAT 1/2016 formula, de manera inequívoca, la siguiente conclusión: «la regulación en el ámbito comunitario de las concesiones de servicios no comporta la desaparición de la categoría de contrato de gestión de servicios públicos, continuando vigentes las modalidades recogidas actualmente en el artículo 277 del TRLCSP que no tengan encaje en el concepto de concesión cuando no haya una transmisión del riesgo operacional relacionado con la prestación del servicio público» (último párrafo del Informe y CDJ IV, p. 43 y 44).

⁷⁹⁹ La mención al apartado 3.1.2. sobre el «contrato de servicios sujeto a regulación armonizada» remite a los que tienen un VEC que iguale o supere los umbrales comunitarios (135.000 o 209.000 euros, según el caso, de acuerdo con las letras b) y c) del art. 4 de la Directiva 24, o 750.000, si se refiere a los servicios sociales y otros específicos del art. 4. d) y anexo XIV de la misma).

Por su parte, la cita al apartado 3.1.5. comprende a las concesiones de VEC igual o superior a 5.225.000 euros, en aplicación del art. 8.1 de la Directiva 23.

Formuladas las anteriores consideraciones no debe olvidarse, sin embargo, que los Informes citados, pese a su indudable valor interpretativo, no tienen carácter vinculante, en razón de lo cual la posibilidad teórica de acudir a una de las dos posibilidades sigue abierta durante este período transitorio. Es por ello que no es irrelevante recordar, aunque sea de manera sucinta, las consecuencias de optar por una u otra de esas alternativas.

7.5.2. La subsunción en el contrato de servicios y sus consecuencias

Sobre las consecuencias derivadas de la subsunción en el contrato de servicios de la gestión indirecta de los servicios públicos locales nos hemos ocupado en diversos apartados, tanto en relación con la legislación vigente (epígrafe 3.2.3), como de *lege ferenda* en relación con el Anteproyecto de ley de contratos del sector público de octubre de 2015 (epígrafe 5.9).

Con remisión para su análisis exhaustivo a los referidos apartados, las principales consecuencias de utilizar el contrato de servicios siendo su objeto un servicio público son, resumidamente expuestas, las siguientes:

- a) La limitación en cuanto a la duración del contrato a 4 años y la subordinación de su prórroga, hasta el límite de 2 más, a la conformidad del contratista (TRLSCP, 303.1), sin que se pueda imponer la cláusula general establecida (TRLCSP, 23.2), con los efectos que produce respecto de la amortización de los bienes u otras expectativas para la financiación del contrato, y frente a los plazos más largos previstos para el CGSP (TRLCSP, 278) y la posibilidad de aplicar la cláusula general citada.⁸⁰⁰

⁸⁰⁰ Los preceptos de referencia disponen:

- Sobre la duración, los contratos de servicios **"no podrán tener un plazo de vigencia superior a cuatro años con las condiciones y límites establecidos en las respectivas normas presupuestarias de las Administraciones Públicas, si bien podrá preverse en el mismo contrato su prórroga por mutuo acuerdo de las partes antes de la finalización de aquél, siempre que la duración total del contrato, incluidas las prórrogas, no exceda de seis años, y que las prórrogas no superen, aislada o conjuntamente, el plazo fijado originariamente"** (TRLCSP, art. 303.1).
- El art. 303.1 transcrito supone una excepción a la previsión general del 23.2 del TRLCGSP:
"El contrato podrá prever una o varias prórrogas siempre que sus características permanezcan inalterables durante el período de duración de éstas y que la

- b) La imposibilidad de aplicación *ex lege* de las potestades inherentes al CGSP (dirección, intervención, sanción y ordenación del servicio, recogidas en los preceptos del Reglamento de servicios de 1955 y de la legislación autonómica citados en el epígrafe 3.2.3, c.4).
- c) La posibilidad de suspensión de la prestación del servicio por parte del contratista si se produce una demora superior a 4 meses en el pago por la Administración pública, medida que está vedada si el contrato formalizado es el de gestión de servicios públicos (*ex* TRLCSP, 220 en relación con el 216.5, y 276 en cuanto a su inaplicación en el CGSP).
- d) Otras limitaciones e insuficiencias derivadas de la aplicación a la gestión indirecta de servicios públicos del contrato de servicios, figura cuyo régimen jurídico fue ideado para acoger unas prestaciones en beneficio exclusivo de la Administración pública, sin que haya sido objeto de actualización y sin haber previsto, en consecuencia, medida alguna para los usuarios de tales servicios públicos.
- e) Finalmente, atendido que en el supuesto que se está analizando no se produce transferencia del riesgo operacional, resultarán de aplicación las determinaciones con efecto directo de la Directiva 2014/24/UE, cuyo detalle se expondrá más adelante.

concurrancia para su adjudicación haya sido realizada teniendo en cuenta la duración máxima del contrato, incluidos los períodos de prórroga.

*La **prórroga se acordará por el órgano de contratación y será obligatoria para el empresario**, salvo que el contrato expresamente prevea lo contrario, sin que pueda producirse por el consentimiento tácito de las partes".*

- Finalmente, sobre la duración del CGSP resulta de aplicación el art. 278 del TRLCSP que dispone:

«El contrato de gestión de servicios públicos no podrá tener carácter perpetuo o indefinido, fijándose necesariamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares su duración y la de las prórrogas de que pueda ser objeto, sin que pueda exceder el plazo total, incluidas las prórrogas, de los siguientes períodos:

***a) Cincuenta años** en los contratos que **comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio público**, salvo que éste sea de mercado o lonja central mayorista de artículos alimenticios gestionados por sociedad de economía mixta municipal, en cuyo caso podrá ser hasta 60 años.*

***b) Veinticinco años** en los contratos que comprendan la **explotación de un servicio público no relacionado con la prestación de servicios sanitarios**.*

***c) Diez años** en los contratos que comprendan la **explotación de un servicio público** cuyo objeto consista en la prestación de servicios **sanitarios** siempre que no estén comprendidos en la letra a).»*

7.5.3. La opción por el CGSP actualizado y sus consecuencias

Tal como se ha indicado, los pronunciamientos formulados por la Juntas Consultivas de Contratación Administrativa de la Administración General del Estado (Recomendación de 15.3.2016) y de la Generalitat de Cataluña (Informe de 1/2016) se decantan por considerar que siguen vigentes las modalidades del contrato de gestión de servicios públicos distintas de la concesión, criterio que coincide con la posición que ya veníamos sosteniendo.⁸⁰¹

Sobre la base, pues, de la vigencia de tales modalidades, de lo que se trataría es de utilizar la que más se adecue al caso concreto en función de la concurrencia del elemento relevante que las caracteriza, según lo ya expuesto; en síntesis, en atención a:

- la inclusión de una cláusula de interesamiento y la articulación de la retribución del contratista (véase epígrafe 6.2.3, sobre *la gestión interesada*);
- la solvencia técnica acreditada del prestatario, que aporta sus instalaciones o sus servicios, unida a una determinación precisa del pago por la utilización de los mismos (cifro epígrafe 6.2.4, sobre el *concierto*); o
- la participación societaria conjunta de una entidad pública con un privado, que aporta su capital como inversión y las técnicas de gestión (epígrafe 6.2.5, sobre *la sociedad de economía mixta*).⁸⁰²

Elegida la modalidad más apropiada al servicio público a prestar, esa opción debería complementarse con la observancia de las exigencias contenidas en la Directiva 2014/24/UE para garantizar los principios de publicidad, concurrencia y objetividad en

⁸⁰¹ Así, en MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS (2014: 603-604 y 2015).

⁸⁰² En la medida en que no es posible utilizar, hoy por hoy, la figura del arrendamiento según lo ya razonado (epígrafe 6.2.6), y frente a las especificidad de las otras dos, la modalidad de gestión indirecta llamada a tener una funcionalidad mayor es el concierto en atención a su esquema simple de bilateralidad, concretado en unas prestaciones que el contratista ofrece a cambio de una contraprestación económica, bien que asegurando, tal como venimos resaltando, la aplicación de un régimen jurídico que garantiza la continuidad y regularidad en la prestación del servicio público y los derechos de los usuarios y, admitiendo, sin quebranto de su naturaleza, la eventual posibilidad de percibir de éstos unas tarifas que cubran parcialmente la financiación del servicio.

la preparación y ejecución de los procesos de selección y adjudicación de los contratos. Sin perjuicio de su análisis en el apartado siguiente, por su trascendencia deben destacarse las siguientes medidas:

- a) La publicación de los anuncios correspondientes en el DOUE si el valor estimado del contrato (VEC) iguala o supera los umbrales comunitarios: tratándose de servicios públicos locales, 209.000 euros o 750.000, si de servicios sociales o los otros específicos se trata (TRLCSP, 16.1 y D 24, 4.c y d, y anexo XIV, respectivamente).
- b) La previsión del recurso especial de contratación si el VEC iguala o supera los umbrales comunitarios señalados en el apartado anterior, en aplicación del efecto directo de la Directiva 2014/24/UE y el desplazamiento que provoca en relación con el art. 40.1.c) del TRLCSP.

De acuerdo con este planteamiento, la opción por la modalidad más idónea de gestión indirecta, de un lado, permite la aplicación de un régimen jurídico unitario que garantice la continuidad y regularidad en la prestación del servicio público y los derechos de los usuarios y, de otro, la observancia de los requerimientos de la Directiva asegura la aplicación de la misma en cuanto a su resultado, dando así cumplimiento al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, versión consolidada de 2012, cuyo art. 288, 3º pfo, dispone que *«la directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios»*.

7.5.4. Aplicación de las previsiones de la Directiva 2014/24/UE con efecto directo

Una vez vencido el plazo sin que haya tenido lugar la transposición, de acuerdo con las consideraciones efectuadas, se produce el efecto directo de las determinaciones contenidas en las Directivas comunitarias cuyas formulaciones sean claras precisas, inequívocas e incondicionadas.

Centrándonos en la contratación de servicios públicos en la que no hay transferencia del riesgo operacional y mayormente en sus aspectos sustantivos o materiales, las

principales determinaciones de la Directiva 2014/24/UE a las que cabe atribuir efecto directo son, en síntesis, las siguientes:⁸⁰³

- a) En el caso de **servicios públicos que sean objeto de contratación mixta** habrá que observar las reglas contenidas en el art. 3 de la Directiva 24, en la medida en que se refieran a prestaciones identificadas como tales servicios públicos y otra modalidad de las mismas (obras, servicios o suministros). Sus referencias se localizan en el TRLCSP (12 y 25.2) y ALCSP (18 y 34.2), objeto ya de estudio pormenorizado (epígrafe 5.3.3.3.).
- b) Los **umbrales** vienen determinados en el art. 4 de la D 24, bien que ya rigen en ejecución del Reglamento delegado (UE) 2015/2170 de la Comisión, de 24.11, y cuyos importes se cifran en:

⁸⁰³ Junto a la referencia sucinta del precepto de la Directiva comunitaria se indicará el epígrafe en que ha sido analizada la determinación en cuestión, ya sea al hilo de los comentarios referidos expresamente a las Directivas comunitarias, ya sea en relación con los preceptos analizados del ALCSP/O/2015 que fijaban su transposición. Se dejan fuera de la relación los aspectos formales y procedimentales de detalle por exceder del objeto de la tesis.

A tal efecto, la fuentes de referencia son, en primer termino, los textos jurídicos interpretativos ya citados (epígrafe 7.1.2):

a) ALCSP de 21.10.2015.738

b) «Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de Contratos del Sector Público. Tribunales Administrativos de Contratación Pública». Documento de estudio presentado y aprobado en reunión de Madrid, el 1.3.2016.739

c) Dictamen del Consejo de Estado núm 1116/2015, de 10.3.2016.

d) 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 nº 66, de 17.3.2016).

e) Resolución de 6 de abril 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 la utilización del Documento Europeo Único de Contratación previsto en la nueva Directiva de contratación pública (BOE nº 85, de 8.4.2016).

f) Informe 1/2016, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, sobre Asunto: Contenidos de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, que tienen que ser de aplicación directa a partir del día 18 de abril de 2016, fecha en que finaliza el plazo para su transposición. Breve referencia a la aplicación directa de la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

En segundo término, las referencias bibliográficas son las siguientes: BASTARDO YUSTOS (2016), BERNAL BLAY (2015), CARBONERO GALLARDO (2016); DELGADO-IRRIBAREN (2008), GIMENO FELIU (2015, 2015b y 2016e), GONZÁLEZ DE OLANO y NAVARRO MANICH (2014), HERNÁNDEZ SALGUERO (2015 y 2016), HERNANDO RYDINGS (2015), LAVILLA RUBIRA (2014), MANGAS MARTÍN (1995), MARTÍNEZ FERNÁNDEZ (2014b), MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS (2016b), MORENO MOLINA (2014 y 2016), PUERTA SEGUIDO (2016), PÉREZ DELGADO y RODRÍGUEZ PÉREZ (2016), PINTOS SANTIAGO (2016), ROMAR VILLAR (2016), RUIZ COLOMÉ (1995) y SERRANO CHAMIZO (2015).

- 135.000 o **209.000 euros**, según adjudique la Administración General del Estado o sus entes, u otras entidades distintas, respectivamente; o
- **750.000 euros**, si se trata de servicios sociales o el resto de los del anexo XIV de la Directiva.

Las referencias se ubican en el TRLCSP (16) y ALCSP (22 epígrafe 5.2.1.5ª).

Dichos umbrales determinan la procedencia del **recurso especial de contratación**, cuyas referencias se localizan en el TRLCSP (40 a 49) y ALCSP (44 a 60), objeto ya de un análisis detallado (epígrafe 4.19.2).

- c) Sobre los **métodos de cálculo del valor estimado del contrato** resultarán de aplicación las determinaciones contenidas en el art. 5 de la Directiva 24, que se acomodan ya a las previsiones del TRLCSP (88). La referencia al ALCSP se encuentra en su art. 101 (analizado en el epígrafe 5.5.2.).

Hasta aquí las determinaciones derivadas de la Directiva 24 en relación con el contrato de servicios, las cuales resultarán de aplicación exclusivamente si se trata de un servicio público de carácter gratuito, esto es, aquel en el que la Administración satisface un precio como única retribución al contratista. Pero, si el servicio es financiado parcialmente por los usuarios, y las cantidades que estos abonan son percibidas por el contratista, ¿no debería reflejarse en el valor estimado del contrato? En mi opinión debería ser así, y además su trascendencia sería indudable si la valoración económica de las tasas o tarifas satisfechas, sumada al precio, determinara la superación de los umbrales comunitarios del contrato de servicios.

La solución correctora pasaría, por tanto, por aplicar el concepto que se recoge en relación con la concesión de servicios, esto es, *la renta procedente del pago de tasas y multas por los usuarios de los servicios, distintas de los recaudados en nombre del poder adjudicador* (Directiva 2014/23/UE, 8.3.a), y cuya referencia se localiza en el ALCSP (101.3.a, analizado en el epígrafe 3.5.3).

- d) En relación con los **operadores económicos** se ha de observar lo dispuesto en el art. 19 de la D 24 y las garantías que fija (no rechazo de operadores y agrupaciones de éstos); sus referencias las encontramos en el ALCSP (69 y 76) y TRLCSP (59).

- e) Hay que mencionar las **determinaciones sobre confidencialidad** que contiene el art. 21 de la Directiva 24 (documentación designada por los licitadores), bien que son correlativas a las ya recogidas en el TRLCSP (140) y que el ALCSP reproduce (133, a destacar la mención al inicio del apartado 1 del mismo al «*sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación vigente en materia de acceso a la información pública*»).
- f) Obligación de incorporar las **nomenclaturas de los contratos públicos** (art. 23 de la D 24 en relación con el Reglamento 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se aprueba el vocabulario común de contratos públicos, **CPV**).
- g) En relación con la **división de contratos en lotes** habrá que observar las determinaciones que establece el art. 46, apartados 1 y 2, de la Directiva 24, sobre la justificación de la no división y el resto de las referidas a las limitaciones del número de lotes a los que pueden presentarse los licitadores y del número de los mismos que pueden adjudicarse a un solo licitador.

En tanto que requieren de regulación por los Estados miembros, no gozarían de efecto directo las otras previsiones del art. 46.3 (oferta integrada) y 46.4 (opción de hacer obligatoria la adjudicación de contratos en forma de lotes separados).

La referencia en el ALCSP la encontramos en el art. 99 (antecedente TRLCSP, 86), objeto de análisis en relación con la concesión (epígrafe 4.3.3.2.) y con el contrato de servicios (epígrafe 5.3.3.2.), a los cuales me remito. Con todo, hay que llamar la atención sobre la trascendencia, del tema que estamos tratando; así, desde la perspectiva del servicio público, deben aquilatarse los criterios sobre naturaleza del objeto y necesidad de coordinación con la vista puesta en las prestaciones y en sus destinatarios, los usuarios del mismo, y lograr así el equilibrio entre el mandato sobre la división en lotes y la calidad del servicio a prestar.

- h) Tienen también efecto directo las **prescripciones** contenidas en la Sección II, del Título II, de la D 24, **sobre publicación y transparencia**:
 - anuncios de información previa, licitación y adjudicación de contratos (art. 48, 49 y 50);
 - redacción y modalidades de publicación de los anuncios (51);

- publicación a nivel nacional (52);
- disponibilidad electrónica de los pliegos de contratación (53);
- invitación a los candidatos (54); e
- información a los candidatos y a los licitadores (55).

i) De obligado cumplimiento resulta la previsión sobre el **documento europeo único de contratación** (DEUC), regulado en el art. 59, el cual ya ha sido objeto de un amplio desarrollo.⁸⁰⁴

Esa determinación ha desplazado el carácter potestativo según los pliegos del TRLCSP (146.4) y la referencia al DEUC en el ALCSP la encontramos en el art 141.

j) Tienen efecto directo las **determinaciones** de la Directiva 24 sobre:

- **medios de prueba** de capacidad y solvencia (art. 60, referentes TRLCSP, 72 y ss., y ALCSP, 84 y ss.);
- **recurso a las capacidades de otras entidades** (art. 63, referentes TRLCSP, 63 y ALCSP, 75);
- **reducción del número de candidatos cualificados a los que se invita a participar** (art. 65, referentes TRLCSP, 163 y ss., 177.3 y 181, y ALCSP, 160 y ss., 167.2 y 172) **y del número de ofertas y de soluciones** (art. 66, referentes TRLCSP, 150.4 *in fine*, 178.2, 182.3, y ALCSP, 145.8, 2º pfo., 167.2 y 173.3);
- **criterios de adjudicación del contrato** (art. 67, referentes TRLCSP, 150.3 y ALCSP, 145);
- **cálculo del coste del ciclo de vida** (art. 68, referente ALCSP, 145.3.a), 145.5 y 146);
- **ofertas anormalmente bajas** (art. 69, referentes TRLCSP, 152 y ALCSP, 147);
- **condiciones de ejecución del contrato** (art. 70, referentes 118 y ALCSP, 200); y

⁸⁰⁴ Así, mediante el Reglamento de ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión, de 5.1, por el que se establece el formulario normalizado del DEUC, y por la Resolución de 6 de abril 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 la utilización del Documento Europeo Único de Contratación previsto en la nueva Directiva de contratación pública* (BOE nº 85, de 8.4.2016).

- **subcontratación** (art. 71, apartados 2, 4 y 5, referentes TRLCSP, 227 y ALCSP, 213), con carácter parcial y teniendo en cuenta las reservas derivadas del carácter accesorio que se predica de la subrogación en las concesiones de servicios públicos, tal como prescribe el TRLCSP (289) y recoge el ALCSP (294), si bien ese carácter se matiza cuando se prevé la ejecución de obras y para la misma (TRLCSP, 227, 228 y 228 bis, y ALCSP, 213, 214 y 215), objeto todo ello de un análisis pormenorizado (epígrafe 4.18).

k) Incidencia del régimen de modificación de los contratos durante su período de vigencia (ex art. 72 D 24), aunque se trata de uno de los supuestos cuyo alcance, salvo en lo que se refiere a las obligaciones de publicar las modificaciones contractuales y no alterar la naturaleza global del contrato (ex art. 72.1, último inciso, y 72.1.c, ii, respectivamente), como ya se vio en relación con las concesiones (epígrafe 7.4.n), es objeto de diversidad de opiniones; así sobre:

- si el régimen de la Directiva es más flexible que la regulación del TRLCSP (105 a 107), y el efecto neutralizador de dicha apariencia en virtud de la doctrina del TJUE que la propia Directiva menciona en la Directiva 23 (CDO 107),⁸⁰⁵
- el efecto directo de las determinaciones respecto de los supuestos relativos a obras, suministros y servicios adicionales (D 24, art. 72.1.b) y a que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que un poder adjudicador diligente no podía prever (D 24, 72.1.c.i).⁸⁰⁶

Precisado todo lo anterior, hay que significar que se establece un régimen más restrictivo en el ALCSP (201-205), tal como se ha tenido oportunidad de poner de manifiesto (epígrafe 5.6.4.1).

l) Determinaciones sobre rescisión de contratos que, en términos inicialmente análogos a los de la resolución de concesiones analizada (epígrafe 7.4.p), con vistas a asegurar que los poderes adjudicadores tengan la posibilidad de rescindir un contrato público durante su período de vigencia, al menos en las circunstancias

⁸⁰⁵ Véase GIMENO FELIU (2016f: 12 y 13).

⁸⁰⁶ En el IJCCA GENCAT nº 1/2016, de 6.4, se mantiene su efecto directo (p. 22, 23, 41 y 44); nada se dice, sin embargo, por la JCCA AGE ni por los Tribunales administrativos.

que se indican a continuación y con arreglo a las condiciones determinadas por el Derecho nacional aplicable, cuando (art. 73, D 24):

- a) el contrato haya sido objeto de una modificación sustancial, que habría exigido un nuevo procedimiento de contratación con arreglo al artículo 72;
- b) el contratista hubiera estado, en el momento de la adjudicación del contrato, en una de las situaciones a que se refiere el artículo 57, apartado 1, y por lo tanto hubiera debido ser excluido del procedimiento de contratación;
- c) el contrato no hubiera debido adjudicarse al contratista en vista de la existencia de un incumplimiento grave de las obligaciones establecidas en los Tratados y en la presente Directiva, declarado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en un procedimiento con arreglo al artículo 258 del TFUE.

Siendo evidente el efecto directo de estas determinaciones, a diferencia de las concesiones, con estos contratos públicos está claro que las causas enunciadas vienen a sumarse a las previstas en la legislación española, toda vez que la Directiva las enumera añadiendo la expresión *al menos en las circunstancias que se indican a continuación*.

Sentada esta precisión, y como ya se señalara en relación con las concesiones, hay que consignar que las dos primeras tienen sus previsiones correlativas en las siguientes causas generales de resolución:

- a) Sobre la modificación contractual:
 - La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I del TRLCSP (art. 223.g, causa de resolución analizada en el epígrafe 5.8.2.1.g), en relación con el 4.13.2.9).
 - La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme al artículo 202 y 203; o cuando dándose las circunstancias establecidas en el artículo 203, las

modificaciones impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del mismo, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por ciento del precio inicial del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, según el ALCSP (art. 209.1.g, causa analizada en el epígrafe 5.8.2.1.h), con relación al 4.13.2.10).

b) Sobre la causa de nulidad de derecho administrativo:

- La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada, del adjudicatario, o el estar incurso en alguna de las prohibiciones de contratar señaladas en el artículo 60 (TRLCSF, 32.b).
- La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional; o la falta de habilitación empresarial o profesional cuando sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato; o la falta de clasificación, cuando ésta proceda, debidamente acreditada, del adjudicatario; o el estar éste incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 71 (ALCSP, 39.2.a)

En cuanto a la tercera causa, es obvio que tiene efecto directo el hecho de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictamine 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.

m) Efecto directo de las **prescripciones relativas a la adjudicación de contratos de servicios sociales y otros servicios específicos y publicación de los anuncios** (art. 74 y anexo XIV, y 75, respectivamente, de la Directiva 24, ALCSP, anexo III, A, Sección 7, epígrafe 5.3.2).

n) Finalmente, hay que recordar que también resultarán de obligado cumplimiento las **determinaciones sobre sucesión del contratista en el supuesto de que no responda a una reestructuración empresarial ni a una opción inequívoca del pliego**, lo que, al entenderse como una modificación contractual no admitida (ex D 24, 72.1.d, *a contrario*), desplaza las previsiones que se oponen del TRLCSF (85

y 226), regulación en la que persiste el ALCSP (98 y 212), lo que ha de ser objeto de corrección en los términos señalados (epígrafe 4.7.8.3).

7.6. El Decreto ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública de Cataluña

7.6.1. Aprobación, justificación y regulación en relación con la gestión contractual de servicios públicos

A) Aprobación y justificación del Decreto ley 3/2016

Con fecha 31 de mayo de 2016, el Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña aprobó el Decreto ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública, fue publicado en el DOGC núm. 7133, del 2 de junio, y entró en vigor al día siguiente (disposición final del mismo), viernes 3 de junio de 2016.

De acuerdo con el Preámbulo del referido Decreto ley, éste se justifica en base a los siguientes motivos:

- a) Falta de transposición de las Directivas comunitarias 2014/23 y 24/UE.⁸⁰⁷
- b) Evitar que la falta de transposición genere inseguridad jurídica y necesidad del Decreto ley.⁸⁰⁸

⁸⁰⁷ El Preámbulo lo expresa así (pfs. 1º a 4º, las negritas son mías):

«La **Directiva 2014/23/UE**, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de los **contratos de concesión**, y la **Directiva 2014/24/UE**, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, **sobre contratación pública**, se inspiran en la Estrategia Europa 2020 para el crecimiento inteligente, sostenible e integrador. Esta Estrategia configura la contratación pública como un instrumento que permite incidir en el mercado con el objetivo de llevar a cabo políticas para mejorar las condiciones generales que favorezcan la innovación en las empresas; fomentar la contratación pública con criterios medioambientales; mejorar el entorno empresarial, especialmente para las pequeñas y medianas empresas innovadoras, e impulsar la contratación socialmente responsable.

Junto con estos objetivos las dos directivas mencionadas también introducen medidas dirigidas a incrementar la transparencia, la simplificación y la eficiencia en los procedimientos de licitación así como medidas dirigidas a dar claridad a los conceptos y definiciones, incorporando a su articulado gran parte de la doctrina que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ido estableciendo a lo largo de los últimos años para crear un espacio común en materia de contratación pública.

Todo este conjunto de objetivos, que tienen un gran interés desde la perspectiva económica y social, **requieren su transposición al derecho interno** mediante los instrumentos oportunos. Sin embargo, **el plazo fijado para llevarla a cabo finalizó el pasado 18 de abril de 2016 sin que se haya producido la transposición de estas directivas por la legislación estatal.**

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las directivas que no hayan sido transpuestas dentro del plazo correspondiente son de aplicación directa si sus disposiciones tienen un contenido incondicional y son suficientemente claras y precisas.»

⁸⁰⁸ Preámbulo (pfs. 5º a 7º, el resaltado es mío):

«**Con el fin de evitar que la falta de transposición genere inseguridad jurídica**, la Comisión Permanente de la **Junta Consultiva de Contratación Administrativa** de la Generalidad de Cataluña, en fecha 6 de abril de 2016, ha aprobado el **Informe 1/2016**, en el cual se concretan

- c) Competencia de la Generalitat de Cataluña de acuerdo con el Estatuto de autonomía y la jurisprudencia constitucional.⁸⁰⁹

qué disposiciones de las directivas mencionadas son de aplicación directa. Con el fin de evitar dudas de interpretación, se ha emitido la **Instrucción 1/2016**, de 28 de abril, de la **Dirección General de Contratación Pública**, la cual tiene por objeto concretar los efectos de la aplicación directa de determinadas disposiciones de las directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE, de acuerdo con el Informe 1/2016 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña.

Sin embargo, ni la Instrucción ni el Informe resuelven por sí mismos todas las dudas que plantea la carencia de una norma de transposición y, por otra parte, la aplicación directa de determinados preceptos de las directivas comportan una modificación de la legislación básica con una importante repercusión tanto sobre la actividad contractual de la Administración de la Generalidad y de su sector público como también en relación con las entidades locales de Cataluña. Es el caso, por ejemplo, de la reducción de los supuestos en que se puede utilizar el procedimiento negociado sin publicidad que se deriva de la aplicación directa de los artículos 26 y 32 de la Directiva 2014/24/UE y que, si bien por una parte aporta mayor transparencia a los procedimientos de contratación, por la otra obliga a recurrir a procedimientos más largos y complejos con un impacto sustancial en la tramitación de los procedimientos de licitación, lo que impide, en un plazo relativamente breve de tiempo, hacer frente a la contratación de servicios públicos. Si tenemos en cuenta que la contratación pública representa entre un 35% y un 40% del total de los presupuestos de las administraciones públicas de Cataluña, y que gran parte de esta contratación tiene por objeto la prestación de servicios públicos que tienen una incidencia directa en el bienestar de la ciudadanía por cuanto se trata de servicios vinculados a la garantía de derechos fundamentales, como el derecho a la educación, el derecho a la salud, el derecho a la vivienda o al medio ambiente, los cuales además a menudo se deben prestar con sujeción a unos calendarios y a unas condiciones preestablecidas por la legislación, el alargamiento o la introducción de más complejidad en los procedimientos para la contratación de estos servicios puede tener un impacto muy negativo.

La situación de necesidad, por otra parte, **no resulta ni usual ni previsible** en el caso que nos ocupa en la medida que **otros estados miembros de la Unión Europea han procedido a realizar la transposición** a su derecho interno de las mencionadas directivas y que el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, de acuerdo con sus competencias, elaboró y sometió a información pública un anteproyecto de ley con la misma finalidad, el cual sin embargo, no fue finalmente aprobado.»

⁸⁰⁹ Preámbulo (págs. 8º a 11º, el destacado es mío):

«El artículo 189.3 del Estatuto de autonomía de Cataluña dispone que, en caso de que la Unión Europea establezca una legislación que sustituya la normativa básica del Estado, la Generalidad puede adoptar la legislación de desarrollo a partir de las normas europeas, y la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 ha considerado que este precepto es conforme con la Constitución española de 1978, en la medida que no afecta a la competencia básica estatal.

El artículo 159.3 del Estatuto de autonomía de Cataluña atribuye a la Generalidad competencias en materia de contratos de las administraciones públicas de Cataluña. La competencia de la Generalidad abarca, por una parte, la organización y competencias en materia de contratación de los órganos de las administraciones públicas catalanas y las reglas de ejecución, modificación y extinción de los contratos de la Administración en aquello que no esté afectado por el artículo 149.1.18 CE, que atribuye al Estado la competencia para establecer la legislación básica en materia de contratos y concesiones y, por la otra, una competencia compartida para el desarrollo de las bases estatales en el resto de la materia.

Dado que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente que el objeto de la legislación básica estatal en materia de contratación es el de proporcionar las garantías de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica que aseguren a los ciudadanos un trato común por parte de todas las administraciones públicas (SSTC 141/1993, de 22 de abril; 331/1993, de 12 de noviembre; 162/2009, de 29 de junio; 56/2014, de 10 de abril, y 84/2015, de 30 de abril, entre muchas otras), y que la Generalidad, al igual que todas las administraciones públicas, tiene una potestad de auto-organización consustancial que,

- d) Necesidad de regular cuestiones afectadas por la aplicación de las directivas y de las fórmulas no contractuales en los ámbitos de servicios sociales y ámbitos ocupacionales.⁸¹⁰

según ha señalado el Tribunal Constitucional en la STC 50/1999, de 6 de abril, comporta que las bases estatales tengan una menor extensión en la vertiente interna de las administraciones públicas (es decir, en el ámbito de la organización y las competencias) que en la vertiente externa (es decir, la de las relaciones entre la administración pública y la ciudadanía), **se considera que la Generalidad está habilitada para adoptar medidas para lograr mayor eficiencia y agilidad en la tramitación de los procedimientos de contratación.**

Esta habilitación resulta avalada además por la STC 237/2015, de 19 de noviembre de 2015, que reconoce a las comunidades autónomas competencias para introducir novedades orientadas a alcanzar una tramitación más ágil y eficaz de los procedimientos de contratación, como por ejemplo, regular un procedimiento abierto que desarrolle la base estatal, sin que puedan, sin embargo, llevar a cabo una regulación completa de nuevos procedimientos de licitación.»

⁸¹⁰ Prámbulo (pfos. 12º a 15º, el subrayado es mío):

«Asimismo, **se ha considerado necesario regular con rango de ley otras cuestiones afectadas por la aplicación directa de las directivas europeas**, como determinadas precisiones sobre el cálculo del valor estimado de las concesiones o la forma de valoración de las proposiciones económicas teniendo en cuenta el ciclo de vida de los bienes o servicios.

Por otra parte, y vistos los cambios introducidos por las directivas en la configuración de los contratos de gestión de servicios públicos, queda sin efecto la remisión de la Ley 12/2007, de servicios sociales, al Texto refundido de la Ley de contratos del sector público. Sin embargo, de acuerdo con lo que establece **la consideración séptima de la Directiva 2014/24/UE** y **la consideración sexta de la Directiva 2014/23/UE**, en relación con el artículo 14 del Tratado Fundamental de la Unión Europea y el Protocolo número 26 sobre los servicios de interés general, **los servicios sociales regulados en la Ley 12/2007**, de 11 de octubre, de servicios sociales, **y los servicios ocupacionales de la Ley 13/2015**, de 9 de julio, de ordenación de los sistemas de empleo y del Servicio Público de Empleo de Cataluña, **se podrán gestionar mediante fórmulas no contractuales**; en consecuencia, y de acuerdo con el artículo 166 del Estatuto de autonomía de Cataluña, que atribuye competencia exclusiva a la Generalidad en materia de servicios sociales, procede establecer el correspondiente régimen jurídico para la prestación de estos servicios con rango legal.

En este sentido, con el fin de dar una respuesta eficiente y eficaz a la concertación que afecta a personas vulnerables y con riesgo de exclusión social, y con el fin de garantizar los principios de atención personalizada e integral, de arraigo de la persona en el entorno social, elección de la persona y continuidad en la atención y la calidad en servicios que no admiten demora, es preciso introducir figuras, en el marco de las directivas comunitarias, que den una respuesta urgente y adecuada a la hora de proveer estos servicios.

Con respecto a los servicios ocupacionales, el despliegue de la concertación territorial, junto con la previsión de la disposición adicional sexta de la Ley 13/2015, mencionada, que prevé la necesidad de reducir el régimen de subvención como mecanismo de relación con las entidades del sistema de empleo en Cataluña para, en su lugar, fomentar el establecimiento de contratos programa y conciertos para garantizar la estabilidad de las políticas y de las diferentes entidades del sistema, todo ello unido al hecho de que es necesario dar una respuesta urgente a las necesidades de generar empleo en Cataluña, donde persiste una tasa de paro por encima de la media de los territorios de su entorno y de las economías desarrolladas, todo ello obliga a abordar la regulación de los conciertos en materia de empleo también, con el mismo espíritu que los conciertos sociales, de forma urgente y necesaria. Las políticas activas de empleo se convierten en un servicio esencial para las personas en la actual coyuntura de paro, especialmente de larga duración y concentrado en determinadas franjas de edad. Las políticas públicas tienen que dar respuesta desde la perspectiva de servicio público de forma eficiente y coherente con las necesidades de encontrar trabajo de las personas y de los territorios donde interactúan.»

B) Regulación en relación con la gestión contractual de servicios públicos.

De la regulación del Decreto ley 3/2016, interesa destacar, en relación con la gestión contractual de servicios públicos, los preceptos siguientes:

“Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación

1.1 El **objeto** de este Decreto ley es establecer **medidas** en relación con la **aplicación** de determinadas disposiciones de la **Directiva 2014/23/UE**, del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, y la **Directiva 2014/24/UE**, del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero, sobre contratación pública y por la cual se deroga la Directiva 2004/18/CE.

1.2 El **ámbito de aplicación** de este Decreto ley abarca los contratos del sector público sujetos y no sujetos a regulación armonizada que tramiten los poderes adjudicadores de la **Generalidad de Cataluña** y su sector público y **los entes locales de Cataluña y su sector público**.

Artículo 2. Contratos de gestión de servicios públicos y de concesión de obra pública

2.1 Los **contratos** de concesión de obra pública y **de gestión de servicios públicos en la modalidad de concesión** se definen **por la transferencia a la empresa concesionaria del riesgo operacional en la explotación de las obras o de los servicios**. Se entiende que se ha transferido el riesgo operacional cuando no se garantice a la empresa concesionaria, en condiciones normales de funcionamiento, la recuperación de las inversiones o los gastos que haya efectuado en el marco de la concesión.

2.2 El **plazo de duración** de las concesiones **no podrá ser superior a cinco años**. No obstante, los pliegos o los documentos que rigen las contrataciones previas a la adjudicación **pueden establecer un plazo superior** que no exceda del razonablemente necesario para que la empresa concesionaria **recupere las inversiones**, extremo que se tiene que justificar mediante un **informe económico** que debe constar en el expediente.

Artículo 3. Cálculo del valor estimado de las concesiones

3.1. **En los contratos de gestión de servicios públicos en la modalidad de concesión y de concesión de obra pública, el valor estimado del contrato se calcula en base al volumen de negocio estimado de la futura empresa**

concesionaria, como consecuencia de la adjudicación de la concesión, excluyendo el IVA y cualquier otro tributo que fuera de aplicación.

3.2 El método de cálculo para determinar el valor estimado de la concesión se debe incluir en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documentos que rigen las contrataciones, y tiene que tener en cuenta, como mínimo:

- El valor de las posibles modificaciones y las prórrogas.
- Las rentas procedentes del abono de las tarifas por parte de los usuarios, cuando no sean tarifas, tasas o precios públicos recaudados a cuenta y a ingresar al órgano contratante.
- Los pagos, subvenciones o ventajas financieras que se abonen a la empresa concesionaria por parte del órgano de contratación o de terceros, derivados de la concesión.
- Las rentas derivadas de la venta o arrendamiento de cualquier bien o activo que forme parte de la concesión.
- El valor de todos los bienes, suministros y servicios que el órgano de contratación ponga a disposición de la empresa concesionaria, siempre que sean necesarios para la prestación del servicio o la ejecución de las obras.
- Las primas o pagos a los candidatos o empresas licitadoras.

Artículo 4. Documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos de capacidad y solvencia

Las empresas licitadoras no están obligadas a acreditar documentalmente, en el momento de la presentación de ofertas, el cumplimiento de los requisitos de capacidad y solvencia. Los órganos de contratación tendrán que admitir una **declaración responsable** que sustituya la acreditación documental, o el formulario normalizado de documento europeo único de contratación. Para los contratos sujetos a regulación armonizada sólo se puede admitir, como documento sustitutorio, el formulario normalizado de **documento europeo único de contratación**.

Artículo 5. División del contrato en lotes

5.1 En los contratos en que no hay división por lotes, se tendrá que incluir en el expediente un **informe que justifique los motivos**, y hacerlo constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documentos que rigen las contrataciones.

5.2 En los pliegos o documentos que rigen las contrataciones se podrá establecer un número máximo de lotes a los que una misma empresa puede licitar, o limitar el número de lotes que se pueden adjudicar a un único licitador. En este último caso, es necesario que se establezcan los criterios para determinar cuáles o cuántos lotes se

pueden adjudicar a una misma empresa licitadora en caso de que presente la oferta más ventajosa.”

“Artículo 9. Causas de modificación de los contratos

9.1 Los contratos se podrán modificar **cuando sea necesario realizar prestaciones adicionales** que únicamente pueda llevar a cabo el contratista por razones económicas o técnicas o porque una nueva adjudicación pueda generar inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para la Administración. En cualquier caso, el límite máximo global de una modificación por esta causa será del 50% del valor inicial del contrato.

9.2 La **sucesión en la persona del contratista** por fusión, absorción, escisión, aportación o transmisión de empresa o rama de actividad, así como la **revisión de precios y la cesión del contrato** en caso que, en estos últimos supuestos, se admitan en los pliegos, se deberán tramitar como modificación de contrato.

9.3 En cualquier caso, las modificaciones del contrato se deben ajustar a lo que establecen las directivas comunitarias.”

“Disposición adicional segunda

Aquellos contratos que pudieran ser calificados como contratos de concesión de obra pública o de **gestión de servicios públicos** en la modalidad de concesión, que se liciten a partir de la entrada en vigor de este Decreto ley, y **donde no haya transferencia del riesgo operacional en los términos definidos en la Directiva 2014/23/UE**, relativa a los contratos de concesión, se deben calificar como contratos de obra o **contratos de servicios**, respectivamente.

En caso de que el contenido de las prestaciones no pueda ser incluido en ninguna de estas dos calificaciones, ni tampoco en ninguna de las otras previstas en la legislación de contratos del sector público, se podrán calificar como contratos administrativos especiales en los términos que establece la legislación vigente.

La calificación como contrato de obras o de servicios no impide la posibilidad de aplicar determinadas disposiciones de los contratos de gestión de servicios públicos, siempre que no afecten a la naturaleza del contrato ni a sus elementos esenciales.”

“Disposición adicional quinta

La **interpretación y aplicación** de la normativa vigente de contratación pública se tiene que hacer, en todo caso, **de conformidad con lo que establecen las directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE y el resto de normativa comunitaria de aplicación.**”

“Disposición transitoria primera

Hasta que no se regulen los procedimientos de licitación para los contratos de concesión de obra pública y de gestión de servicios públicos en la modalidad de concesión, así como los de los contratos relativos a servicios sociales y otros servicios específicos del artículo 74 de la Directiva 2014/24/UE, será de aplicación a estos contratos y concesiones lo que establece el Texto refundido de la Ley de contratos del sector público con las especialidades reguladas en este Decreto ley.”

7.6.2. Convalidación parlamentaria del Decreto ley 3/2016 y tramitación como proyecto de ley

El Estatuto de autonomía de Cataluña (EAC), aprobado por la LO 6/2006, de 19.7, regula el Decreto ley en los siguientes términos:

«Artículo 64 Decretos-leyes

- 1. En caso de una necesidad extraordinaria y urgente, el Gobierno puede dictar disposiciones legislativas provisionales bajo la forma de Decreto-ley. No pueden ser objeto de Decreto-ley la reforma del Estatuto, las materias objeto de leyes de desarrollo básico, la regulación esencial y el desarrollo directo de los derechos reconocidos por el Estatuto y por la Carta de los derechos y deberes de los ciudadanos de Cataluña y el presupuesto de la Generalitat.*
- 2. Los Decretos-leyes quedan derogados si en el plazo improrrogable de treinta días subsiguientes a la promulgación no son validados expresamente por el Parlamento después de un debate y una votación de totalidad.*
- 3. El Parlamento puede tramitar los Decretos-leyes como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia, dentro del plazo establecido por el apartado 2.»*

En relación con el control y la convalidación de los decretos leyes, el Reglamento del Parlamento de Cataluña (RPC) dispone lo siguiente:⁸¹¹

«Artículo 155. Procedimiento

⁸¹¹ Texto refundido publicado en el Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña (BOPC) núm. 664, del 30.7.2015; véase <http://www.parlament.cat/document/cataleg/165485.pdf>

1. *El debate y la votación sobre la convalidación o derogación de un decreto ley, de conformidad con el Estatuto de autonomía, debe celebrarse en el Pleno del Parlamento o en la Diputación Permanente, en el plazo de treinta días a partir de su promulgación. La inclusión de un decreto ley en el orden del día de una sesión puede realizarse tan pronto como haya sido publicado en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya.*
2. *Un miembro del Gobierno ha de exponer ante la cámara las razones de promulgación del decreto ley; acto seguido se celebra un debate de totalidad.*
3. *Finalizado el debate, se procede a la votación; se entiende que los votos afirmativos son favorables a la convalidación y que los negativos son favorables a la derogación.*
4. *Convalidado un decreto ley, el presidente pregunta si algún grupo parlamentario solicita su tramitación como proyecto de ley. En caso afirmativo, la solicitud se somete inmediatamente a la decisión de la cámara; si esta se pronuncia a favor, se tramita como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia. No pueden tramitarse enmiendas de totalidad de devolución.*
5. *La Diputación Permanente puede tramitar como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia los decretos leyes que el Gobierno dicte en los períodos entre legislaturas.*
6. *El acuerdo de convalidación o derogación de un decreto ley debe publicarse en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya.»*

Sobre el desarrollo del procedimiento de control y convalidación del Decreto ley 3/2016 cabe destacar lo siguiente:⁸¹²

1º La discusión parlamentaria al respecto tuvo lugar en la sesión celebrada el 13 de julio de 2016.

2º En el curso de la misma se acordó convalidar dicho Decreto ley, que contó con 86 votos a favor y 46 en contra, sin ninguna abstención.⁸¹³

⁸¹² Sobre el desarrollo parlamentario véase <http://www.parlament.cat/web/activitat-parlamentaria/siap/index.html?STRUTSANCHOR1=detallExpedient.do&criteri=203-00004/11&ad=1>

Para las intervenciones de los parlamentarios, a las que luego se hará referencia, véase Diario de sesiones del Parlamento de Cataluña (DSPC), sesión 20, correspondiente al 13.7.2016 (p. 27 a 41); accesible en; <http://www.parlament.cat/document/dspcp/173411.pdf#>

⁸¹³ A favor votaron los grupos parlamentarios de *Junts pel Sí*, *Socialista* y *Catalunya Sí que es Pot*; en contra, los grupos de *Ciutadans*, *Popular* y *Candidatura d'Unitat Popular – Crida Constituent*.

3º Así mismo, el Parlamento de Cataluña acordó que se tramitara como proyecto de ley el texto del Decreto ley convalidado, al amparo de los art. 64.3 y 155.4 del EAC y RPC citados; dicho acuerdo fue adoptado por 131 votos a favor, sin ningún voto en contra ni abstención.

7.6.3. Valoración del Decreto ley 3/2016 ⁸¹⁴

A) Consideraciones generales

La primera cuestión que deber ser abordada es la relativa a si concurre la *necesidad extraordinaria y urgente* que el art. 64.1 del EAC demanda para que el Gobierno de Cataluña pueda dictar una disposición legislativa provisional bajo la forma de decreto-ley. Sobre esta actuación pueden formularse las siguientes consideraciones:

1ª Tal como señaló el Consejo de Garantías Estatutarias, en relación con el análisis de la *urgencia*, «la jurisprudencia constitucional expresa reiteradamente que este elemento se vincula a la imposibilidad de implementar el contenido de la regulación mediante el procedimiento parlamentario ordinario previsto para el resto de iniciativas legislativas, de modo que el Gobierno solo está legitimado para recurrir al decreto-ley cuando por la vía de la tramitación parlamentaria de naturaleza más urgente no fuera razonablemente viable o posible alcanzar los objetivos perseguidos por la acción normativa (STC 137/2011, de 14 de septiembre, FJ 4; 68/2007, de 28 de marzo, FJ 6, entre otros), y, con respecto a nuestra doctrina consultiva, el DCGE 7/2010, de 22 de abril (FJ 3 y 4)» (Dictamen núm. 16/2014, de 11.7, FJ tercero, 3).

2ª Por lo que se refiere al otro elemento, el mismo órgano consultivo precisa que «la *naturaleza extraordinaria de la necesidad* ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional y por la doctrina consultiva como el supuesto extraordinario en el que una situación coyuntural de difícil previsión requiere una intervención normativa inmediata por parte del Gobierno para hacer frente a los objetivos de gobernabilidad (por todos, ATC 43/2014, de 12 de febrero, FJ 4, y DCGE 15/2014, FJ 2.3), y es suficiente, con respecto al alcance de la necesidad, que se trate de necesidades que

⁸¹⁴ Referencias bibliográficas: BARCELÓ SERRAMALERA (2011: 240-243), BARCELÓ SERRAMALERA Y DOMÍNGUEZ GARCÍA (2011: 539-542), BLANCO LÓPEZ (2016), CIUTAT CORONADO (2016), COLET AREAN (2016), CORRETJA TORRENS (2016) y SALA CANTARELL (2016).

se originan en las tareas concretas y habituales del Gobierno y que no es necesario que sean necesidades extremas o absolutas (STC 6/1983, de 4 de febrero, FJ 5). Además, la doctrina jurisprudencial, aunque adopta en algunos casos un test de valoración más estricto, se ha mostrado, en conjunto, deferente con la aceptación del uso del decreto-ley, especialmente cuando se trata «de las actuaciones desarrolladas en los ámbitos de la política social y económica» (STC 68/2007, de 28 de marzo, FJ 12) o en circunstancias de especial coyuntura económica, que exigen una respuesta normativa urgente, siempre y cuando estas hayan sido debidamente expuestas y justificadas en el texto de la disposición» (Dictamen núm. 16/2014, FJ segundo, 2).

3ª A la luz de tales reflexiones, y contrastado el Preámbulo del Decreto ley 3/2016, lo cierto es que se argumenta en pro de la *necesidad* del mismo aludiendo a la no transposición en plazo de las Directivas comunitarias, para evitar que se genere inseguridad jurídica y a fin de regular las fórmulas no contractuales en los ámbitos de servicios sociales y ámbitos ocupaciones y su régimen transitorio. De los tres factores, el último es el que fue apreciado de manera más generalizada en el debate parlamentario sobre la convalidación.⁸¹⁵

Respecto de los otros dos, es obvio que la demora en la transposición por parte de los poderes generales del Estado era reprochable y su correlato de inseguridad jurídica indiscutible. Dicho lo cual, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las directivas que no hayan sido transpuestas dentro del plazo correspondiente son de aplicación directa si sus disposiciones tienen un contenido incondicional y son suficientemente claras y precisas, como reconoce el propio Decreto ley 3/2016 (Preámbulo, pfo. 4º). En razón de esta máxima, no requerirían inexcusablemente de una norma, salvo en aquellos supuestos en que se planteen dudas, no ya sobre su efecto directo, sino sobre su sentido. Y tal es el caso, a mi entender, de las determinaciones referidas a la imposibilidad de acudir al procedimiento negociado por razón de la cuantía (Preámbulo, pfo.6º y art.7) y a las causas de modificación de los contratos (art. 9).⁸¹⁶

⁸¹⁵ Así, destacan las intervenciones en su defensa de ROMERO LLANO y VIDAL POU, parlamentarios de PSC y *Catalunya Sí que es Pot*, respectivamente, ambos grupos en la oposición; véase DSPC núm. 20, de 13.7.2016 (p. 32 y 33).

⁸¹⁶ Se trata de dos supuestos en los que la JCCA de la GENCAT (Informe 1/2016, conclusiones II, apartados 3º y 4º) se aparta del criterio de la JCCA de la AGE y del parecer de los Tribunales Administrativos de Contratación Pública que no aprecian el efecto directo de los mismos.

4ª En cuanto a la *urgencia* hay dos datos significativos: no se menciona ni en el Preámbulo del Decreto Ley 3/2016, ni en la intervención del *Conseller d'Afers Exteriors, Relacions Institucionals i Transparència*), ROMEVA i RUEDA, en el curso de la sesión en que fue convalidado.⁸¹⁷

No es de extrañar, por ello, que ese sea uno de los reproches que se formulen en la discusión parlamentaria, tanto por los grupos que se oponen a la convalidación del Decreto ley, como incluso por alguno de los que acabarían votando a favor.⁸¹⁸

Porque es que, al final, el elemento que resultaría relevante para la convalidación del Decreto ley 3/2016 fue su tramitación posterior como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia (ex 64.3 EAC y RPC, 155.4), decisión que concitaría el voto unánime de los 131 miembros presentes en la Cámara.⁸¹⁹

La segunda *cuestión general* a analizar es la *competencial*, tanto en su vertiente relativa a la ejecución del Derecho comunitario, como en sus dimensiones objetiva y subjetiva, al respecto de las cuales cabe señalar lo siguiente:

i) Respecto de la competencia de la Comunidad Autónoma de Cataluña, la cuestión está resuelta en este período transitorio con la aplicación del art. 189.3 del EAC, como bien invoca el propio Decreto ley (Preámbulo, pfo. 8º, antes transcrito). Efectivamente, como recuerdan las SSTC 4/1988 (FJ 4t) i 31/2010 (FJ 123): «*no existe razón alguna para objetar que la Comunidad Autónoma ejecute el Derecho de la Unión Europea en el ámbito de sus competencias, tal como dispone con carácter general el art. 189.1 EAC, y, en consecuencia, tampoco, en principio, para que pueda adoptar, cuando ello sea posible, legislación de desarrollo a partir de una legislación europea que sustituya a la normativa básica del Estado en una materia. Ahora bien, una concepción constitucionalmente adecuada del precepto implica siempre la salvaguarda de la*

⁸¹⁷ Dicha intervención se recoge en el DSPC núm. 20, de 13.7.2016 (p 27 a 29).

⁸¹⁸ Así, entre los que votaron en contra, por las diputadas BRAVO SOBRINO de *Ciutadans* y GARCÍA GONZÁLEZ del Partido Popular y el diputado SALELLAS VILAR (de la *Candidatura d'Unitat Popular-Crida Constituent* (DSPC, núm. 20 de 13.7.2016, p. 30, 35 y 38, respectivamente), y por VIDAL POU de *Catalunya Sí que es Pot*, que lo hizo a favor, tras manifestar que «nosotros solo interpretamos que queda resuelta esta urgencia en la disposición transitoria segunda, que es la que habilita a prorrogar los servicios que están prestando en la actualidad las entidades del tercer sector, que son las que se podrían ver directamente afectadas si no lo aprobamos» (DSPC, núm. 20, p. 33).

⁸¹⁹ Véase al respecto las intervenciones de ROMERO LLANO y VIDAL POU, parlamentarios de la oposición del PSC y *Catalunya Sí que es Pot* (DSPC núm. 20, del 13.7.2016, p.33 y 35, respectivamente) y la referencia a la votación (idem, p. 47).

*competencia básica del Estado en su caso concernida, que no resulta desplazada ni eliminada por la normativa europea, de modo que el Estado puede dictar futuras normas básicas en el ejercicio de una competencia constitucionalmente reservada, pues, como señala el Abogado del Estado, la sustitución de unas bases por el Derecho europeo no modifica constitutivamente la competencia constitucional estatal de emanación de bases».*⁸²⁰

ii) También supone el ejercicio de *competencias propias* las referidas a los *ámbitos objetivo y subjetivo* en materia de *contratos de las administraciones públicas de Cataluña*, lo que incluye a las locales (ex EAC, 159.3, como recoge el Preámbulo del Decreto ley, pfs. 9 y 10, antes reproducidos).

B) Consideraciones sobre los aspectos sustantivos en relación con la gestión contractual de servicios públicos

Respecto de la regulación de los aspectos sustantivos del Decreto ley 3/2016, en relación con la gestión contractual de servicios públicos, pueden formularse las siguientes consideraciones:

- a) Sobre los **contratos de gestión de servicios públicos** en la modalidad de **concesión**, definidos por la transferencia a la empresa concesionaria del riesgo operacional en la explotación de los servicios (art. 2.1), simplemente cabe señalar que reproduce parcialmente la Directiva (art. 5.1.b, pfo. 2º), objeto de análisis pormenorizado y completado con el del ALCSP (epígrafes 2.3 y 4.2).
- b) Respecto de la **DA 2ª: contratación de la gestión de servicios públicos en que no se transfiera el riesgo operacional al contratista.**

En una primera lectura pudiera parecer que la regulación de la disposición adicional segunda (transcrita en el epígrafe 7.6.1.B), suponía positivizar, para los supuestos de no transferencia del riesgo operacional al contratista, la opción en favor del descarte de las modalidades del contrato de gestión de servicios

⁸²⁰ Véase BARCELÓ SERRAMALERA y DOMÍNGUEZ GARCÍA (2011: 541)

públicos distintos de la concesión (gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta), y su subsunción en el contrato de servicios.⁸²¹

Sin embargo, un análisis contextualizado me lleva a considerar que dicha DA 2ª se tiene que interpretar en el sentido que resulta de las consideraciones siguientes:

b.1) La Recomendación de la JCCA de la AGE de 15.3.2016 prescribe lo siguiente:

«En este sentido esta Junta Consultiva considera que a partir del 18 de abril cuando en un contrato que tenga por objeto prestaciones de hacer no se dé una «transferencia del riesgo operacional» en el sentido del artículo 5.1 DC, el mismo deberá regirse (siempre y cuando merezca la consideración de «contrato de servicios sujeto a regulación armonizada» con arreglo a lo indicado en el apartado 3.1.2): (i) con arreglo a las normas con efecto directo que la DN establece para los contratos de servicios; (ii) en segundo lugar con arreglo a las normas que el TRLCSP establece para los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada; y (iii) por último se aplicarán las normas del TRLCSP correspondientes al contrato de gestión de servicios públicos.

Por último, a título aclaratorio conviene indicar que a los contratos de gestión de servicios públicos que no merezcan la consideración de sujetos a regulación armonizada (de acuerdo con el apartado 3.1.5) y que, sin embargo, sí puedan tipificarse como tales contratos de conformidad con el TRLCSP, se les seguirán aplicando las normas de esta Ley correspondientes a los contratos de gestión de servicios públicos.» (apartado 3.1.5.2., a), *in fine*).

Como puede observarse, la Recomendación de la Junta efectúa unas remisiones a: “(i) con arreglo a las normas con efecto directo que la DN establece para los contratos de servicios; (ii) en segundo lugar con arreglo a las normas que el TRLCSP establece para los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada”, remisiones ambas que se refieren a determinaciones destinadas a asegurar, en primer término, la observancia de los principios de publicidad,

⁸²¹ Esto es, la tesis restrictiva plasmada en el ALCSP/O/2015 que rechazo, y respecto de la cual el Consejo de Estado ha formulado una objeción esencial, como ya se ha glosado de manera exhaustiva (por todos, epígrafe 5.9).

conurrencia y objetividad en la preparación y ejecución de los procesos de selección y adjudicación de los contratos (Directiva 24) y, en segundo, la vigente regulación en tal sentido referida a los contratos de servicios armonizados (TRLCSF, 13, 16, 21.1, 37.1, 40.1.a), 55.1, 80.1, 81.1, 112. 2., *in fine*, 137.1, 142.1, 152. 2, *in fine*, 154.2, *in fine*, 159.1, 164.1, 167.1, 170.c), 184.4, 190.1, 195, 197.2, 202.2 y DA1ª. 4). Y en el apartado (iii), para terminar, prescribe que se aplicarán las normas del TRLCSF correspondientes en el contrato de gestión de servicios públicos, lo que remite a su régimen jurídico (*ex art.* 275 a 289).

b.2) El Informe de la JCCA de la GENCAT 1/2016, de 6.4.2016, formula, de manera inequívoca, la siguiente conclusión:

«Con respecto a los contratos de concesiones de servicios y de obras, su plazo de duración a partir del 18 de abril se debe adecuar a lo que prevé el artículo 18 de la Directiva 23/2014/UE, de manera que los poderes adjudicadores tienen que calcular la duración en función de las obras o servicios que constituyen su objeto, estableciéndose un plazo general de duración de cinco años, con posibilidad de superarlo sin exceder el tiempo razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas, junto con un rendimiento sobre el capital invertido; **y la regulación en el ámbito comunitario de las concesiones de servicios no comporta la desaparición de la categoría de contrato de gestión de servicios públicos, continuando vigentes las modalidades recogidas actualmente en el artículo 277 del TRLCSF que no tengan encaje en el concepto de concesión cuando no haya una transmisión del riesgo operacional relacionado con la prestación del servicio público**» (último párrafo del Informe, las negritas son mías).

b.3) Asimismo, en la línea interpretativa señalada se han de añadir las opiniones siguientes:

- i) En el curso de la Jornada sobre *'Las directivas sobre contratación del sector público: efecto directo y otras cuestiones de actualidad. El decreto ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública'*, celebrada el 21.6.2016 y organizada por la Asociación Catalana de Municipios, las manifestaciones formuladas por:⁸²²

⁸²² <http://www.acm.cat/noticia/942/200/persones/interessen/directives/contractacio/sector/public>

- La Directora General de Contratación Pública de la Generalitat de Cataluña, MERCÈ CORRETJA I TORRENS, en el sentido que el Decreto ley 3/2016 no incide en las modalidades del contrato de gestión de servicios públicos diferentes de la concesión, esto es, la gestión interesada, el concierto y la sociedad de economía mixta que continúan vigentes para los supuestos en que no se produce transferencia del riesgo operacional al contratista.

- La Jefa de la Secretaría Técnica de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, NEUS COLET I ARLAN, que, entre los aspectos a destacar de la aplicación directa de la Directiva, señala los siguientes:
 - Se desplaza la categoría de contrato de GSP en la modalidad de concesión, aunque, hasta la transposición expresa, el régimen jurídico vigente del Derecho interno para el contrato de GSP se sigue aplicando, en todo lo que no contradiga la Directiva.

 - No desaparece la categoría de contrato de GSP, y continúan vigentes las modalidades que no encajen en el concepto de concesión.

 - Cuando el objeto de la concesión sea un servicio no público, se aplicarán los preceptos de la Directiva con efecto directo y los del TRLCSP aplicables a los contratos de servicios en tanto que no los contradigan.

- ii) La opinión emitida por ANNA CIUTAT I CORONADO en el artículo “La necesidad de un decreto ley de medidas urgentes en materia de contratación pública”, publicado en la *Revista Catalana de Derecho Público (Blog)*, el 29.6.2016. En este artículo, y a los efectos de la duda planteada, afirma lo siguiente:

“En cuanto a las modalidades de gestión de servicios públicos mediante concierto, gestión interesada o sociedad de economía mixta, el decreto ley no incide, ya que no son contratos de concesión en los términos definidos en la Directiva 2014/23/UE y, por lo tanto, se tiene que interpretar que siguen

siendo contratos vigentes, en el marco del texto refundido de la Ley de contratos del Sector Público.”⁸²³

b.4) Finalmente, esta es la única interpretación conforme con la Constitución y el Estatuto de Autonomía de Cataluña, atendido que:

b.4.1) Concuerda con la regulación básica de la LBRL, cuyo art. 85.2 dispone (en la redacción dada por la LRSAL/2013), en relación con el art. 149.1.18 CE, lo siguiente:

«Artículo 85.

1. *Son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias.*

2. Los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación:

A) *Gestión directa:*

a) *Gestión por la propia Entidad Local.*

b) *Organismo autónomo local.*

c) *Entidad pública empresarial local.*

d) *Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.*

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.

⁸²³ Accesible en <https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2016/06/29/la-necessitat-dun-decret-llei-de-mesures-urgents-en-materia-de-contractacio-publica-anna-ciutat/>

ANNA CIUTAT I CORONADO es Abogada de la Generalitat en excedencia y Subdirectora General de Seguimiento y Evaluación de la Contratación Pública, la cual está integrada en la Dirección General de Contratación Pública del Departamento de Asuntos y Relaciones Internacionales y Exteriores y Transparencia, Consejería a propuesta de la cual se aprobó el Decreto ley 3/2016.

B) Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

La forma de gestión por la que se opte deberá tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 9 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, en lo que respecta al ejercicio de funciones que corresponden en exclusiva a funcionarios públicos.»

b.4.2) Es la interpretación que se corresponde con el art. 249 del Text refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña (TRLCat/2003), que prescribe lo siguiente (en la redacción dada por la L 16/2015):

«Artículo 249 Gestión del servicio público

1. La facultad de establecer el sistema de gestión de los servicios públicos corresponde a la potestad de autoorganización de los entes locales.

2. Los servicios públicos de competencia local deben gestionarse, de la forma más sostenible y eficiente, directa o indirectamente.

3. La gestión directa de los servicios públicos puede realizarse mediante las siguientes formas:

a) Gestión del propio ente local.

b) Organismo autónomo local.

c) Entidad pública empresarial local.

d) Sociedad mercantil local con capital social íntegramente público.

4. Solamente puede hacerse uso de las formas a las que se refieren las letras c y d del apartado 3 si queda acreditado, con una memoria justificativa elaborada a tal efecto, que son más sostenibles y eficientes que las formas establecidas por las letras a y b, teniendo en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión, en los términos de la normativa de régimen local.

5. La gestión indirecta de los servicios públicos puede realizarse mediante cualquiera de las formas establecidas por la normativa de contratos del sector público para el contrato de gestión de servicios públicos.

6. Los servicios públicos locales que implican el ejercicio de potestades públicas o la salvaguardia de los intereses generales de las entidades locales no pueden prestarse por gestión indirecta ni tampoco mediante una sociedad mercantil con capital íntegramente público.»

Sobre el precepto transcrito hay que recordar que forma parte de un texto normativo integrante de las denominadas *leyes de desarrollo básico del Estatuto*, en razón de lo cual su derogación o modificación no puede ser objeto de decreto ley (ex EAC, art. 62.1 en relación con el 2.3 y 64.1).⁸²⁴

b.4.5) Por todo ello, en conclusión, en el supuesto de que el objeto del contrato sea un servicio público y no se transfiera el riesgo operacional al contratista, habrá que acudir a la modalidad más adecuada del contrato de gestión de servicios públicos diferente de la concesión, esto es, la gestión interesada, el concierto o la sociedad de economía mixta, en función de las circunstancias concretas del caso y la concurrencia del elemento relevante que caracteriza a cada una de las referidas modalidades, y con observancia de las prescripciones ya citadas (epígrafe b.1, *in fine*).⁸²⁵

⁸²⁴ Véase el Dictamen del Consejo de Garantías Estatutarias núm. 16/2014, de 11.7, sobre el Decreto ley 3/2014, de 17 de junio, por el cual se establecen medidas urgentes para la aplicación en Cataluña de la L 27/2013, de 27.12, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local; concretamente sus fundamentos jurídicos segundo. 3 y tercero.1, del último de los cuales se seleccionan los párrafos siguientes (las negritas son mías):

- «(...) la Ley 8/1987, de 15 d'abril, municipal y de régimen local de Catalunya, integrada actualmente en el Decreto legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el **Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña**, y que se configura actualmente como la norma principal en materia de régimen local, fue aprobada con el carácter de **ley de desarrollo básico del Estatuto**, de acuerdo con el EAC de 1979, tal como se expresa en el párrafo sexto de su exposición de motivos. Y tampoco podemos obviar el hecho de que el Proyecto de ley de gobiernos locales de Cataluña (BOPC núm. 141, de 9 de septiembre de 2013), actualmente en tramitación parlamentaria, expresa claramente en su exposición de motivos que, «[...] por razón de la materia que regula, esta Ley tiene la condición de ley de desarrollo básico del Estatuto, **de acuerdo con los artículos 2.3 y 62.2 del Estatuto**».

- “En consecuencia, este análisis nos remite necesariamente a la **materia del artículo 2.3 EAC, la cual queda vedada a la regulación mediante la figura del decreto ley**, por lo que hemos de concluir que, en estos preceptos, el Decreto ley 3/2014, de 17 de junio, vulnera los límites materiales de la figura del decreto ley del artículo 64.1 EAC.”»

⁸²⁵ Sobre los elementos relevantes que caracterizan a cada una de las referidas modalidades, en síntesis, son los siguientes:

- la inclusión de una cláusula de interesamiento y la articulación de la retribución del contratista (gestión interesada);
- la solvencia técnica acreditada por el prestatario, que aporta sus instalaciones o sus servicios, unida a una determinación precisa del pago por su utilización (concierto); y
- la participación societaria conjunta de una entidad pública con un privado, que aporta capital como inversión y las técnicas de gestión (sociedad de economía mixta).

Como sea que no es posible utilizar, actualmente, la figura del arrendamiento (ex STC 161/2013, de 26.9, FJ 13, y derogación art. 258 a 268 del TRLCat/2003 y nueva redacción del 249 antes transcrito), y ante la especificidad de las otras dos, la modalidad de gestión indirecta que muestra más funcionalidad es el concierto en atención a su esquema simple de bilateralidad, concretado en unas prestaciones que el contratista ofrece a cambio de una contraprestación económica, al tiempo que asegura la aplicación de un régimen jurídico que garantiza la continuidad y regularidad en la prestación del servicio público y los derechos de los

- c) Con relación al **plazo de las concesiones** se dispone que no podrá ser superior a cinco años, aunque se añade que, no obstante, los pliegos o los documentos que rigen las contrataciones previas a la adjudicación pueden establecer un plazo superior que no exceda del razonablemente necesario para que la empresa concesionaria recupere las inversiones, extremo que se tiene que justificar mediante un informe económico que debe constar en el expediente (art. 2.1 del Decreto ley).

Respecto de esta previsión debe señalarse que coincide parcialmente con la Directiva 2014/23/UE (CDO. 52 y art.18), que no establece la limitación, sino la exigencia de que las concesiones de duración superior se limiten al período necesario para recuperar las inversiones, junto con un rendimiento sobre el capital invertido y teniendo en cuenta los objetivos contractuales específicos. El Decreto ley ha venido a reproducir la previsión del ALCSP/O/2015, objetada por el Consejo de Estado en su Dictamen núm. 1116/2015, de 10.3.2016, en los términos ya comentados en relación con la duración de los contratos de concesión (epígrafe 4.3.4).

- d) Por lo que se refiere al **cálculo del valor estimado de las concesiones** (art. 3 del Decreto ley), baste únicamente con mencionar que concuerda con el art. 8.3 de la Directiva 2014/23/UE, bien que con el relevante añadido de que, para determinar ese valor estimado de la concesión, además de considerar el *de todos los suministros y servicios que sean necesarios para la prestación* (apartado f del 8.3 de la Directiva), debe incluirse también -en congruencia con la regla del volumen total de negocios del VEC (art 8.2. 1r pfo. de la misma)- el de las *obras* que los poderes o entidades adjudicadores pongan a disposición del concesionario y resulten precisas, supuesto que desde luego se da siempre que constituyan el inmueble donde se desarrolla tal prestación.⁸²⁶

- e) **Respecto de las previsiones sobre la división en lotes** (art. 5 del Decreto ley) hay que precisar que tal división está prevista en la Directiva 2014/24/UE, sobre

usuarios y, admite, sin quebranto de su naturaleza, la eventual posibilidad de percibir de éstos unas tarifas que financien parcialmente el servicio.

Sobre el análisis detallado de esas modalidades, así como las posibilidades, de *lege ferenda*, del arrendamiento, véanse los epígrafes 6.2.2. a 6.2.6.

⁸²⁶ Tal precisión, pues, debe añadirse a los contenidos en el ALCSP (101.3. f), a cuyo análisis me remito para la valoración del VEC en las concesiones (epígrafe 4.3.5.3).

contratación pública, que exige motivación si no se efectúa (art. 46.1), pero no en la Directiva 2014/23/UE, sobre adjudicación de concesiones. Y es por ello que el ALCSP/O/2015 no exige la justificación de la no división en lotes en las concesiones, cuestión que ya ha sido examinada tanto respecto de éstas (epígrafe 4.3.3.2), como del contrato de servicios (epígrafes 5.3.3.2 y 7.5.4.g).

En términos análogos, respecto de las posibilidades de establecer un número máximo de lotes a los que una misma puede licitar, o limitar el número de lotes que se pueden adjudicar a un único licitador, debe consignarse que concuerda con la Directiva 24 (46.2), sin que haya una previsión correlativa en la de concesiones.

f) Sobre las causas de modificación de los contratos

El Decreto ley 3/2015 dispone la aplicación de dos causas de modificación de los contratos (art. 9) al considerarlas efecto directo de las Directivas. Así, respecto de la primera, en cuanto a las determinaciones sobre los supuestos relativos a obras, suministros y servicios adicionales (D 23, art. 43.1.b y D 24, 72.1.b), si bien establece un régimen más restrictivo que el de las Directivas, al fijar el límite máximo global de la modificación en el 50% del valor inicial del contrato. Esa restricción viene a coincidir con las previsiones del ALCSP/O/2015, objeto de estudio pormenorizado al cual me remito (epígrafe 4.9.5.4. B.3). Debe añadirse que la consideración sobre el efecto directo de esta causa no es pacífica, pues la defendía ya la JCCA de la GENCAT en su Informe 1/2016, lo que no era compartido por la JCCA de la AGE ni por los Tribunales administrativos, como ya se ha tenido oportunidad de señalar (epígrafes 7.4.n y 7.5.4.k).

La segunda causa se centra en la sucesión en la persona del contratista por fusión, absorción, escisión, aportación o transmisión de empresa o rama de actividad, así como la revisión de precios y la cesión del contrato en caso de que, en estos últimos supuestos, se admitan en los pliegos, y respecto de las cuales se establece que se deberán tramitar como modificación de contrato. A diferencia de la anterior, sí hay coincidencia en relación con el efecto directo de las determinaciones comunitarias sobre sucesión del contratista en el supuesto de que no responda a una reestructuración empresarial ni a una opción inequívoca del pliego, lo que, al entenderse como una modificación contractual no admitida (ex D 23, 43.1.d, y D 24, 72.1.d, a contrario), desplaza las previsiones que se

oponen del TRLCSP (85 y 226), regulación en la que, como se señaló, persiste el ALCSP (98 y 212), lo que ha de ser objeto de corrección en los términos señalados (epígrafe 4.7.8.3).

g) Fórmulas no contractuales para la gestión de los servicios sociales y los servicios ocupacionales; remisión

Tal como ya se ha adelantado, el Decreto ley 3/2016 introduce una novedosa regulación respecto de los servicios sociales y los servicios ocupacionales, amparada en lo que establecen las consideraciones séptima de la Directiva 2014/24/UE y sexta de la Directiva 2014/23/UE, en relación con el artículo 14 del Tratado Fundacional de la Unión Europea y el Protocolo número 26 sobre los servicios de interés general. Esta regulación se glosa en el Preámbulo (pfs. 13 a 15, antes transcritos) y se localiza en las disposiciones adicionales tercera y cuarta y en la disposición transitoria segunda y constituye uno de los elementos esenciales de la norma dictada por el Gobierno y convalidada por el Parlamento, como apreciaron los diputados en el curso de la sesión en que la convalidación tuvo lugar.⁸²⁷ Al tratarse de fórmulas no contractuales (concierto social y gestión delegada), sin embargo, su estudio queda fuera del objeto de esta tesis.⁸²⁸

⁸²⁷ Sobre las intervenciones parlamentarias, todos se refirieron a esa temática excepción hecha de la diputada GARCÍA GONZÁLEZ (PP) y el diputado BEL I QUERALT (*Junts pel Sí*), véase el DSPC núm 20, del 13.7.2016 (p. 27 a 41).

⁸²⁸ El Gobierno de Aragón aprobó el Decreto-Ley 1/2016, de 17 de mayo, sobre acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario, fórmula definida también como no contractual. En la sesión de 2.6.2016, las Cortes de Aragón acordaron la convalidación del citado Decreto-Ley y acordaron su tramitación como Proyecto de Ley, al amparo del art. 44.2 y.3 de su Estatuto de Autonomía (BOA del 13.6.2016). Esta modalidad es definida así:

«Las formas de prestación de los servicios a las personas de carácter social o sanitario que se establece mediante este Decreto-ley se basan en una concepción equilibrada de gestión directa, indirecta y acción concertada que garantiza la aplicación de la normativa de contratación del sector público, con la economías que genera, siempre que los operadores económicos actúen en el mercado con ánimo de lucro y, consecuentemente, incorporando a los precios beneficio industrial. La acción concertada se limita por ello, en el marco de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a entidades sin ánimo de lucro, limitándose su retribución al reintegro de costes y siempre en el marco del principio de eficiencia presupuestaria. De este modo, la posible prestación de servicios en régimen de gestión directa, objetivando los costes, en gestión indirecta recurriendo al mercado para la determinación de los precios y en régimen de acción concertada mediante módulos permitirá un adecuado control de los costes de las diferentes prestaciones que además, conforme a este Decreto-ley, deberán ser transparentes y publicarse periódicamente. La filosofía que subyace en el presente Decreto-ley, por tanto, es simple: Si un operador económico aspira legítimamente a obtener un beneficio empresarial, un lucro, como consecuencia de su colaboración con la Administración en la prestación de servicios a las personas sólo podrá hacerlo en el marco de un proceso de contratación» (EM, pfo. 5º).

Esa configuración se completa con la regulación siguiente:

7.7. Recapitulación: un período transitorio de incierta duración.

Las elecciones de diciembre de 2015 habían de permitir la continuidad de la normalidad parlamentaria y, como consecuencia de ello y entre otros, el cumplimiento de los compromisos sobre la transposición de las Directivas comunitarias 2014/23,24 y 25/2014 y la aprobación de la nueva ley de contratos del sector público (LCSP). Los resultados habidos y la no conformación de una mayoría suficiente en el Congreso de los Diputados que resolviera la investidura gubernamental abocaron a la celebración de unas nuevas elecciones en junio de 2016, en la esperanza de que se clarificara el escenario político.

Sin embargo, tampoco de esta nueva cita electoral ha surgido una mayoría que, al cierre de esta tesis, permita la elección de un presidente que forme un gobierno que pueda aprobar el proyecto de la nueva LCSP para su remisión al Congreso y posterior tramitación parlamentaria. Efectivamente, celebrado el 30 de agosto de 2016 el primer debate de investidura, el candidato propuesto por el Rey y líder del Partido Popular, MARIANO RAJOY BREY, no alcanzó los 176 votos de los Diputados que demanda la mayoría absoluta exigida en primera votación (*ex CE, 99.3, 1r inciso*). Sometida la misma propuesta a nueva votación el 2 de septiembre siguiente, en que bastaba la mayoría simple (*ex CE, 99.3, 2º inciso*), dicho candidato recibió un número de votos insuficiente para obtener la confianza del Congreso, lo que abrió un compás de espera cuya duración era incierta.

En este período transitorio, no le resulta posible al Gobierno en funciones ejercer la facultad de aprobar el Proyecto de Ley de contratos del sector público y su remisión al Congreso de los Diputados (*ex 21.5.b y 22.4 de la L 50/1997*), por lo que esa iniciativa queda pospuesta hasta tanto se resuelva la investidura gubernamental.

*«Artículo 2 Prestación de servicios a las personas
Las Administraciones competentes podrán gestionar la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario de las siguientes formas:
a) Mediante gestión directa o con medios propios.
b) Mediante gestión indirecta con arreglo a alguna de las fórmulas establecidas en la normativa sobre contratos del sector público.
c) Mediante acuerdos de acción concertada con entidades públicas o con entidades privadas sin ánimo de lucro.»*

Mientras se soluciona este *embrollo político*, el deber de transposición de las Directivas sigue incumplido y, más allá de las posibles consecuencias sancionadoras que de ello puedan derivarse, los operadores jurídicos deben apurar sus juicios para la contratación de la gestión indirecta de los servicios públicos, observando –eso sí– las Directivas en sus efectos directos, esto es, en aquellas de sus determinaciones que sean claras, precisas e inequívocas, y aplicando un TRLCSP cuya vigencia se ve alterada por tales efectos. La situación es especialmente compleja en el subsistema local, tanto porque en este ámbito se desarrolla un número importante de servicios públicos, cuanto por su densidad normativa, incrementada de resultados de la legislación específica aplicable, ya se trate del Reglamento de servicios de 1955 o de la autonómica aprobada en diversas Comunidades Autónomas. Todo ello plantea dilemas sobre las figuras contractuales a aplicar (concesión, contrato de Servicios *versus* gestión interesada, concierto o sociedad de economía mixta), dilemas para cuya resolución se han formulado las conclusiones expresadas en las páginas anteriores.

Ciertamente, los ayuntamientos y demás entidades locales cuentan con excelentes profesionales y voluntariosos y experimentados representantes políticos para acometer todas las tareas descritas. Pero es de desear que ese período transitorio en el que ha de aprobarse la nueva legislación tenga la menor duración posible. La seguridad jurídica y la normalidad en el funcionamiento de los servicios públicos locales así lo demandan.

8. CONCLUSIONES

8.1 Sobre la polémica en torno a la funcionalidad en el ámbito local del contrato de gestión de servicios públicos y de la concesión, en particular, en el marco de los sistemas locales de bienestar

Primera. El marco jurídico-político de los sistemas locales de bienestar

Desde los inicios de los Ayuntamientos democráticos en abril de 1979, los *gobiernos locales* han venido prestando un número creciente de servicios públicos, en el marco de la L 7/1985, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL) y de las legislaciones autonómicas dictadas en su desarrollo. Pese a las dificultades económico-financieras y a las derivadas de la atomizada estructura del subsistema local, lo cierto es que el ejercicio de esa actividad y su papel como *agentes de bienestar* han contribuido notablemente a la consecución de las finalidades del *Estado social*, caracterización que, junto con las de *democrático* y de *Derecho*, definen la forma en que se halla constituida España de acuerdo con la Constitución de 1978 (1.1).

El resultado de esa actividad prestacional conforma lo que se ha venido en llamar *sistemas locales de bienestar*, cuya *dimensión sustantiva* abarca áreas de actuación muy diversas (educación, servicios sociales, sanidad, urbanismo, actividades socio-culturales y deportivas, medio ambiente y patrimonio histórico-artístico, entre las principales) y la provisión de servicios e infraestructuras básicas (abastecimiento de agua potable, alumbrado público, alcantarillado, limpieza viaria y recogida y tratamiento de residuos, por citar los más relevantes). La *dimensión procedimental* de tales sistemas se refiere al entramado de actores que participan en las diferentes fases del proceso de prestación de los servicios, lo que permite diferenciar dos grandes ámbitos:

- a) De un lado, el que atiende a la *distribución de responsabilidades entre las diferentes administraciones*, ya sea en términos de reparto de competencias, ya se articule en formas de cooperación, llevada a cabo por un número muy elevado de actores (casi 16.500 en abril de 2016), liderados por los ayuntamientos (8125, en esa fecha) y secundados por el resto de entidades (diputaciones, consejos y cabildos insulares, y las personificaciones instrumentales locales, por acrónimo PIL, denominación que acoge a organismos

autónomos, entidades empresariales y sociedades públicas, consorcios y mancomunidades, entre las más relevantes).⁸²⁹

- b) De otro lado, el ámbito relativo a las *formas de prestación de los servicios*, ya sea mediante *gestión directa* por parte de esos actores públicos locales, o a través de la colaboración público-privada, calificada, en términos jurídicos, como *gestión indirecta de los servicios públicos*, bajo diferentes fórmulas contractuales (concesión, gestión interesada, concierto o sociedad mixta o, en los últimos años, contrato de servicios).

Transcurridos 37 años desde el advenimiento de la democracia, la articulación en *red* y como *sistema* de todo ese entramado partía de las bases de la *preeminencia del municipio* como matriz del subsistema local, la *cooperación intergubernamental* y la *imprescindibilidad de los diversos actores* que intervenían. Sobre esas bases y en cuanto al resultado alcanzado, se concluye que son innegables los logros obtenidos en los sistemas locales de bienestar en España.

Segunda. La crisis económica, los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y el comportamiento de las entidades locales

La intensidad de la crisis iniciada en 2007-2008 y su duración han condicionado severamente el margen de actuación de los Estados y han tenido efectos jurídico-políticos en todos los ámbitos. Las consecuencias de la crisis y los compromisos derivados de la pertenencia de España a la Unión Europea tienen como máxima manifestación normativa, y efecto más visible en la configuración del Estado social construido en España, la reforma, en septiembre de 2011, del art. 135 de la Constitución. Según este precepto, todas las Administraciones públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria, el Estado y las Comunidades Autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos por la Unión Europea, las entidades locales deberán presentar equilibrio presupuestario y la devolución de la deuda pública gozará de prioridad absoluta.

Tras la modificación constitucional, se acometió la reforma de la legislación sobre estabilidad presupuestaria que culminó con la aprobación de la Ley Orgánica 2/2012,

⁸²⁹ Véase Tabla 1: Administraciones y demás actores locales en España
Fuente: <https://serviciostelematicos.minhap.gob.es/BDGEL.aspx/default.aspx>;
consulta efectuada el 17.4.2016.

de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEPSF), ley que, siguiendo la diferenciación marcada ya en el art. 135 de la CE, disciplina de manera especialmente intensa a las entidades locales. Ese propósito se verá reafirmado con un desarrollo normativo que encuentra su máxima manifestación con la aprobación de la L 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL).

Lo paradójico, sin embargo, es que, si se reflexiona sobre los datos económicos, está falta de lógica y de causa la obsesión por acometer este tipo de reforma del gobierno local cuando su incidencia en el conjunto de factores económico-financieros era, de un lado, muy reducida y, de otro, ese conjunto de actores, en su gran mayoría, venían mostrando un comportamiento ajustado a los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, que el tiempo transcurrido desde que la LRSAL fue aprobada no ha hecho sino confirmar.⁸³⁰

Tercera. Los sistemas locales de bienestar y la Ley de racionalización y sostenibilidad de la administración local

Iniciada la tramitación parlamentaria a principios de septiembre de 2013, el proceso de aprobación por las Cortes Generales se desarrolló con gran celeridad y finalizó con la promulgación de la LRSAL, cuya entrada en vigor se produjo el 31 de diciembre de 2013. Respecto del proyecto, debe señalarse que la ley mantuvo los mismos objetivos, cuyo detalle es el siguiente (Preámbulo de la LRSAL, 3r pfo.):

⁸³⁰ En el epígrafe 1.3.2. se ofrecen los datos pormenorizados sobre la *comparativa de la situación entre diciembre de 2013* (momento en que concluye la tramitación parlamentaria del proyecto de ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, aprobado por el Consejo de Ministros en la reunión de 26.7.2013) *y diciembre de 2014 y de 2015*, transcurridos ya, respectivamente, uno y dos años de vigencia de la LRSAL. El resumen es el siguiente:

Los datos de *la deuda pública* en diciembre de 2013 muestran el reducido peso que tiene el subsistema local (sólo el 4,1%), aunque, en todo caso, con una desviación inferior (36,7%) a la de la Administración Central (57,5%) y las CCAA (56,2%). Los datos a diciembre de 2014 y 2015 evidencian que la deuda pública local se había ido reduciendo (al 3,7% y al 3,3%, respectivamente) y que había ido mejorando igualmente su desviación (del 23,3% al 11%, respectivamente), frente a los de la Administración Central (del 65,4% y el 62,9%, respectivamente) y las CCAA (del 74,6% y 86,1%, respectivamente), en ese bienio 2014-2015. La única apreciación a añadir es la relativa a la relevancia que, en el conjunto de Ayuntamientos, tenía el de Madrid, en relación con la deuda pública: en marzo de 2013, concentraba el 21,03 % del conjunto de municipios (7455 MEUR), que había rebajado, en diciembre de 2014, al 18,66% (5936 MEUR) y en diciembre de 2015, al 16,39% (4767 MEUR). Los datos del *déficit* reflejan que, desde 2012, el conjunto de las entidades locales obtuvieron no ya el equilibrio presupuestario exigido, sino superávits que se han ido manteniendo (en % sobre el PIB: 2012/0,22; 2013/0,52, 2014/0,53 y 2015/0,44), a diferencia de los déficits de la Administración Central, sin incluir la Seguridad Social (2012/-4,21; 2013/-4,22, 2014/-3,50 y 2015/-2,53) y las CCAA (2012/-1,86; 2013/-1,52, 2014/-1,66 y 2015/-1,66).

- a) Clarificar las competencias municipales para evitar duplicidades con las de otras Administraciones, previsión que al ser la que más incide en la configuración de los sistemas locales de bienestar.
- b) Racionalizar la estructura organizativa de la Administración local de acuerdo con los principios de eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera.
- c) Garantizar un control financiero y presupuestario más riguroso.
- d) Favorecer la iniciativa económica privada evitando intervenciones administrativas desproporcionadas.

Confirmados pues sus objetivos, lo que sí se produjo fue una cierta suavización de los planteamientos maximalistas iniciales de la reforma local, tanto en los términos de sus exigencias, como en los plazos para aplicarlas, que se alargaron, y todo ello referido principalmente a las medidas relativas a la *clarificación de competencias* y a la *racionalización de la estructura organizativa*.

Como queda acreditado en el epígrafe 1.4, la reforma emprendida por la LRSAL afectó de manera intensa al subsistema local y, entre sus medidas, destacan:

- un *desapoderamiento y una reducción severa de las competencias municipales* (transferencia a la Comunidades Autónomas en los ámbitos de sanidad, servicios sociales y educación, ex nuevos redactados LBRL, art. 25.2, letras i), k), e) y n) y 26. 1 c), DA 15 y DT 1ª, 2ª y 3ª, supresión de la cláusula de competencia general, ex art. 25.1 y de la legitimación para desarrollar actividades complementarias, derogación art. 28);
- un *debilitamiento de la posición institucional* de los gobiernos locales, manifestado en la *pérdida de la preeminencia del municipio* que, además de la reducción competencial señalada, es objeto de una acotación de los posibles sectores y ámbitos de actuación, y en una *mutación en la definición funcional de las diputaciones* que, sin perder sus competencias de cooperación y asistencia a los municipios (36.1.b de la LBRL en la redacción dada por la LRSAL), reciben el mandato legal de coordinar la prestación de los principales servicios obligatorios de los municipios de población inferior a 20.000 habitantes, con la conformidad de los municipios afectados, mal que, en su formulación legal, estaba incurso en un confuso proceso sobre las formas de gestión de los mismos, a desarrollar por sí o de forma compartida con los ayuntamientos, con el informe preceptivo de la Comunidad Autónoma y la

decisión del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (redacción del 26.2 de la LBRL dada por la LRSAL);

- una *subordinación de las políticas públicas locales a los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera*, así como al de *eficiencia económica*.

Medidas todas ellas que comprometen seriamente el futuro de los sistemas locales de bienestar en España, con mayor motivo si se considera la crítica situación económico-financiera de las Comunidades Autónomas, destinatarias iniciales de las competencias suprimidas a los municipios. No es de extrañar por ello que, al enjuiciar dicha ley y el conjunto de medidas dispuestas, se las haya calificado como «una contrarreforma, una auténtica involución en la autonomía municipal».⁸³¹

De otro lado, la aplicación de esa reforma local plantea problemas de encaje tanto con la legislación autonómica -y de ahí los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por varias Comunidades Autónomas- como con los gobiernos locales, cuyo máximo exponente lo constituye el *conflicto en defensa de la autonomía local*, planteado contra la LRSAL por el Ayuntamiento de Barcelona y 2.392 Ayuntamientos más ante el Tribunal Constitucional. Estos gobiernos locales en general disienten de los planteamientos maximalistas de dicha ley y se muestran reacios a renunciar a sus políticas públicas prestacionales, evidenciando así su resiliencia. Y en ese escenario se van desarrollando las diferentes estrategias de los actores, los gobiernos central, autonómicos y locales.

No es posible pronunciarse en términos categóricos y generales sobre el grado de aplicación de las prescripciones de la LRSAL, atendidas la pluralidad y heterogeneidad propias del mundo local. En este subsistema caben todas las hipótesis: desde la observancia estricta de los mandatos legales de restricción en la acción pública local, hasta el mantenimiento del statu quo anterior a la ley por parte de la comunidad local concreta, ajena al complicado proceso de recalificación de las competencias municipales y a la intervención de la Comunidad Autónoma. También encontraremos, naturalmente, planteamientos que intentan conciliar las demandas ciudadanas y un ordenamiento jurídico local, de por sí ya muy denso, y cuya complejidad se ha visto aumentada con la LRSAL y las normativas autonómicas dictadas al respecto. Por otro

⁸³¹ ZAFRA VÍCTOR (2015: 25).

lado, el retraso acumulado en la resolución de los asuntos por el Tribunal Constitucional no permite esperar un pronunciamiento inmediato sobre todos los conflictos planteados en torno a la ley, por lo que seguirán abiertos durante algún tiempo, aunque ya se ha pronunciado en dos ocasiones, declarando inconstitucionales preceptos de la ley (STC 41/2016 y 111/2016), como se precisará más adelante.

Por lo demás, las elecciones de mayo de 2015 alteraron sensiblemente el mapa político local, con la irrupción relevante de partidos (Podemos y Ciudadanos) y el acceso a diversas alcaldías de movimientos ciudadanos y nuevos liderazgos, entre los que destacan *Ahora Madrid* y *Barcelona en Comú*. La mayoría de fuerzas emergentes defienden postulados opuestos a los de la LRSAL, ley que, tras su aprobación, todos los partidos en la oposición prometieron derogar si accedían a la mayoría parlamentaria necesaria para ello. Y cabe prever que sobre ésta, entre otras cuestiones, verse la agenda política de la siguiente legislatura, una vez se clarifiquen las opciones para formar gobierno, tras las elecciones de junio de 2016.

Cuarta. Los servicios públicos locales: definición, régimen competencial y modalidades.

No toda la acción pública local se identifica con los servicios públicos, toda vez que aquella incluye otras actividades; básicamente, las de fomento, intervención administrativa, iniciativa pública económica y ejercicio de funciones públicas. Sentada esta precisión, es innegable la importancia que la actividad prestacional tiene en la acción de los gobiernos locales y cómo su aportación ha constituido uno de los pilares básicos del Estado del Bienestar en España.

La falta de una definición legal básica constituye una de las primeras dificultades para abordar el análisis de los servicios públicos. Centrándonos en el ámbito local, y con ligeras variaciones, la LBRL siempre ha mantenido una mención tautológica en su art. 85.1 de la LBRL: «*son servicios públicos locales los que prestan las Entidades locales en el ámbito de sus competencias*». Esta expresión no sirve evidentemente para concretar qué son los servicios públicos, por lo que su delimitación necesariamente deberá venir determinada por una caracterización doctrinal o jurisprudencial.⁸³²

⁸³² Según el Tribunal Supremo, «*para que con rigor pueda predicarse de una actividad el carácter de servicio público, no es suficiente que proporcione una utilidad al público, so pena de desnaturalizar el concepto, sino que debe exigirse que se trate de una actuación técnica, dirigida al público, prestada de forma regular y continua, encaminada a la satisfacción de una*

Por *actividad de servicio público* en el ámbito local debe entenderse aquella actividad:

- *desarrollada* por una entidad pública local, por sí o mediante un gestor contratado, para satisfacer las necesidades de los usuarios, conjunto de personas destinatarias de la misma,
- *caracterizada*, objetivamente, por venir constituida por prestaciones técnicas, que reportan utilidades a los usuarios que las reciben,
- *configurada* bajo criterios de generalidad e igualdad y en unas condiciones de continuidad y regularidad,
- y *declarada* por la legislación como servicio público local o *asumida* como tal por la entidad en el ámbito de sus competencias y de conformidad con el procedimiento administrativo establecido.⁸³³

Sobre la base de esa definición, es necesaria una labor identificativa de los servicios públicos locales a partir del análisis de los preceptos de la legislación básica, en primer término, y de la de desarrollo autonómico, después, y referidos a las competencias de las diferentes entidades locales, principalmente a las de los municipios. Este es un ámbito especialmente afectado por la LRSAL, respecto del cual cabe formular las siguientes consideraciones:

1ª El núcleo duro de los servicios públicos sigue estando constituido por los *servicios obligatorios* relacionados en el art. 26.1 de la LBRL.⁸³⁴

«Los Municipios deberán prestar, en todo caso, los servicios siguientes:

- a) *En todos los Municipios: alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, acceso a los núcleos de población y pavimentación de las vías públicas.*

necesidad pública, y cuya titularidad esté atribuida a una Entidad Pública» (STS de 2.3.1979, ponente PONCE DE LEÓN Y BELLOSO, FJ 4º).

⁸³³ MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS (2007: 66 y 2014: 599).

⁸³⁴ De la relación inicial, la LRSAL suprimió del art. 26.1 de la LBRL las referencias al *control de alimentos y bebidas* (incluida en la letra a) y, en rigor, más que un servicio público, una manifestación de la actividad de intervención administrativa) y a los *mercados* (citados en la anterior letra b). También modificó la competencia relativa a la *prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social* reduciéndola a *la evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata en situaciones o riesgo de exclusión social* (letra c) del art.26.1).

- b) *En los Municipios con población superior a 5.000 habitantes, además: parque público, biblioteca pública y tratamiento de residuos.*
- c) *En los Municipios con población superior a 20.000 habitantes, además: protección civil, evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social, prevención y extinción de incendios e instalaciones deportivas de uso público.*
- d) *En los Municipios con población superior a 50.000 habitantes, además: transporte colectivo urbano de viajeros y medio ambiente urbano.».*

Como complemento de esa obligación, en el art. 26.2 de la LBRL las diputaciones reciben el mandato legal de coordinar la prestación de los principales servicios obligatorios de los municipios de población inferior a 20.000 habitantes, con la conformidad de los municipios afectados, mal que, en su formulación legal, estaba incurrido en un confuso proceso sobre las formas de gestión de los mismos, a desarrollar por sí mismas o de forma compartida con los ayuntamientos, con el informe preceptivo de la Comunidad Autónoma y la decisión última del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, competencia ejecutiva esta de la que – según pronunciamiento del Tribunal Constitucional- carece el departamento ministerial (el 149.1.18 de la CE atribuye al Estado la competencia solo para establecer las bases), razón por la cual fue declarada inconstitucional (STC 111/2016, FJ 12.d).

2ª Un segundo círculo viene constituido por los *servicios municipales voluntarios* configurados a partir del ejercicio de *competencias propias*, detalladas en el art. 25.2 de la LBRL, la concurrencia de las características propias de la actividad de servicio público (prestaciones técnicas, existencia de usuarios y el resto de las relacionadas al inicio de esta conclusión) y la adopción por el Pleno del Ayuntamiento del correspondiente acuerdo asumiendo como propia la prestación de dicho servicio (la *publicatio*, ex LBRL, 22.2.f y TRLCSP, 8.1). Como se ha adelantado, la LRSAL dispuso una reducción substancial de las competencias del art. 25 de la LBRL, e introdujo condicionamientos a las subsistentes.

Dentro de este segundo círculo deben incluirse también el resto de *servicios voluntarios municipales* configurados a partir del ejercicio de *competencias propias conferidas por la legislación autonómica*, bien que esta fue una de las cuestiones objeto de polémica a raíz de la promulgación de la LRSAL. Concretamente, sobre si el listado de competencias propias establecido en el art. 25.2 de la LBRL había de

constituir un máximo, limitativo de las competencias autonómicas, o si, por el contrario, fijaba un mínimo, susceptible de ampliar por la legislación autonómica.⁸³⁵

La controversia la ha resuelto el Tribunal Constitucional con la Sentencia 41/2016, que constituye su primer pronunciamiento respecto de la LRSAL, y en la que confirma que el art. 25.2 de la LBRL, al detallar las materias sobre las que los municipios deben tener, en todo caso, competencias propias, fija un mínimo susceptible de ampliar por el legislador autonómico, si bien ningún reproche formula a los condicionamientos que se incorporaron a dicho precepto, en sus apartados 3, 4 y 5 (FJ 10).

3ª El tercer y último círculo lo integran los *servicios voluntarios municipales* constituidos sobre la base del ejercicio de *competencias delegadas* por la Administración General del Estado (AGE) y las Comunidades Autónomas, reguladas y relacionadas con carácter no exhaustivo en el art. 27 de la LBRL, y del de las denominadas *competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación*, previstas en el art. 7.4 de dicha ley básica, y la concurrencia en ambos casos de las características de servicio público y del acuerdo municipal sobre asunción de la prestación del mismo.

En el epígrafe 1.5.3. se analizan los términos de las controversias habidas y el detalle de los *servicios municipales voluntarios*, tanto derivados de la legislación básica como de la autonómica, de cuya relación conjunta pueden destacarse los siguientes: aparcamiento público, gestión de viviendas, parques y jardines, conservación de caminos y vías rurales, patrimonio histórico-artístico, mataderos, ferias, defensa de usuarios y consumidores, participación en la gestión de atención primaria de la salud, servicios funerarios, promoción y reinserción sociales, actividades e instalaciones culturales, ocio y turismo (casas de colonias, campings y otros), servicios educativos (guarderías infantiles, escuelas de música y otros), gestión de equipamientos

⁸³⁵ Como manifestaciones de esta atribución autonómica de competencias propias a los municipios pueden citarse los casos siguientes: el de Andalucía, con relación a la «*gestión de los servicios sociales comunitarios*» (Estatuto de autonomía/EA, aprobado por la LO 2/2007, 92.2.c) o «*el desarrollo de políticas de acción social y comunitaria en materia de salud*» (Ley 5/2010, de autonomía local/LAULA, 13.c); o en Cataluña, con relación a la «*prestación de servicios de telecomunicaciones*» (EA aprobado por la LO 6/2006, 84.2.1) o la «*cohesión social*» (Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña/TRLCat, aprobado por el DLegislativo 2/2003); también deben incluirse todas aquellas competencias recogidas inicialmente en el art. 25.2 de la LBRL y suprimidas por la LRSAL, pero que habían sido reproducidas en la legislación autonómica (así, la «*defensa de usuarios y consumidores*», consignada antes en la letra g) del precepto estatal, y que se mantiene en la misma letra del art. 63 del TRLCat/2003 y en el art. 92.2.j) del EA de Andalucía).

municipales y servicios de telecomunicaciones. Ciertamente, las principales entidades locales que contratan la prestación de servicios públicos son los municipios, lo que no obsta a que también otras entidades locales puedan prestarlos y contratar con terceros para ello (provincias, islas, comarcas, áreas metropolitanas, entidades locales menores o descentralizadas, mancomunidades, consorcios y organismos autónomos, ex TRLCSP y ALCSP, art. 3), bien que la relación de sectores o materias sobre los cuales se concretan esos servicios es la definida para los municipios en la LBRL y legislación autonómica. Así, los servicios públicos gestionados por estas otras entidades complementan los de los ayuntamientos y cierran el círculo prestacional de los sistemas locales de bienestar.

Quinta. La centralidad del concepto de servicio público, su reconocimiento en la legislación española y su vinculación con las modalidades del contrato de gestión de servicios públicos, con particular incidencia en el régimen local

Una idea incuestionable es la de la *centralidad del concepto de servicio público* y el *reconocimiento* que efectúa de la misma la *legislación española*, ya se refiera a la *gestión directa* por la propia Administración pública, ya se vincule con la *gestión indirecta mediante la contratación de su prestación con un particular*.

Centrándonos en la gestión contratada, así resulta, en primer término, de la regulación de la *legislación básica de contratos* contenida en el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por el RDLEG 3/2011, y referida al *contrato de gestión de servicios públicos* (CGSP). Del TRLCSP, que reproduce respecto de este contrato lo establecido en los textos legales que le precedieron desde la Ley de Contratos de 1965, destacan las previsiones relativas a:

- i) Su *objeto y ámbito* (la gestión de servicios públicos cuya prestación haya sido asumida como propia de su competencia por la Administración, susceptibles de explotación por particulares y que no impliquen el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos, ex art. 8.1 y 275.1).
- ii) Las *modalidades de la contratación* (ex 277):
 - a) *Concesión*, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura.

- b) *Gestión interesada*, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato.
- c) *Concierto* con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.
- d) *Sociedad de economía mixta* en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas».

Esa misma opción es la que consagra la *legislación local*, cuya norma de cabecera, la LBRL, también establece ese vínculo estrecho. En su redacción inicial, el art. 85 establecía lo siguiente:

«(...) 2. Los servicios públicos locales pueden gestionarse de forma directa o indirecta. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad.

(...) 4. La gestión indirecta adoptará alguna de las siguientes formas:

- a) *Concesión*.
- b) *Gestión interesada*.
- c) *Concierto*.
- d) *Arrendamiento*.
- e) *Sociedad mercantil y cooperativas legalmente constituidas cuyo capital social sólo parcialmente pertenezca a la Entidad local*».

La redacción se mantuvo inalterada hasta que fue modificada por la L 57/2003, de Medidas para la modernización del gobierno local, que introdujo un nuevo redactado en el referido art. 85 de la LBRL:

«(...) 2. Los servicios públicos de la competencia local podrán gestionarse mediante alguna de las siguientes formas:

(...) B) *Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el artículo 156 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.*»

La remisión al TRLCAP/2000, con la correlativa supresión de la mención a las modalidades de contratación local y, en particular, a su peculiaridad relativa al

arrendamiento inauguró la polémica sobre la subsistencia del mismo, cerrada con la confirmación de su no vigencia por la STC 161/2013, como más adelante se precisará. Las sucesivas modificaciones del citado art. 85 de la LBRL reiterarán esas remisiones, a la LCSP/2007, primero, y al TRLCSP/2011, después, afirmando el vínculo entre gestión indirecta de servicios públicos y las modalidades señaladas en estos textos.

Ese vínculo se reiterará en otras normas, de entre las cuales es de reseñar el bloque referido a uno de los conceptos clave introducidos por la LRSAL, el *coste efectivo de los servicios*, incorporado en el art. 116 ter de la LBRL. Pues bien, en ejecución de la habilitación contenida en el núm. 2 del referido precepto, por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (MINHAP) se dictó la Orden HAP/2075/2014, de 6.11, «*por la que se establecen los criterios de cálculo del coste efectivo de los servicios prestados por las entidades locales*», que, a los efectos que nos interesan, insiste de manera profusa en la conexión entre gestión indirecta de los servicios públicos locales y las modalidades de la concesión, la gestión interesada, el concierto y la sociedad de economía mixta.⁸³⁶

⁸³⁶ Así, el art. 6 de la referida Orden Ministerial dispone lo siguiente (la negrita es mía):

«**Artículo 6. Gastos en los casos de gestión indirecta de los servicios.**

*En los casos de gestión indirecta, mediante las distintas **formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos** en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, el coste efectivo vendrá determinado por la totalidad de las contraprestaciones económicas que abone la entidad local al contratista, incluidas las contraprestaciones en concepto de precio del contrato, así como, en su caso, las subvenciones de explotación o de cobertura del precio del servicio.*

*En los **casos de gestión indirecta** en los que la retribución del contratista se perciba directamente por éste de los usuarios, el coste efectivo vendrá determinado por los ingresos derivados de las tarifas que aquellos abonen, así como, en su caso, por las subvenciones de cobertura del precio del servicio que pudieran corresponder a la entidad local a la que corresponde la titularidad del servicio.»* Remisión que completa la citada Orden con la mención expresa de las modalidades de la concesión, la gestión interesada, el concierto y la sociedad de economía mixta (anexos I y II).

Por la relevancia del órgano que emite su opinión al respecto, debe consignarse que el Consejo de Estado, al dictaminar sobre el proyecto de la orden ministerial que comentamos y en la línea del tratamiento unívoco señalado, formuló la observación –luego acogida– del siguiente tenor:

«Verificado en estos términos el ajuste de la norma proyectada al artículo 116 ter de la LBRL, cabe observar que la expresión "entidad concesionaria" utilizada en el primer párrafo del artículo 6 del proyecto de Orden debe sustituirse por "contratista". La razón que obliga a esta sustitución consiste en que la previsión contenida en dicho párrafo y precepto resulta de aplicación -como en el mismo se dice- "*a las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos*", entre las que la "concesión" es sólo una de ellas, junto con el "concierto", la "gestión interesada" y la "sociedad de economía mixta". Por ello, no debe hablarse de "entidad concesionaria" sino utilizarse el más genérico vocablo de "contratista" (Dictamen núm. 781/2014, de 28.7, V.a).i, in fine, la cursiva es mía).

Por lo que se refiere a la *legislación autonómica sobre régimen local* hay que precisar que, en las Comunidades donde ha sido aprobada, regula la *gestión indirecta de servicios públicos* remitiéndola bien a las diferentes modalidades propias de la misma en el ámbito local, bien al contrato de gestión de servicios públicos (CGSP) previsto en la legislación básica de contratos del sector público.

Así, sobre las diferentes legislaciones pueden distinguirse tres tipos:

- a) Las que reproducen las modalidades que recogía inicialmente el art. 85.4 de la LBRL (concesión, gestión interesada, concierto, arrendamiento y sociedad de economía mixta); son los casos de LArag 7/1999 (200.3), LNav 6/1990 (192.3), LGal 5/1997 (295.4) y LRioja 1/2003 (207.3).
- b) Las que, como en los supuestos de Illes Balears (LIB 20/2006, 159.2) y Madrid (LMad 2/2003, 100.3), recogen dichas modalidades, pero se remiten a la regulación del CGSP en la legislación básica de contratos.
- c) Finalmente, la LAnd 5/2010 que directamente prescribe que «*son modalidades contractuales de colaboración las previstas con este carácter en la legislación básica sobre contratos del sector público para el contrato de gestión de servicios públicos*» (33.4); modelo al que ha venido a sumarse la legislación catalana en el TRLCat/2003 (249.5), que ha abandonado el que coincidía con el primero de los tipos descritos, tras la modificación operada por la LCat 16/2015, de 21 de julio, que ha introducido en su art. 249.5 la determinación según la cual «*la gestión indirecta de los servicios públicos puede realizarse mediante cualquiera de las formas establecidas por la normativa de contratos del sector público para el contrato de gestión de servicios públicos*».

También en el ámbito autonómico existe una directa vinculación entre los servicios públicos y la gestión indirecta de los mismos (especialmente en los ámbitos educativo, sanitario y asistencial). Por su parte, los servicios públicos de titularidad estatal, aunque reducidos tras los procesos de liberalización de finales del siglo XX (electricidad, telefonía y demás), aún mantienen ámbitos significativos de prestación, susceptibles de gestión indirecta (transportes de viajeros y servicios portuarios y aeroportuarios, entre los más relevantes).

Se concluye de las menciones efectuadas la centralidad en el ordenamiento jurídico español tanto de los servicios públicos, como del contrato de gestión de servicios públicos (CGSP). Y esa centralidad no es sino el correlato jurídico de una realidad: que los servicios públicos siguen ocupando un papel trascendental tanto para los gobiernos encargados de asegurar su prestación como para los ciudadanos.

Sexta. La disociación normativa: las tesis enfrentadas sobre la gestión contractual de los servicios públicos locales

Y pese a la insistencia del legislador básico y de régimen local en la centralidad y el CGSP aludidos, su mandato se ha visto desautorizado en los últimos años por la tesis que, como extensión del derecho y la jurisprudencia comunitarios, preconiza la subsunción de la gestión de los servicios públicos en otro contrato, el de *servicios* y la preterición de las citadas formas de gestión indirecta, excepción hecha de la concesión, acotada a los supuestos en que el prestador asume el riesgo de la explotación del servicio, sobre la base de que su remuneración provenga de las tarifas abonadas por los usuarios, exclusivamente o acompañadas de un precio, o incluso si la contraprestación es satisfecha por la Administración siempre que haya un riesgo y este consista en que los ingresos derivados de la gestión dependan de hechos o circunstancias ajenas a la voluntad del contratista.

Esta tesis ha sido acogida por:

- las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa (JCCA), a destacar la de la Administración General del Estado y la de Aragón;
- los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales (TARC), a resaltar igualmente el Central y la de Aragón;
- y una prestigiosa doctrina: GIMENO FELIU (2010 y 2012 a 2016), GALLEGO CÓRCOLES (2011), RAZQUIN LIZÁRRAGA J.A. (2012), SÁIZ RAMOS (2012), RAZQUIN LIZÁRRAGA, M.M. (2014) y CARBONERO GALLARDO (2015).

Dejando para más adelante el análisis detallado de su argumentario, lo cierto es que la aceptación de esta tesis, restrictiva respecto de la utilización de las modalidades del contrato de gestión de servicios públicos (CGSP), ha venido a suponer una suerte de *disociación* entre el derecho positivo, detallado en el apartado anterior, y la efectiva utilización de los tipos contractuales en la gestión de los servicios públicos locales.

Asistimos, pues, al enfrentamiento entre *esta tesis restrictiva* y la que podríamos denominar *tesis tradicional del CGSP*, con sus cuatro modalidades, cuya configuración normativa prácticamente se ha mantenido inalterada, tal como ya se ha apuntado, ¡desde la Ley de Contratos del Estado de 1965! Y en esa falta de adaptación, en particular al Derecho comunitario, es donde creo que radica la raíz del problema y el origen del equívoco respecto del tipo contractual a utilizar cuando su objeto lo constituye un servicio público. Así, la regulación de la concesión y del resto de modalidades del CGSP no se ha visto modificada bajo el argumento de que dicho contrato no estaba sujeto a *regulación armonizada*, afirmación a la que creo que se le han otorgado unas consecuencias y efectos excesivos.

8.2 Sobre el Derecho comunitario, Directivas de concesiones y de contratación pública y su incidencia en el contrato de gestión de servicios públicos y en el de servicios; la gestión contractual de los servicios públicos locales: regulación actual y futura; el anteproyecto de ley de contratos del sector público (ALCSP)

Séptima. Derecho comunitario, concesiones de obras públicas y de servicios y su incidencia en la de servicios públicos, y en el contrato de gestión de servicios públicos; los aspectos fallidos de la transposición en la LCSP/2007

Si nos atenemos a la tesis tradicional, no son coincidentes las definiciones del Derecho español y del Derecho comunitario sobre las concesiones de *obras públicas*, de *servicios* y de *servicios públicos*. En el Derecho comunitario, al término de la *concesión* se asocian invariablemente las ideas de *riesgo* y *explotación*. Así, la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31.3, ofrecía las siguientes definiciones:

a) «*La concesión de obras públicas es un contrato que presente las mismas características que el contrato público de obras, 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*» (art. 1.3).

b) «*La concesión de servicios es un contrato que presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la*

prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien dicho derecho acompañado de un precio» (art. 1.4).

La acepción comunitaria de *explotación* remite a la percepción de una *contraprestación económica* de los que utilizan la obra o el servicio, de sus usuarios, *acompañada o no de un precio* que satisface la Administración; a *sensu contrario*, el riesgo en la concesión comunitaria *no contempla la posibilidad de un abono total del precio*.

Por otra parte, la Directiva 2004/18/CE regulaba los *contratos públicos de servicios*, definidos como aquellos «*contratos públicos –esto es, «contratos onerosos y celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores» (art. 1.2.a)– distintos de los contratos públicos de obras o de suministros cuyo objeto sea la prestación de los servicios a los que se refiere el anexo II» (art. 1.2.d).*

Y es que en esos tres contratos (obras, servicios y suministros) se resolvía la regulación comunitaria, con una mención a la definición de la concesión sobre la base indicada del riesgo en la explotación del contratista, criterio que servía para diferenciarla del contrato de servicios.

En el Derecho español, en cambio, la situación tradicionalmente había venido presentando las siguientes características:

- 1ª. La *actividad de servicio público* identifica una parte muy importante de la desarrollada, directa o indirectamente, por la Administración, hasta el punto de constituir, en el ámbito local, si no la principal, una de las más relevantes manifestaciones de las competencias atribuidas.
- 2ª. En las sucesivas regulaciones de contratos (LCSP y TRLCSP), la concesión de servicios públicos siguió siendo definida como aquella modalidad «*por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura» (letra a), 253 y 277, respectivamente). Sin embargo, a diferencia del Derecho comunitario, ni los textos legales ni el RGLCAP llegan a prohibir que la Administración satisfaga totalmente el precio del contrato.*

3ª Por su parte, la legislación local también lo admite abiertamente. Así, el Reglamento de Servicios de 1955 prevé que el concesionario perciba como retribución «*las contribuciones especiales que se devengaren por el establecimiento del servicio*» y «*las tasas (o tarifas) a cargo de los usuarios*» (art. 129.1, letras a) y b), pero añade: «*también podrá consistir la retribución, juntamente con alguno de los conceptos anteriores o exclusivamente si el servicio hubiere de prestarse gratuitamente, en subvención a cargo de los fondos de la Corporación*» (art. 129.2); y en términos análogos se pronuncia la legislación aprobada por las Comunidades Autónomas.⁸³⁷

Con todo, no debe deducirse de ello, según la tesis tradicional, que por no existir tarifas no hubiera riesgo, lo que sucede es que éste se había venido articulando en torno al cálculo del precio o, en términos del RS/1955, de la *subvención* que haya de satisfacer la Administración titular del servicio. Y las citadas son unas previsiones normativas que no habían experimentado variación respecto de las contenidas en el TRLCAP/2000, sobre el cual se admitían pacíficamente las tres modalidades de retribución del concesionario: con cargo a tarifas, acompañadas éstas de un precio o subvención, o exclusivamente de esta última forma.⁸³⁸

Identificada esa asimetría entre el Derecho comunitario y el Derecho español, la raíz del problema que progresivamente se fue agravando radicaba en que, efectuada la transposición de la Directiva 2004/18/CE, en la LCSP/2007, no se observaron para las modalidades del CGSP los requerimientos que respecto de la publicidad comunitaria se derivaban de aquella. De otro lado, la jurisprudencia comunitaria fue ahondando en las diferencias entre la concesión de servicios y el contrato de servicios, sobre la base de la concurrencia en la primera de una transferencia al contratista del riesgo en la explotación que no se daba en la segunda. Y el problema que se generó en relación con el CGSP puede desagregarse así:

⁸³⁷ Cláusulas correlativas se recogen en el Reglamento catalán de obras, actividades y servicios de los entes locales (ROASCat, art. 251.2), aprobado por el D 179/1995, y el Reglamento aragonés de bienes, actividades, servicios y obras (RBASO Arag, art. 280.2), aprobado por el D 347/2002.

⁸³⁸ Como concluía la JCCA Generalitat de Cataluña:
«El hecho de que los sistemas de financiación previstos en los contratos de gestión de servicio públicos consistan en el abono de los servicios efectivamente prestados por presentación de las facturas correspondientes, o bien en el establecimiento de las correspondientes tarifas más el otorgamiento de una subvención parcial para equilibrar el régimen económico financiero inicial, o bien en el otorgamiento de una subvención total para garantizar la viabilidad del servicio, no implica que el empresario no gestione el servicio a su propio riesgo y ventura y, por lo tanto, no obsta la contratación de estas prestaciones en la modalidad de concesión» (Informe 1/2005, de 5.5, conclusión A).

- De un lado, se siguió utilizando la concesión con carácter generalizado, lo que incluía supuestos en que no se producía transferencia del riesgo de explotación en el sentido comunitario, toda vez que la Administración satisfacía un precio por la prestación del servicio, normalmente de carácter mensual y no sujeto a incidencias de variabilidad de la demanda.⁸³⁹
- Pero, al partir de la consideración de que se trataba de un *contrato no armonizado*, no era objeto de publicidad comunitaria, lo cual suponía el incumplimiento de la Directiva comunitaria, toda vez que ésta fijaba la obligación de su anuncio en el caso de los contratos de servicios que superaban el umbral comunitario (situado en los 211.000 euros para el ámbito local, ex LCSP, 16).⁸⁴⁰
- Y otro incumplimiento se generaría al no contemplarse el recurso especial de contratación (REC) respecto de estos supuestos, como consecuencia de la aplicación de unas previsiones que solo lo prescribían si los gastos de primer establecimiento del servicio público eran superiores a 500.000 euros y la duración del contrato excedía de 5 años (ex LCSP, 37.1).
- En definitiva, se producía un resultado que comportaba el incumplimiento de los principios sobre publicidad y concurrencia, de un lado, y el de objetividad e igualdad de trato, de otro.
- Y ese resultado se reproducía también aunque la modalidad escogida fuera el concierto o la gestión interesada si se obviaban el anuncio al DOUE o el sometimiento al REC, si el contrato en cuestión superaba el umbral comunitario de los 211.000 euros (LCSP), lo que era bastante habitual en razón de los plazos de duración de los CGSP (que podían llegar hasta los 10 años en

⁸³⁹ Ejemplos de esta articulación los encontramos en la contratación sin transferencia de riesgo de la gestión de los servicios públicos de limpieza viaria, prestación de servicios sociales (ayuda domiciliaria, asistencia a mayores y otros), sanitarios y culturales, en los que o bien los usuarios no satisfacen tarifas por ser servicios gratuitos, o bien si las abonan son complementadas con aportaciones de la Administración titular de los mismos; también es el caso del servicio público de recogida y tratamiento de residuos urbanos, donde el prestatario percibe, de ordinario, el pago por la Administración, que, de manera no conexas con dicho abono, recauda las tasas de la ciudadanía.

⁸⁴⁰ Y desde luego que estaba falto de lógica que la *contrata de la limpieza de las oficinas municipales* que superase dicho umbral hubiera de ser publicada en el DOUE como contrato de servicios que era, tanto en su acepción comunitaria como con arreglo al derecho español, y no lo fuera la contrata de la *limpieza viaria del municipio*, que debía calificarse como contrato público de servicios según el Derecho comunitario al no comportar su gestión riesgo en la explotación, por el hecho de que se considerara como contrato no armonizado en razón de su tipificación como concesión de servicio público de conformidad con la LCSP/2007; aspecto sobre el que ya advertí en relación con el proyecto de dicha ley (MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, 2007:313).

servicios sanitarios y hasta 25 en los distintos de éstos, y hasta 50 años si incluían la ejecución de obras), mucho más largos, pues, que el del contrato de servicios (fijado en un máximo de 4 años, con una posible prórroga de 2).

Y frente a esas consecuencias ciertamente gravosas e incumplidoras del Derecho comunitario se fue *armando* la tesis restrictiva que:

- De un lado, reduce la utilización del contrato de gestión de servicios públicos (CGSP) a una sola modalidad, la concesión de servicios públicos, cuya aplicación exige siempre que el concesionario asuma el riesgo en la explotación y sobre la base de que su remuneración se obtenga de las tarifas pagadas por los usuarios, o de éstas acompañadas de un precio satisfecho por la Administración; excepcionalmente, se llega a admitir que sea la Administración la que remunere, pero a condición de que su importe esté vinculado con el rendimiento obtenido de la explotación del servicio.
- Y, de otro, reconduce las prestaciones que, en el pasado, integraban el CGSP en sus distintas modalidades, y que se caracterizaban porque el precio era abonado por la Administración titular del servicio público, sin transferencia de riesgo en la explotación, al contrato de servicios (TRLCS, art. 10).

Debe afirmarse que esta tesis gira esencialmente, no ya sobre la primacía del Derecho comunitario (que está fuera de toda duda), sino sobre la aplicación exhaustiva de la concesión de servicios y la consideración de que su única alternativa es el contrato de servicios (Directiva 2004/18/CE, de 31.3.2004, art. 1.2.d *versus* 1.4). Y hay que reconocer que la misma se ha ido imponiendo de manera progresiva, con argumentaciones relevantes:

- a) Jurisprudencia comunitaria: que contrapone la concesión de servicios y el contrato público de servicios en función de la asunción o no del riesgo de explotación; así, en las SSTJCE de 29.4.2010 (C-160/08), 10.3.2011 (C-274/09)⁸⁴¹ y de 10.11.2011 (C-348/10).⁸⁴²

⁸⁴¹ De la que pueden destacarse las previsiones siguientes:

«Si bien el modo de remuneración es, por tanto, uno de los elementos determinantes para la calificación de una concesión de servicios, de la jurisprudencia se desprende además que la concesión de servicios implica que el concesionario asuma el riesgo de explotación de los servicios de que se trate y que la inexistencia de transmisión al prestador del riesgo relacionado con la prestación de los servicios indica que la operación en cuestión constituye un contrato público de servicios y no una concesión de servicios» (FJ 26).

- b) Informes de las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa (JCCA), a destacar las de la Administración General del Estado/AGE (Informes 22/09, de 25.9 y 12/10, de 23.7) y Aragón (Inf 2/2014, de 22.1 y 4/2014, de 22.1),⁸⁴³

«El artículo 1, apartados 2, letra d), y 4, de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, debe interpretarse en el sentido de que, cuando la remuneración del operador económico elegido corre íntegramente a cargo de personas distintas de la entidad adjudicadora que ha otorgado el contrato relativo a servicios de socorro y el operador económico asume un riesgo de explotación, aunque sea muy limitado, debido en particular al hecho de que el importe de los precios por la utilización de los servicios de que se trata depende del resultado de negociaciones anuales con terceros y no se le garantiza la cobertura íntegra de los costes soportados en el marco de una gestión de sus actividades conforme a los principios establecidos por el Derecho nacional, dicho contrato debe ser calificado de contrato de «concesión de servicios» en el sentido del artículo 1, apartado 4, de esta Directiva» (FALLO).

⁸⁴² Que concluye:

«La Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, debe interpretarse en el sentido de que constituye un “contrato de servicios” en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra d), de dicha Directiva 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. Corresponde al juez nacional apreciar si la operación de que se trata en el procedimiento principal debe ser calificada de concesión de servicios o de contrato público de servicios teniendo en cuenta todas las características de dicha operación» (FALLO, ap. 1).

⁸⁴³ Con remisión para el análisis más detallado al epígrafe 2.2.3^a.b, se seleccionan dos pronunciamientos:

- IJCCA AGE 22/09, de 25.9, relativo a «Diversas cuestiones sobre un contrato de gestión de servicio público para recogida selectiva de residuos», y sobre el cual concluye:

«1. La retribución económica del concesionario puede provenir directamente de la Administración que le hubiese otorgado la concesión, siempre que su importe esté vinculado directamente con el rendimiento obtenido de la explotación del servicio.

2. Sólo pueden ser objeto de gestión indirecta los servicios que pueden reportar un beneficio (o correlativamente pérdidas) para el empresario o la entidad que los gestiona.

3. No existe concesión sino cuando el volumen de los ingresos del empresario depende exclusivamente de que éste se acomode o no a determinados estándares o indicadores de control de calidad en su prestación toda vez que ello se vincula directamente con la voluntad del concesionario y con el riesgo derivado de la explotación del servicio.

4. Cuando no sea posible la gestión indirecta de un servicio público, la Entidad titular del mismo podrá prestarlo de forma directa con la colaboración de empresarios que pongan a su disposición sus medios celebrando para ello los correspondientes contratos de servicios».

- IJCCA Aragón 2/2014, de 22.1, sobre la calificación de los contratos asistenciales sanitarios y sociales, cuyas conclusiones son del siguiente tenor:

«I. Aquellos contratos en los que el adjudicatario asume todos los gastos de explotación de un centro sanitario o social, así como la responsabilidad frente al

usuario por la incorrecta ejecución del servicio y la contraprestación consiste en un precio a tanto alzado que no varía con el número efectivo de usuarios del centro, deben calificarse como contratos de servicios, pues no existe transferencia del riesgo de explotación al adjudicatario.

II. Los contratos en que la contraprestación se establece en una cantidad por usuario del servicio, siendo los usuarios asignados por los servicios públicos de salud o sociales, siempre que se produzca transferencia de la totalidad o de una parte significativa del riesgo, aunque éste sea muy limitado por la configuración jurídica del servicio, deberán calificarse como contratos de gestión de servicio público.

- c) Resoluciones de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales (TARC), a resaltar igualmente el Central (Resolución 203/2011, de 7.9 y 215/2014, de 14.3) y el de Aragón (Acuerdos 19/2011, de 11.8, 20/2011, de 11.9 y 55/2013, de 1.10);⁸⁴⁴
- d) Opiniones de la Doctrina administrativa, que comentan las sentencias, informes y resoluciones de los órganos mencionados, y entre cuyos autores destacan: GIMENO FELÍU (2010 y 2012 a 2016), GALLEGO CÓRCOLES (2011), RAZQUIN LIZÁRRAGA, J.A. (2012), SÁIZ RAMOS (2012), RAZQUIN LIZÁRRAGA, M.M. (2014) y CARBONERO GALLARDO (2015).⁸⁴⁵

II. [sic] La configuración de los contratos de servicios del ámbito sanitario o social en los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas admite suficiente flexibilidad como para garantizar, en aras del interés público, la calidad y continuidad en la prestación del servicio.»

⁸⁴⁴ Con indicación para la consulta pormenorizada al epígrafe 2.2.3^a.c, se reproducen dos resoluciones:

-TARC Central, R 215/2014, de 14.3, que tras plantearse «si el contrato de gestión del punto de encuentro familiar puede conceptuarse o no como un verdadero contrato de gestión de servicios públicos en régimen de concesión», señala que:

«La respuesta, a juicio de este Tribunal, debe ser negativa. La lectura del clausulado de los Pliegos (cfr.: antecedente de hecho tercero de esta Resolución) evidencia que, en rigor, el candidato que resulte adjudicatario no asumirá ningún riesgo derivado de la explotación del servicio, pues su retribución se abonará por la Administración mensualmente, sin que de ninguna de las estipulaciones de los Pliegos se infiera que el importe dependa del número de visitas o intervenciones que efectivamente se lleven a cabo en el Punto de encuentro familiar; lo único que resulta de aquéllos es que el pago se hará a mensualidades vencidas, previa presentación de la factura, “de acuerdo con el precio que resulte de la adjudicación” que, por lo demás, se fija a tanto alzado. Sólo se prevé que el precio pueda variar en los casos en los que la prestación del servicio no llegue a iniciarse el 1 de enero de 2014, hipótesis en la que se reducirá proporcionalmente al tiempo de ejecución.

Como se apreciará, pues, la retribución del contratista es en realidad la propia de un contrato de servicios, sin que esté vinculada en modo alguno a la demanda que pueda hacerse del servicio, como correspondería si se tratara de una verdadera concesión. En consecuencia, este Tribunal considera que la forma de retribución prevista excluye cualquier asunción del riesgo por parte del contratista, con lo que debe descartarse la existencia de un contrato de gestión de servicios públicos» (pág. 10).

-TARC Aragón, Acuerdo 55/2013, de 1.10, que resuelve el recurso especial, interpuesto contra la resolución por la que se adjudica el contrato denominado «Gestión integral del Hogar y Centro de Día de mayores Luis Aula de Zaragoza», promovido por el Instituto Aragonés de Servicios Sociales, calificado como gestión de servicios públicos, en la modalidad de concesión.

En la resolución, el «Tribunal entiende que tal y como está configurado el contrato objeto de recurso, no hay transferencia del riesgo de la explotación al contratista, ni se deja indeterminada la demanda del servicio. En consecuencia, el presente contrato debe ser calificado como contrato de servicios» (FDº 1º, antepenúltimo párrafo).

⁸⁴⁵ Expresivamente lapidaria es la conclusión del primero de los autores citados cuando afirma: «en la práctica esto comporta no sólo 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 concierto ni la sociedad de economía mixta al no cumplir los requisitos exigidos por la jurisprudencia del TJCE» (GIMENO FELÍU, 2010: 156, 2012: 35 y 2014b: 158).

Sin embargo, respecto de este planteamiento hay que hacer notar que, en rigor, no se produce una correlación exacta entre las conclusiones de la jurisprudencia comunitaria y las de la *tesis restrictiva*, toda vez que aquellas se contraen exclusivamente a la alternativa comunitaria de concesión de servicios/contrato público de servicios, mientras que el argumentario de dicha tesis contrapone el contrato de servicios al contrato de gestión de servicios públicos, reducido exclusivamente a la concesión y considerando que han perdido su vigencia las modalidades de la gestión interesada, el concierto y la sociedad de economía mixta.

Y este vino siendo el escenario donde se barajaban las distintas opciones contractuales para la gestión de servicios públicos hasta principios de 2014, fecha a partir de la cual nuevos factores incidirían en la polémica tal como se analizará en las conclusiones siguientes.

Octava. Nuevas Directivas de adjudicación de contratos de concesión (2014/23/UE) y sobre contratación pública (2014/24/UE) y su necesaria transposición

En este escenario, hay que referirse a la necesidad de la transposición de las tres nuevas Directivas comunitarias (2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, 2014/24/UE, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, y 2014/25, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE, todas ellas de 26.2.2014 y publicadas en el DOUE de 28.3.2014). Centrando el análisis en las dos primeras Directivas cabe formular las siguientes consideraciones:

a) La nueva Directiva 2014/23/UE define los contratos de concesión en los términos siguientes:

«Artículo 5

Definiciones

A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

1) «concesiones»: *las concesiones de obras o de servicios, con arreglo a las definiciones contempladas en las letras a) y b) :*

a) «concesión de obras»: un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar las obras objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago;

b) «concesión de servicios»: 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».

b) Por su parte, la nueva Directiva 2014/24/UE no regula los contratos públicos de servicios en un solo precepto, sino que su definición resulta de la integración de las notas contenidas en varios de ellos, de manera que cabe conceptuarlo como aquel *contrato oneroso, celebrado por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes económicos, cuyo objeto sea la prestación de servicios distintos a la ejecución de obras, entendidas éstas como ejecución de obras relativas a una de las actividades mencionadas en el anexo II o conjuntamente con el proyecto* (art. 2.1.5), 6) y 7 y CDO 8).

c) En relación con la gestión contractual de servicios públicos cabe señalar los siguientes aspectos relevantes:

1º Se reiteran las definiciones comunitarias de los contratos públicos de servicios y de las concesiones de obras y de servicios, confirmándose la transferencia del riesgo como criterio de distinción entre éstas y aquel contrato, si bien se sustituye la mención al *precio* por la de *pago* como complemento al derecho a explotar la obra o el servicio.

2º La *Directiva 2014/23* se adopta tras constatar que «es necesario instaurar un marco jurídico adecuado, equilibrado y flexible en el ámbito de la adjudicación de concesiones que garantice a todos los operadores económicos de la Unión un acceso efectivo y no discriminatorio al mercado y que afiance la seguridad jurídica, favoreciendo así la inversión pública en infraestructuras y servicios estratégicos para el ciudadano» (Considerando 1).

Y de ahí la regulación conjunta de las concesiones de obras y de servicios, definidas como *«contratos a título oneroso mediante los cuales uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras o la prestación y gestión de servicios a uno o más operadores económicos. El objeto de dichos contratos es la contratación de obras o servicios mediante una concesión cuya contrapartida consiste en el derecho a explotar las obras o servicios, o este mismo derecho en conjunción con un pago»* (CDO 11).

3º De acuerdo con su propia naturaleza, la Directiva 2014/23 sobre concesiones vincula a los Estados miembros en la consecución de las finalidades que persigue, dejando a las autoridades internas competentes la elección de la forma y los medios adecuados para ello. Además de consignar ese principio en sus considerandos 5º y 6º, la Directiva lo incorpora en su regulación:

«Artículo 2

Principio de libertad de administración de las autoridades públicas

1. La presente Directiva reconoce el principio de libertad de administración de las autoridades nacionales, regionales y locales, de conformidad con el Derecho nacional y de la Unión. Dichas autoridades tienen libertad para decidir la mejor forma de gestionar la ejecución de obras o la prestación de servicios, en particular garantizando un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios en los servicios públicos.

Dichas autoridades podrán optar por realizar sus funciones de interés público con recursos propios o en colaboración con otras autoridades o confiarlas a operadores económicos.

2. La presente Directiva no afecta a los regímenes de propiedad de los Estados miembros y, en particular, no requiere la privatización de empresas públicas que presten servicios al público».

4º La Directiva 2014/23 define con gran precisión el riesgo del concesionario (art. 5.1, in fine):

«La adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. 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 ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable».

5º Del resto de previsiones de la Directiva 2014/23 sobre concesiones destacan las relativas a:

5.a) El *umbral* a partir del cual se aplicará, que se cifra en las concesiones de un valor igual o superior a 5.225.000 EUR (importe que sustituyó al de 5.186.000 en aplicación del Reglamento delegado 2015/2172/UE de la Comisión de 24.11.2015), tomando como base que el valor de la concesión será el volumen de negocios total de la empresa concesionaria generados durante la duración del contrato, excluido el IVA, estimado por el poder adjudicador o la entidad adjudicadora, en contrapartida de las obras y servicios objeto de la concesión, así como de los suministros relacionados con las obras y los servicios y fijando los métodos de cálculo del valor estimado de las mismas (art. 8), así como los supuestos en que procederá la revisión del umbral (art. 9).

5.b) Las denominadas *exclusiones*, esto es, las concesiones a las que no se aplica la Directiva (art. 10 a 17, entre las que destacan las relativas al sector del agua potable y a las formalizadas entre entidades del sector público) y las que se someten de manera limitada (art. 19, sobre servicios sociales y otros servicios específicos).

5.c) La *duración limitada* de la concesión y su vinculación con la amortización de la inversión (art. 18).

5.d) Las *normas en materia de adjudicación de concesiones*: principios generales y garantías procedimentales (art. 30 a 41), con determinaciones sobre anuncios de las concesiones, selección y evaluación cualitativa de los candidatos, criterios objetivos de adjudicación y comunicación de ésta a los candidatos y licitadores, complementadas con previsiones sobre la información que debe figurar en los anuncios de las concesiones (anexos V a IX y XI).

5.e) Las *normas relativas a la ejecución de las concesiones* (art. 42 a 45), que incluyen las determinaciones sobre subcontratación, modificación de los contratos durante su período de vigencia y resolución de las concesiones.

6º Por su parte, de *la Directiva 2014/24 sobre contratación pública*, en relación con la gestión contractual de los servicios públicos locales, interesa resaltar los aspectos siguientes:

6a) Se reitera la *libertad* de la que gozan los Estados miembros *para organizar sus servicios*, dejando constancia de ello tanto en sus considerandos 6º y 7º, como en su propia regulación:

«*Artículo 1*

Objeto y ámbito de aplicación (...)

4. La presente Directiva no afecta a la libertad de los Estados miembros de definir, de conformidad con el Derecho de la Unión, lo que consideran servicios de interés económico general, cómo deben organizarse y financiarse dichos servicios con arreglo a las normas sobre las ayudas estatales y a qué obligaciones específicas deben estar sujetos. Del mismo modo, la presente Directiva no afectará a la decisión de las autoridades públicas de decidir si desean asumir ellas mismas determinadas funciones públicas, en qué forma y en qué medida, en virtud del artículo 14 del TFUE y del Protocolo no 26.»

6b) El *umbral* se sitúa para los contratos públicos de servicios, excluido siempre el IVA, en los 209.000 EUR (cifra que sustituyó a la de 207.000 en aplicación del Reglamento delegado 2015/2170/UE de la Comisión de 24.11.2015), naturalmente referido al valor estimado de la contratación, si bien se eleva a 750.000 en los de servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo XIV.

Indicados sucintamente los conceptos esenciales de las Directivas 2014/23 y 24/UE, por lo que se refiere a las concesiones y a los contratos de servicios, respectivamente, su transposición debía tener lugar antes de la fecha límite del 18 de abril de 2016. No solo esta transposición no se ha producido en el plazo establecido, sino que este será ampliamente rebasado atendido que al cierre de esta tesis ni siquiera se ha iniciado la tramitación parlamentaria del correspondiente proyecto de ley. Aparte de las posibles sanciones derivadas del incumplimiento de la referida obligación, las Directivas tienen

un *efecto directo*, son de aplicación directa, en aquellas determinaciones que tengan una formulación clara, precisa, completa e incondicional, como se analizará más detalladamente.⁸⁴⁶

Fijadas las conclusiones sobre las nuevas Directivas y las exigencias del Derecho comunitario, procede analizar, con vistas a su transposición, la problemática del derecho interno actual y su tratamiento de la gestión contractual de los servicios públicos locales. Antes, no obstante, es precisa una mención a la tercera Directiva, la 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE. El estudio de esta Directiva, tradicionalmente conocida como de *los sectores excluidos*, y del Anteproyecto por el cual se procede a su transposición (ALCSE/O/2015) quedan fuera del objeto de la tesis, toda vez que debe reconducirse a la ley general la gestión contractual de los servicios públicos por las entidades locales (ALCSP, 3, y ALCSE, 5.3).

Novena. La regulación actual de la gestión contractual de los servicios públicos locales, los dilemas sobre las opciones a seguir y las fases del proceso

De acuerdo con la regulación actual del TRLCSP/2011, sólo existe un ámbito en el que la gestión contractual de servicios públicos locales goza de todos los requisitos de la seguridad jurídica: la concesión de servicio público en que el contratista asume el riesgo de la explotación del mismo, sobre la base de que su remuneración proviene de las tarifas que abonan los usuarios, exclusivamente o acompañadas de un precio que satisface la Administración titular de dicho servicio; eventualmente, cabe el pago directo por la Administración siempre sobre la base de que el concesionario asuma el riesgo de explotación. En tal caso, la contratación de la prestación es subsumible en el tipo definido en el art. 277.a) y 281.1 del TRLCSP, referidos a la concesión, y concuerda con el concepto que ofrece la ya derogada Directiva 2004/18/CE (art. 1.4.b) y la hoy vigente Directiva 2014/23/UE (art. 5.1.b).

⁸⁴⁶ El efecto directo de las Directivas comunitarias es objeto de análisis en el epígrafe 7 de la tesis, así como en estas conclusiones (*vid.* De la 43ª a la 46ª).

No ha sido España la única que ha incumplido la obligación de transponer las Directivas en plazo. El 26 de mayo de 2016, la Comisión Europea hacía público el requerimiento remitido a 21 de los Estados miembros, esto es, las tres cuartas partes de los que integran la UE. Sobre el particular y también respecto de los países que sí han observado ese deber, véase el epígrafe 2.4, *in fine*.

Ese es el único supuesto en el que coinciden el derecho positivo y la totalidad de los pronunciamientos de las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa, los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales y la doctrina administrativista. Fuera del mismo, los requisitos y las opiniones se separan y los operadores jurídicos se ven ante el dilema de los preceptos a aplicar y las consecuencias que se derivan.

Constatado lo anterior, lo cierto es que se han ido sucediendo diversas propuestas en un escenario en el que, al cierre de la presente tesis, se diferencian las siguientes fases:

1ª Elaboración y sometimiento por el MINHAP al trámite de información pública del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público (ALCSP) de abril de 2015, respecto del cual presenté alegaciones (14.5.2015).

2ª Siguió luego un período, que va de mayo a octubre de 2015, durante el cual se fueron sucediendo informes de diversos órganos y organismos. En el curso del mismo, y sobre la base de las alegaciones antes citadas aunque ampliadas, elaboré el artículo «Modificación de la Ley de Contratos del Sector Público y gestión de servicios públicos locales: propuestas y alternativas», publicado en la *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 40 (octubre 2015).

3ª Cerrado y fechado el 21.10.2015, el texto del nuevo Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público (ALCSP/O/2015), fue remitido al Consejo de Estado para su Dictamen preceptivo por el Pleno, en tanto que integrante de la categoría de los «*anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo (...) del derecho comunitario europeo*» (ex LO 3/1980, de 22.4, del Consejo de Estado, art. 21.2).

4ª En la sesión de 10.3.2016, el Pleno del Consejo de Estado aprobó el Dictamen núm. 1116/2015 sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, que, por lo que se refiere a la gestión contractual de servicios público locales, acoge las tesis y reproduce consideraciones y argumentos contenidos en mis alegaciones y en el artículo de mayo y octubre de 2015, respectivamente.⁸⁴⁷

⁸⁴⁷ Tanto los ALCSP de abril y de octubre de 2015, como mis alegaciones de mayo y el artículo de octubre del mismo año y el Dictamen del Consejo de Estado de marzo de 2016 pueden consultarse en la página del GREL (*Grup de Recerca en Estudis Locals* / Universidad de Barcelona, del que formo parte):

5ª Cumplidos los trámites señalados en relación con la iniciativa legislativa del Gobierno (ex 22 de la L 50/1997), los restantes pendientes quedaban en suspenso atendidas la prolongación de la situación del Ejecutivo en funciones, la no resolución de una investidura gubernamental de resultas de las elecciones generales del 20 de diciembre de 2015 y la convocatoria de unas nuevas elecciones generales para el 26 de junio de 2016.

6ª Vencido el plazo sin que la transposición de las Directivas hubiera tenido lugar, ello daba paso, a partir del 19 de abril de 2016, al efecto directo de las mismas.

Con tales antecedentes y situados en el verano de 2016, se plantean un serie de dilemas y conflictos normativos que dibujan un escenario caracterizado, de un lado, por la inmediatez de las respuestas que demandan los operadores jurídicos para solventar la gestión contractual de los servicios públicos locales (el *día a día* de los ayuntamientos) y, de otro, con la vista puesta en el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público de octubre de 2015 y, naturalmente, en el Dictamen que sobre el mismo emitió el Consejo de Estado en marzo de 2016, de cuya conjunción habrá de salir el proyecto de ley que inicie la tramitación parlamentaria que culmine con el texto legal que transponga, por fin, las Directivas comunitarias y actualice la legislación básica de contratos del sector público.

Décima. Planteamiento y articulación del ALCSP, y su crítica

Tras la información pública, en el texto del ALCSP de octubre de 2015 se incorporaron modificaciones, tanto correctoras de algunas deficiencias del texto de abril anterior, como variaciones de criterio. En las conclusiones que siguen se centrará el estudio en el texto sometido al Consejo de Estado, dejando constancia de algunas de las modificaciones significativas introducidas en dicho texto respecto del ALCSP/A/2015, así como de la valoración efectuada por el Alto órgano consultivo.

Reconocida la calidad técnica del Anteproyecto, opino que éste encuentra en la regulación de la gestión contractual de los servicios públicos uno de sus puntos débiles. La primera objeción a plantear radica en la escasa e incompleta justificación

<https://grelub.wordpress.com/2016/04/26/opiniones-y-argumentos-defendidos-por-investigadores-del-grel-son-confirmados-por-el-consejo-de-estado/>

de la desaparición del contrato de gestión de servicios públicos (CGSP) y de las alternativas que se proponen a su eliminación.

Así, en su primera formulación el ALCSP/A/2015 se limitó a consignar la supresión en los siguientes términos (Exposición de motivos/EM, IV, párrafo 5º):

*«En el ámbito de las concesiones, desaparece la figura del contrato de gestión de servicio público y, con ello, de la regulación de los diferentes modos de gestión indirecta de los servicios públicos que se hacía en el artículo 277 del anterior texto refundido, **dejando subsistente solo la concesión, si bien esta última pasa a desglosarse en dos categorías, como son la concesión de obras y la concesión de servicios. Esta última podrá tener por objeto servicios que no sean públicos siempre y cuando los mismos sean de la titularidad o competencia de la Administración».***

En su posterior formulación, se mantuvo la insuficiente motivación, aunque se introdujo la mención a la Directiva 2014/23/UE, dando lugar al siguiente redactado (ALCSP/O/2015, EM, IV, pfo. 5º):

*«En el ámbito de las concesiones, desaparece la figura del contrato de gestión de servicio público y, con ello, la regulación de los diferentes modos de gestión indirecta de los servicios públicos que se hacía en el artículo 277 del anterior texto refundido. **Surge en su lugar, y en virtud de la nueva Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión, la nueva figura de la concesión de servicios, que se añade dentro de la categoría de las concesiones a la ya existente figura de la concesión de obras, y que podrá tener por objeto servicios que no sean públicos siempre y cuando los mismos sean de la titularidad o competencia de la Administración.»**⁸⁴⁸*

Dejando para después el último inciso sobre los servicios que no sean públicos, lo cierto es que, a tenor de la escueta justificación, parecería que los servicios públicos

⁸⁴⁸ Identificados en negrita los cambios, lo cierto es que de la escasa e incompleta justificación me quejaba ya en las alegaciones de mayo al ALCSP/A/2015 y en el artículo de octubre de 2015 (pág. 2 y 3, respectivamente). De la misma opinión es el Consejo de Estado: «En este panorama, la principal novedad del anteproyecto en la tipificación de los contratos administrativos es la desaparición del contrato de gestión de servicios públicos y la redefinición de los contratos de servicios y concesión de servicios, aspectos a los que la memoria del análisis de impacto normativo no presta atención suficiente» (Dictamen núm. 1116/2015, p. 72).

sólo podrán gestionarse mediante concesión, equívoco que obviamente hay que descartar, si bien para ello hay que adentrarse en el articulado e intentar descubrir cual es el planteamiento general del Anteproyecto, que, en síntesis, cabe deducir que se articula a partir de los criterios siguientes:

1º *Omisión del CGSP* entre los contratos que regula el anteproyecto en el Título Preliminar, tanto en la mención genérica a los contratos administrativos (art. 25), como en las definiciones específicas referidas a los contratos de obras (13), concesiones de obras (14), concesiones de servicios (15), suministro (16), servicios (17) y mixtos (18).

2º *Atribución al contrato de concesión de servicios* de la gestión de aquellos servicios públicos «*cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir el precio*», explotación que «*implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional*» (15).

3º *Subsunción en el contrato de servicios* de la gestión de aquellos servicios públicos en los que el prestatario no asuma el riesgo operacional en la gestión de los mismos. Ciertamente, este criterio no procede sino, de un lado, del razonamiento a contrario sensu de la no-inclusión del CGSP entre los regulados en el Anteproyecto de 2015, y de la definición vista del contrato de concesión de servicios y, de otro, de la amplísima conceptualización de los contratos de servicios como «*aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio en forma sucesiva y por precio unitario*» (ALCSP, art. 17, pfo. 1º).

Junto a los tres criterios señalados, y en lo que parece ser un intento de cerrar el círculo interpretativo, el Anteproyecto, en su parte final, dispone lo siguiente:

«*DISPOSICIÓN ADICIONAL TRIGÉSIMA SEXTA. Referencias a contratos de gestión de servicios públicos.*

Las referencias existentes en la legislación vigente al contrato de gestión de servicios públicos se entenderán realizadas tras la entrada en vigor de la presente Ley al contrato de concesión de servicios, en la medida en que se adecuen a lo regulado para dicho contrato en la presente Ley».

Sucedee, no obstante, que la pauta es incompleta, pues no facilita regla para los supuestos en que la gestión de servicios públicos no se adecue al contrato de concesión. Faltaría, pues, en consonancia con la Directiva 2014/23/UE, la referencia al traslado del riesgo operacional, criterio de delimitación que distingue el contrato de concesión, del contrato de servicios, en el que no se transfiere dicho riesgo.

Frente a la configuración que plantea el Anteproyecto estimo que hay una alternativa mejor y que se concreta en una regulación que atienda a cuatro máximas:

- reservar la concesión de servicios para la gestión y explotación de aquellos en que, tengan o no el carácter de públicos, se transfiera al concesionario el riesgo operacional de conformidad con la Directiva 2014/23/UE;
- diferenciar, no obstante, el régimen jurídico de la concesión según tenga o no por objeto un servicio público, estableciendo para el caso de tenerlo las necesarias determinaciones y garantías para salvaguardar los derechos de los usuarios y los principios de continuidad y regularidad de los servicios públicos, prescripciones que no han de resultar aplicables si la concesión tiene por objeto un servicio que no tenga el carácter de público;
- mantener el contrato de gestión de servicios públicos, en sus modalidades de gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta, y con la reintroducción en la legislación básica del arrendamiento, como formas contractuales para la gestión de servicios públicos en los que no se transfiera al contratista el riesgo operacional, actualizando su régimen jurídico para salvaguardar los derechos de los usuarios y los principios de continuidad y regularidad antes aludidos, e introduciendo las exigencias sobre publicidad comunitaria y recurso especial de contratación y el resto que resulten de la aplicación de las previstas en la Directiva 2014/24/UE;
- y, en consonancia con lo anterior, definir los contratos de servicios como aquellos cuyo objeto lo integran prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra, gestión de un servicio público o suministro, incluyendo aquellos en que el empresario se obligue a ejecutar el servicio en forma sucesiva y por precio unitario, y sin que se transfiera al contratista el riesgo operacional.

Al análisis y valoración de la configuración planteada por el Anteproyecto y a la justificación y caracterización de esa alternativa a tal configuración se dedicarán las conclusiones siguientes, si bien antes parece oportuno dejar constancia de la trascendencia que el Consejo de Estado confiere a la noción de servicio público, sobre cuya centralidad en el derecho público ya me he pronunciado.⁸⁴⁹

8.3 Sobre la configuración en el ALCSP del contrato de concesión de servicios y la subsunción de la gestión de servicios públicos en que se transfiera el riesgo operacional al concesionario

Undécima. Planteamiento del articulado de la concesión de servicios

De la lectura de los preceptos del ALCSP cabe identificar como criterios que configuran la regulación del contrato de concesión de servicios los siguientes:

- 1º La ya señalada incorporación de la transferencia del *riesgo operacional* como regla identificadora de dicho contrato, en los términos del Anteproyecto transcritos anteriormente (art. 15.2 en relación con el 14.4.2º pfo.), que son coincidentes con los de la Directiva 2014/23/UE (art. 5.1.b).
- 2º Una configuración dual toda vez que la concesión podrá tener por objeto tanto servicios públicos, como «*servicios que no sean públicos*» (EM, IV, pfo. 5º y 282).

⁸⁴⁹ Después de analizar la dicotomía entre la concesión de servicios y el contrato de servicios, el Alto órgano consultivo le dedica las siguientes frases: «En la valoración de esta decisión normativa no puede orillarse la importancia que la noción de servicio público ha tenido y tiene en el Derecho continental, como elemento vertebrador, no solamente de la contratación, si no en general de la actividad de los poderes públicos- (...) Servicios públicos (...) entre los que destacan los principios de continuidad, igualdad y mutabilidad. Tales principios están presentes en nuestra legislación de contratación administrativa, en el texto refundido actual a propósito del contrato de gestión de servicios públicos. El desplazamiento de la noción de servicio público como elemento diferenciador de las dos modalidades contractuales aludidas, para poner el foco en un aspecto, sin duda, importante, pero de índole organizativo, como es si se transfiera o no el riesgo operacional, es el germen de diversas distorsiones. Al fin y al cabo, si el adjudicatario asume o no el aludido riesgo es una cuestión capital para regular las relaciones entre las partes en el contrato, pero sin impacto directo en los ciudadanos destinatarios de los servicios públicos, en beneficio de los cuales ha de garantizarse la continuidad e igualdad en la prestación» (Dictamen 1116/2015, p. 76 y 77).

- 3º La traslación en bloque de los preceptos sobre el CGSP contenidos en el TRLCSP/2011 a la regulación de la concesión, tal como recoge el propio texto del Anteproyecto y refleja su documento complementario (*tabla de correspondencias*).
- 4º Un tratamiento normativo del contrato de concesión de servicios que puede calificarse de suficiente (art. 282-294), si se refiere a la gestión de servicios públicos en que concurra el traslado del riesgo operacional, pero que tiene efectos disfuncionales en la aplicación de las determinaciones exorbitantes a los servicios que no tengan el carácter de públicos.
- 5º Finalmente, la remisión expresa, como regulación supletoria (art. 295), a la *«regulación establecida respecto al contrato de concesión de obras, siempre que resulte compatible con la naturaleza de aquél»*.

A partir de este planteamiento se desarrolla la regulación del ALCSP sobre la concesión de servicios cuyas conclusiones al respecto se detallan a continuación.

Duodécima. Concepto de concesión y riesgo operacional

De acuerdo con el ALCSP y tal como se ha anticipado, *«el contrato de concesión de servicios es aquél en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio»* (15.1).

Y bien entendido que:

- *«El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional»* (15.2).

- *«Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real*

a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable» (14.4.2º pfo.).

La definición legal transcrita, que coincide con la de la Directiva 23, es susceptible de completarse con pronunciamientos de esta misma norma comunitaria, en el sentido de que el *riesgo operacional* transferido al concesionario se caracteriza por:

- a) La posibilidad de no recuperar las inversiones realizadas ni cubrir los costes sufragados por el mismo (CDO 18. 3r pfo.).
- b) El no aseguramiento por parte de la Administración de unos ingresos mínimos (CDO 18. 4º pfo. y 19 1r pfo.).
- c) La ajeneidad de los factores que inciden en el riesgo operacional y la exposición a las incertidumbres del mercado; al riesgo de la demanda o al del suministro (o de oferta o de uso) o a ambos.⁸⁵⁰
- d) Aunque cabe que la remuneración proceda de la propia Administración (CDO 18.5 pfo.)
- e) También es admisible que la Administración asuma parte del riesgo, que cabe entender que no será sustancial. (CDO 18. 3r pfo., 19. 2º pfo. y 5.1 de la D 23).
- f) En cualquier caso, debe permitir al concesionario recuperar las inversiones realizadas, más un beneficio sobre el capital invertido en condiciones normales de explotación, teniendo en cuenta los objetivos contractuales específicos que haya

⁸⁵⁰ Sobre tales riesgos la Directiva 23 formula las siguientes concreciones:

«Un riesgo operacional debe derivarse de factores que escapan al control de las partes. Los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión. Un riesgo operacional debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro. Debe entenderse por “riesgo de demanda” el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato. Debe entenderse por “riesgo de oferta” el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda. A efectos de la evaluación del riesgo operacional, puede tomarse en consideración, de manera coherente y uniforme, el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario» (CDO 20).

asumido el concesionario y en un horizonte temporal adecuado a tales objetivos (CDO 52).

Completa esa caracterización la calificación de la concesión como *contrato oneroso*, «carácter que concurre cuando el contratista obtiene algún tipo de beneficio económico de forma directa o indirecta» (Dictamen del Consejo de Estado 1116/2015, p.55).

Decimotercera. Ámbito de la concesión de servicios

Las determinaciones sobre el ámbito de la concesión de servicios las encontramos en el Anteproyecto en la Exposición de motivos y en el art. 282. Sobre tales contenidos cabe formular las consideraciones siguientes.⁸⁵¹

1ª La concesión de servicios puede aplicarse tanto a *servicios públicos* como a *servicios que no sean públicos* (por utilizar la expresión del inciso final del párrafo transcrito de la EM). La distinción entre unos y otros no es fácil, por la misma razón que la legislación ha venido obviando la definición de la actividad de servicio público, obligando así a la doctrina y a la jurisprudencia a dotar de significado ese término

Sobre tales bases, y para el ámbito del servicio público que se analiza, la he definido «como aquella actividad *desarrollada* por una entidad pública local, por sí o mediante un gestor contratado, para satisfacer las necesidades de los usuarios, conjunto de

⁸⁵¹ Los términos de la definición son los siguientes:

«En el ámbito de las concesiones, desaparece la figura del contrato de gestión de servicio público y, con ello, la regulación de los diferentes modos de gestión indirecta de los servicios públicos que se hacía en el artículo 277 del anterior texto refundido. Surge en su lugar, y en virtud de la nueva Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión, la nueva figura de la concesión de servicios, que se añade dentro de la categoría de las concesiones a la ya existente figura de la concesión de obras, y que podrá tener por objeto servicios que no sean públicos siempre y cuando los mismos sean de la titularidad o competencia de la Administración» (EM, IV, pfo 5º).

«Artículo 282. Ámbito del contrato de concesión de servicios.

1. La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato de concesión de servicios, los servicios de su titularidad o competencia siempre que sean susceptibles de explotación económica por particulares. En ningún caso podrán prestarse mediante concesión de servicios los que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

2. Antes de proceder a la contratación de una concesión de servicios, en los casos en que se trate de servicios públicos, deberá haberse establecido su régimen jurídico, que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio.

3. El contrato expresará con claridad, en todo caso, el ámbito de la concesión, tanto en el orden funcional, como en el territorial».

personas destinatarias de la misma, *caracterizada*, objetivamente, por venir constituida por prestaciones técnicas, que reportan utilidades a los usuarios que las reciben, *configurada* bajo criterios de generalidad e igualdad y en unas condiciones de continuidad y regularidad, y *declarada* por la legislación como servicio público local o asumida como tal por la entidad en el ámbito de sus competencias y de conformidad con el procedimiento administrativo establecido».

Por contraste con esa definición, *los servicios no públicos* integrarían unas actuaciones que, constituidas lógicamente por utilidades y siendo recibidas efectivamente por terceros, su prestación no responde a una obligación derivada de la competencia de la Administración. Faltando este título, pero concurriendo el de la titularidad de los inmuebles en que se prestan los servicios, podría darse cobertura contractual a supuestos en que se produce una *explotación económica* y concurre la *transferencia del riesgo operacional*.

Entiendo por ello correcta la disyuntiva sobre *los servicios de su titularidad o competencia*, referidos a la Administración, que se contiene en el art. 282.1 del Anteproyecto, toda vez que sirve para distinguir los servicios *no públicos* de los *públicos*, respectivamente. Pues es bien sabido que el *criterio de la competencia* es el que ha venido caracterizando, en tanto que amparo y título jurídico, la prestación de servicios públicos por las Administraciones en la legislación básica de contratos (TRLCSF, con menciones en los art. 8.1, a «*servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia*», y 275.1, a «*los servicios de su competencia*», en ambos casos referidos al contrato de gestión de servicios públicos). Y ese mismo criterio de la competencia es el observado en la legislación local para los servicios públicos en este ámbito (cfr. los art. 25, 26, 86 y concordantes de la LBRL).

Pero por las razones aludidas no encuentro explicación a que esa misma disyuntiva sirva para justificar que la concesión de servicios «*podrá tener por objeto servicios que no sean públicos siempre y cuando los mismos sean de titularidad o competencia de la Administración*» (EM, IV, pfo. 5º). Cabalmente, habría que entender que si se atribuye la competencia, los servicios han de calificarse como públicos, y reservar la categoría de los no-públicos para los supuestos en que la Administración solo ostenta la titularidad respecto de actuaciones que se desarrollan por el concesionario, pero en el marco de un contrato que aquella ha promovido.

Apreciadas las diferencias respecto de la *dualidad de objetos de la concesión*, hay que adelantar que las consecuencias no se detienen ahí, sino que se proyectan sobre el *régimen jurídico aplicable a uno y otro tipo de servicios*, cuyo comentario respectivo será objeto de conclusiones posteriores; primero, las referidas a los servicios públicos, y luego a los que no tiene carácter público (31ª).

2ª La segunda determinación sobre el ámbito del contrato se refiere a que la Administración podrá gestionar mediante concesión *los servicios que sean susceptibles de explotación económica por particulares* (ALCSP, 282.1, antecedente TRLCSP, 275.1).

3ª El Anteproyecto trae al artículo 282.2 las prescripciones referidas al *establecimiento del régimen jurídico en los casos en que se trate de servicios públicos*, y que son las siguientes (antecedente, TRLCSP, 132):

- *declaración expresa de que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, la denominada publicatio;*
- *determinación del alcance de las prestaciones en favor de los administrados;*
- *regulación de los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio.*

4ª Proveniente del TRLCSP (275.1), el Anteproyecto incorpora la prescripción de que, *«en ningún caso, podrán prestarse mediante concesión de servicios los que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos»* (282.1, in fine).⁸⁵²

Decimocuarta. Determinaciones sobre la división en lotes y contratos mixtos

Analizados los contenidos del art. 288 del Anteproyecto, sobre el ámbito de las concesiones de servicios, es preciso completarlos con el estudio de dos temas

⁸⁵² De acuerdo con esa prescripción, quedarían vedadas en el ámbito de la gestión de las diferentes modalidades del contrato de gestión de servicios públicos en general (TRLCSP), y de la concesión de servicios (ALCSP), en particular, aquellas actuaciones vinculadas con el ejercicio de las potestades públicas o la salvaguardia de los intereses generales de las Administraciones públicas. En un plano práctico, sin embargo, las actividades prestacionales de dichos contratos no plantean colisiones con la salvaguardia de tales intereses en el ámbito local y, a lo sumo, las actuaciones que implican ejercicio de potestades públicas pueden solventarse mediante la intervención puntual de la policía local u otros funcionarios de la entidad titular del servicio público de que se trate (así, por ejemplo, la retirada o inmovilización de vehículos, en el servicio público de estacionamiento limitado de vehículos en la vía pública mediante control horario y otras prestaciones conexas).

conexos vinculados al objeto, referidos a la posibilidad de división en lotes y a los contratos mixtos.

Una de las principales novedades de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, ha sido la nueva regulación de la *división en lotes* de los contratos (art. 46), como medida destinada a facilitar el acceso de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) a los contratos públicos (CDO 78, 1r pfo.). De la Directiva ha pasado al Anteproyecto, que destaca, igualmente, la división en lotes como medida específica de apoyo a las PYME (EM, V, pfo. 12), y en cuya configuración (art. 99.3 a .7) se invierte la regla general que se utiliza en el TRLCSP (86.3), de manera que, solo si no se divide, hay que justificarlo, se regula la oferta integradora y se puede limitar el número de lotes. La Directiva 2014/23/UE sobre concesiones, sin embargo, no recoge expresamente ese mandato sobre la división en lotes, y es en razón de esta no inclusión que cabe interpretar el tratamiento de las concesiones, que se concreta en la no necesidad de justificar la no división en lotes (art. 99.3). Preciso lo anterior, opino que la regulación sobre la concesión no ha de obstar a prever la división en aquellos supuestos en que la concesión de un servicio público sí mantenga la característica de prestación integral del servicio público, y la concilie con una división en lotes en función, por ejemplo, de diferentes zonas territoriales dentro del término municipal en relación con los servicios de limpieza viaria y recogida de residuos.

Según el Anteproyecto, *«sólo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio de la entidad contratante»* (ALCSP, 34.2, al cual se remite el 18.1.2º pfo., antecedente TRLCSP 25.2). Cumplida esta exigencia, deberán observarse el resto de determinaciones contenidas en el art. 18 del Anteproyecto.

Decimoquinta. Duración de la concesión

La regulación del *plazo de duración del contrato de concesión de servicios* –común con la de obras- que recoge el Anteproyecto se articula a partir de varios criterios, incluidos en el art. 29.6, y cuyos antecedentes vienen constituidos por la Directiva 2014/23/UE (CDO 52 y art. 18) y el TRLCSP (277), y respecto de los cuales pueden formularse las conclusiones siguientes:

a) Los contratos de concesión de servicios tendrán un *plazo de duración limitado, sin que, con carácter general, e incluyendo las posibles prórrogas que acuerde el órgano de contratación* (al amparo del apartado 2 del propio art. 29), *se extienda más allá de 5 años* (ALCSP, 29.6.1r pfo.):

b) El plazo se calculará *en función de los servicios y, en su caso, de las obras que constituyan su objeto y se hará constar en el PCAP* (ALCSP, 29.6.1r pfo.).

c) No obstante, si la concesión de servicios tuviera que sobrepasar el plazo de 5 años, se considerarán las siguientes reglas (ALCSP, 29.6.2º y 3r pfo, D23, 18):

- la duración máxima no podrá exceder del tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de los servicios y las obras, en su caso;
- junto con un rendimiento sobre el capital invertido;
- teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos;
- y bien entendido que las inversiones a efectos de cálculo incluirán tanto las iniciales como las realizadas durante la vida de la concesión.

d) En cualquier caso, la duración de las concesiones de servicios no podrá exceder, incluyendo las posibles prórrogas, de (ALCSP, 29.6.4º pfo.):

- 40 años si comprenden la ejecución de obras, además de la explotación del servicio.
- 25 años si se trata únicamente de la explotación de un servicio no relacionado con la prestación de servicios sanitarios.
- 10 años si comprende solo la explotación de un servicio sanitario.

e) Sin superar los máximos detallados en el apartado anterior, los plazos fijados en los PCAP sólo podrán ser ampliados en un 15% de su duración inicial *para restablecer el equilibrio económico del contrato de concesión de servicios* en las circunstancias previstas en el art. 288 (ALCSP, 29.6, penúltimo párrafo), objeto de conclusión posterior.

f) Sobre el límite de 5 años, a criterio del Consejo de Estado, «debería suprimirse esta limitación que no está prevista en la Directiva, haciendo únicamente referencia a las

reglas del párrafo segundo para el caso de que la concesión de obras o de servicios supere el mencionado plazo de cinco años» (Dictamen 1116/2015, p. 86 y 87).

g) En mi opinión, lo que es imprescindible es que en el estudio de viabilidad y la memoria se aborde de manera exhaustiva y rigurosa el cálculo del plazo de duración de la concesión del servicio público, a partir del análisis de los diferentes factores que inciden en la ecuación económico-financiera de la misma, y con vistas a la formulación de un juicio de razonabilidad relativo a la recuperación de las inversiones realizadas, junto con un rendimiento del capital invertido y teniendo en cuenta los objetivos contractuales específicos, y todo ello, naturalmente, sobre la base de la transferencia esencial o sustancial del riesgo operacional al concesionario.

El ALCSP regula también la *posibilidad de prórrogas* (29.2), tema ciertamente complejo lo que aconseja su remisión al cuerpo de la tesis (epígrafe 4.3.4, 2ª).

Decimosexta. Valoración económica de la concesión

A diferencia del TRLCSP, que no incorpora regla alguna referida al CGSP sobre el *cálculo del valor estimado del contrato* (VEC), el Anteproyecto sí regula con detalle las reglas aplicables a las concesiones (art. 101), reflejo, a su vez, del tratamiento común de las de obras y de servicios en la Directiva 2014/23/UE (CDO 23 y art. 8). En síntesis, las prescripciones son las siguientes:

1ª) El órgano de contratación tomará el volumen total de negocios, sin incluir el IVA, que, según sus estimaciones, generará la empresa concesionaria durante la ejecución del mismo como contraprestación por las obras y los servicios objeto del contrato, así como de los suministros relacionados con estas obras y servicios.

2ª) En el cálculo del VEC deberán tenerse en cuenta: cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato; cuando se haya previsto abonar primas o efectuar pagos a los candidatos o licitadores, la cuantía de los mismos; y, en el caso de que se haya previsto la posibilidad de que el contrato sea modificado, el importe máximo que éste pueda alcanzar.

3ª) Adicionalmente, se tendrán en cuenta, cuando proceda, los siguientes conceptos: la renta procedente del pago de tasas y multas por los usuarios de las obras o servicios, distintas de las recaudadas en nombre del poder adjudicador; los pagos o

ventajas financieras concedidos al concesionario, incluida la compensación por el cumplimiento de una obligación de servicio público y subvenciones a la inversión pública; el valor de los subsidios o ventajas financieras procedentes de terceros a cambio de la ejecución de la concesión; el precio de la venta de cualquier activo que forme parte de la concesión; y el valor de todos los suministros, obras y servicios que el poder adjudicador ponga a disposición del concesionario, siempre que sean necesarios para la ejecución de las obras o la prestación de servicios

Decimoséptima. Efectos, cumplimiento, extinción y trascendencia del régimen jurídico de los servicios públicos

En su art. 284, y con el título epigrafiado, el Anteproyecto dispone que «*los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos de concesión de servicios se regularán por la presente Ley, excluidos el apartado 2 del artículo 190, y los artículos 191, 193, 206 y 208*». Sobre las trascendentales exclusiones que establece este precepto cabe formular, en síntesis, las siguientes conclusiones (antecedente TRLCSP, 276):

1ª La exclusión de los art. 190.2 y 191 del Anteproyecto, sobre *incumplimientos y demora en la ejecución del contrato*, obedece a la inadecuación, respecto del CGSP y ahora de la concesión, del régimen general de penalidades diarias que las fija en una proporción (0,20 €/1000 € del precio del contrato, IVA excluido), configurado para los contratos de resultado, particularmente el de obras, y donde se otorga al plazo un papel trascendental. Es por ello que en el de gestión de servicios públicos y ahora la concesión, arquetipo del contrato de actividad, se requiera la consignación en el pliego de cláusulas de las obligaciones del prestatario, la tipificación de las actuaciones constitutivas de infracciones (muy graves, graves y leves) y el establecimiento de las sanciones correspondientes. Y las razones apuntadas justifican también la excepción referida al art. 193 del Anteproyecto, sobre *resolución por demora y ampliación del plazo de ejecución de los contratos*, atendida su vinculación con art. 191 al que se remite expresamente.

2ª Con la exclusión referida al art. 206 del Anteproyecto se produce la inaplicación de la figura de la *suspensión del contrato*, tanto la acordada por la Administración como la instada por el contratista ante el impago superior a 4 meses (ex 196.5 del ALCSP). Se ha trasladado, pues, a la concesión de servicios la determinación que se ha venido incluyendo para el CGSP, desde la primera ley básica de contratos hasta la hoy vigente. Como la obligación correlativa de no interrupción que se le impone al gestor,

constituyen sendas manifestaciones del *principio de continuidad y regularidad en la prestación de los servicios públicos* (TRLCSF, 280.1 y ALCSP, 284.1).

3ª Finalmente, la exclusión del art. 208 del Anteproyecto, sobre *cumplimiento de los contratos y recepción de la prestación*, se explica también por su conexión con los contratos de resultado y la vinculación de estos con la recepción de las obras y suministros, las *liquidaciones y saldos* y las *garantías y sus plazos*, trámites todos ellos ajenos a los contratos de actividad, como es el caso del contrato de concesión de servicios y el actual CGSP (TRLCSF, art. 222).

No recoge el Anteproyecto en su articulado mención al régimen jurídico de la concesión de servicios, a diferencia del TRLCSF, que sí lo hace en el título de su art. 276 en relación con el CGSP. Y lo cierto es que se trata de un tema capital, toda vez que, como ya se ha tenido oportunidad de reseñar, la sujeción a un régimen unitario en la gestión contractual de servicios públicos constituye el antecedente imprescindible para garantizar los derechos de los usuarios y la aplicación de los principios de continuidad y regularidad de tales servicios, opinión en la que coincide el Consejo de Estado.⁸⁵³

Decimoctava. Ejecución del contrato y potestades de la Administración

Ejecución del contrato de concesión de servicio es el título del art. 285 del ALCSP (antecedente TRLCSF, 279), si bien se limita a fijar la obligación del concesionario de *organizar y prestar el servicio con estricta sujeción a las características establecidas en el contrato y dentro de los plazos señalados en el mismo, y, en su caso, a la ejecución de las obras conforme al proyecto aprobado por el órgano de contratación, declarar que la Administración conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate y prever que las concesiones de servicios únicamente podrán ser objeto de hipoteca en los casos en que conlleven la realización de obras o instalaciones fijas necesarias para la prestación del servicio, y exclusivamente para la financiación de las mismas.*

⁸⁵³ De la imprescindibilidad de ese régimen jurídico unitario me hacía eco en las alegaciones de mayo de 2015 al ALCSP/A/2015 (pág. 16, 17, 24 y 32 a 34) y en el artículo de la RGDA de octubre de 2015 (pág. 19, 20, 25 a 29, 38 y 39); Dictamen núm. 1116/2015 del Consejo de Estado (p. 70 a 77 y 246).

Aunque algunas determinaciones sobre la ejecución del contrato se localizan en otros preceptos a los que se hará referencia, se echa en falta una mención a las potestades de que dispone la Administración en relación con los servicios públicos de su titularidad. Ese vacío es susceptible de llenar en el ámbito local de acuerdo con las previsiones referidas a:

1ª. La potestad de *ordenación y dirección del servicio* que:

- de un lado, constituye una manifestación de la *potestad reglamentaria*, cuyo ejercicio corresponde al Pleno de la entidad local (LBRL, 49), y está expresamente prevista en relación con los servicios públicos locales por la legislación estatal y autonómica;
- de otro, se concreta mediante el reconocimiento a la Corporación local concedente de la potestad de «*dictar órdenes para mantener o restablecer la debida prestación del servicio*» (RS/1955, 127.1.2ª, *in fine*); determinación que al venir referida al servicio público es extensible al resto de modalidades de prestación indirecta, como expresamente prevén algunas legislaciones autonómicas.⁸⁵⁴

2ª. La potestad de *control del servicio* que se articula a partir del ejercicio de las funciones de *seguimiento, inspección, investigación y fiscalización* por parte de la Administración titular del mismo (RS/1955, 127.1.2ª, primer inciso).⁸⁵⁵ Potestad sobre cuyo ejercicio debe recordarse que se sanciona con la nulidad la cláusula por la que la *Corporación concedente renunciare a fiscalizar el servicio* (RS/1955, 116.2, declaración susceptible de ser extendida a todas las modalidades de gestión indirecta, como expresamente recogen las legislaciones de Cataluña (ROAS/1995, 233.c) y Aragón (RBASO/2002, 267.c).

Otras previsiones relevantes referidas a sendas incidencias en la ejecución de la concesión son, en síntesis, las relativas a:

⁸⁵⁴ Aluden, expresamente, a la potestad de *dirección del servicio*, el TRLCat/2003 (art. 251), la LRioja 1/2003 (art. 211.2) y la LArag 7/1999 (art. 210.2).

⁸⁵⁵ Las legislaciones autonómicas que han actualizado la normativa sobre servicios locales se refieren a la *potestad de control del servicio público*, genéricamente considerada (TRLCat/2003, 251, LRioja 1/2003, 211.2 y LArag 7/1999, 210.2), y a la *fiscalización* referida a la concesión (en Cataluña, ROAS/1995, 248.b, y en Aragón, RBASO/2002, 277.b).

- i) Si la Administración no hiciera efectiva al contratista/concesionario la contraprestación económica o no entregare los medios auxiliares a que se obligó en el contrato dentro de los plazos previstos en el mismo y no procediese la resolución del contrato o no la solicitase el concesionario, éste tendrá derecho al interés de demora y a la indemnización por los costes de cobro de las cantidades o valores económicos que aquéllos signifiquen (TRLCSF, 284 y 216.4, y ALCSP, 290 y 196.4).

- ii) Si del incumplimiento por parte del concesionario se derivase *perturbación grave y no reparable por otros medios en el servicio* y la Administración no decidiese la resolución del contrato, podrá acordar el *secuestro o intervención* del mismo hasta que aquélla desaparezca, y en el que resultará de aplicación –novedad del Anteproyecto- el régimen de penalidades establecidas respecto de la concesión de obras, siempre que resulte compatible con la naturaleza de la concesión de servicios (TRLCSF, 285 y ALCSP, 291). Tales determinaciones deben completarse con la remisión a su régimen general de aplicación que, en el ámbito local, alcanza también al supuesto motivado por causas no imputables al contratista (fortuitas o de fuerza mayor, ep.4.12).

Finalmente, a la finalización de la concesión tiene lugar *la reversión*, esto es, el hecho jurídico por el cual pasan a la Administración las obras, instalaciones y demás bienes afectos o adscritos al servicio público de su titularidad, una vez que se produce la extinción del contrato, en cuya virtud los venía utilizando hasta ese momento el prestatario del mismo. Figura parcialmente regulada en el ALCSP (289, antecedente TRLCSF, 283), atendida su relevancia es objeto de un análisis que integra la legislación, la doctrina y la jurisprudencia aplicables (ep. 4.10).

Decimonovena. Necesidad de una configuración unitaria de las obligaciones del concesionario

Obligaciones generales es el título del art. 286 del ALCSP (antecedente, TRLCSF, 280), aunque la enumeración que efectúa es insuficiente, razón por la cual se desarrolla en el cuerpo de la tesis una labor de integración, a partir fundamentalmente de la legislación básica de contratos y la local, las aportaciones doctrinales y los pronunciamientos jurisprudenciales (epígrafe 4.7). Con remisión a los epígrafes

respectivos para su análisis pormenorizado, la relación de obligaciones del concesionario, en síntesis, es la siguiente:

1. Ejecutar las obras previstas en el caso de que la concesión las comprendiera (epígrafe 4.7.2).
2. Prestar el servicio de conformidad con la legislación aplicable y con arreglo a las previsiones contractuales (4.7.3).
3. Prestar el servicio de acuerdo con las modificaciones ordenadas por la corporación con posterioridad a la adjudicación de la concesión (4.7.4).
4. Admitir el acceso de los usuarios al servicio y garantizar su derecho a utilizarlo (4.7.5).
5. Indemnizar a terceros por los daños causados (4.7.6).
6. Conservar los bienes afectos al servicio y cumplir el resto de obligaciones relativas a los mismos, entre las que destacan las relativas a la reversión (4.7.7 y 4.10).
7. Ejercer por sí la concesión con excepción de los supuestos autorizados (4.7.8).
 - 7.1. La subcontratación de prestaciones accesorias en la concesión de servicios públicos (4.7.8.2 y 4.18).
 - 7.2. La cesión del contrato y la concesión de servicios públicos (4.7.8.3).⁸⁵⁶
8. Cuidar del buen orden del servicio (4.7.9).

⁸⁵⁶ Sobre esta causa hay que consignar la inadecuación del ALCSP (212.1) a la Directiva 2014/23/UE (43.1.d), ya que ésta considera modificación contractual no admitida la sustitución del concesionario que no responda a:

- i) una opción o cláusula de revisión inequívoca contenida en el pliego,
- ii) la sucesión total o parcial del concesionario inicial, a raíz de una reestructuración empresarial, en particular por absorción, fusión, adquisición o insolvencia, por otro operador económico que cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente, siempre que ello no implique otras modificaciones sustanciales del contrato ni tenga por objeto eludir la aplicación de la presente Directiva, o bien
- iii) la asunción por el propio poder o entidad adjudicador de las obligaciones del concesionario principal para con sus subcontratistas, siempre que esta posibilidad esté prevista en la legislación nacional.

Tras reproducir el antecedente del TRLCSP (226.1), las previsiones del ALCSP se limitan a prescribir que «*los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos por el contratista a un tercero siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato, y de la cesión no resulte una restricción efectiva de la competencia en el mercado. No podrá autorizarse la cesión a un tercero cuando esta suponga una alteración sustancial de las características del contratista si éstas constituyen un elemento esencial del contrato*». El ALCSP, por tanto, deberá adecuarse a las limitaciones previstas en los apartados i) e iii) del art 43.1.d) de la Directiva 23 (el ii, ya está recogido en el art. 98 del Anteproyecto). Así se pronuncia el Consejo de Estado que lo califica de observación esencial (Dictamen 1116/2015, p.229-230).

9. Respetar el principio de no discriminación por razón de nacionalidad en los contratos de suministros derivados de la concesión (4.7.10).
10. Obligaciones respecto de las zonas complementarias de explotación comercial (4.7.11).
11. Cumplir el resto de obligaciones establecidas (4.7.12).

Vigésima. Prestaciones económicas y derechos ordinarios del concesionario

Bajo la rúbrica de *prestaciones económicas*, el ALCSP se limita a mencionar que el *concesionario tiene derecho a las contraprestaciones económicas* previstas en el contrato, entre las que se incluirá, para hacer efectivo su *derecho a la explotación del servicio*, una *retribución* fijada en función de su utilización *que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración*, a declarar que tendrán la *naturaleza de tarifas* y a señalar que serán revisadas, en su caso, en la forma establecida en el contrato, que se ajustará, en todo caso, a lo previsto en el Capítulo II del Título III del Libro Primero del Anteproyecto, relativo a la *revisión de precios* en los contratos de las entidades del sector público (art. 288, antecedente TRLCSP, 281).

Se trata de una imprecisa regulación que, para la adecuada definición de los derechos económicos del concesionario, requiere del análisis conjunto de la legislación contractual y hacendística, la doctrina, la jurisprudencia y los pronunciamientos gubernativos (MINHAP), cuyo resultado se desarrolla a lo largo del epígrafe 4.8. En síntesis, con remisión a los epígrafes correspondientes, los factores que integran los *derechos económicos ordinarios* del concesionario son los siguientes:

1. Las *tarifas*, definidas como las contraprestaciones económicas que han de satisfacer los usuarios por el servicio público que reciben. Dos son básicamente los ámbitos de cuestiones que se plantean al respecto. El primero es el relativo a la naturaleza jurídica de esas contraprestaciones, centrada en la disyuntiva entre tasa o precio privado, objeto de una viva polémica, que tendencialmente parece inclinarse por la segunda, aunque con una fuerte contestación en favor de la tasa (epígrafes 4.8.2.2 y 4.8.2.4).

El segundo ámbito de cuestiones se refiere a los principios generales sobre la cuantificación del importe de las tarifas, resumidamente los relativos a (ep. 4.8.2.3):

- a) La autofinanciación del servicio, de carácter tendencial.

- b) Los costes de la prestación del servicio, que deben incluir los directos y los indirectos
- c) La necesaria amortización de las inversiones precisas para el servicio.
- d) El legítimo beneficio que debe obtener el concesionario.

2. La contraprestación satisfecha por la Administración, que recibe las denominaciones de *subvención* (RServicios/1955, 129.4), *precio* (Directiva 2004/18/CE, 1.4) o *pago* (Directiva 2014/23/UE, 5.1.b, 1r. pfo. *in fine*), complementa las tarifas satisfechas por los usuarios o, eventualmente, las sustituye, pero siempre sobre la base de que hay una transferencia de riesgo operacional de carácter sustancial al concesionario (ep. 4.8.3).

3. El *canon*, entendido como aquella cantidad que paga el concesionario a la Administración titular del servicio por la explotación de éste y cuya inclusión tiene carácter potestativo (ep. 4.8.4).

4. La *revisión de precios*, tema de complejidad elevada como consecuencia, de un lado, de un cambio en la política legislativa que se concreta en la denominada *desindexación de la economía española*, positivizada en la L 2/2015, y, de otro, en los regímenes transitorios a los que ha dado lugar. Considerada hasta diciembre de 2013 como un derecho de carácter ordinario tras el transcurso de un año de la formalización del contrato, o de la ejecución del 20% del mismo (límite no exigido para el CGSP), la revisión de precios pasa a ser objeto de una severa limitación en los contratos del sector público.⁸⁵⁷ Esa política, sin embargo, no ha acabado de implementarse, dando lugar a un triple escenario de transitoriedad, cuyos fases son las siguientes:

4.1. Régimen de revisión de precios vigente para los contratos iniciados antes del 1 de enero de 2014.

4.2. Régimen de revisión de precios vigente para los contratos cuyo expediente se haya iniciado a partir del 1 de enero de 2014 y sujetos a la DA 88 de la L 22/2013,

⁸⁵⁷ Como se expuso en la referencia oficial, tras la reunión del Consejo de Ministros de 20.12.2013, «la regla general para el sector público será que no podrán realizarse indexaciones. Los aumentos de precios deberán estar justificados exclusivamente por la evolución de los costes del servicio. Con ello se rompe la inercia de subidas de precios automáticas, independientemente de los costes, y se evitan los llamados efectos de segunda ronda: alzas de precios de determinados productos que repercuten directamente sobre otros sin ninguna relación entre sí»;

<http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2013/refc20131220.aspx#Desindexacion>; consulta efectuada el 4.8.2016.

de Presupuestos Generales del Estado para 2014 (fase en la que nos encontramos al cierre de la tesis).

4.3. Previsiones sobre el régimen de revisión de precios vigente para los contratos iniciados a partir de la entrada en vigor del art. 89 del TRLCSP, en la redacción dada por la L 2/2015, de Desindexación, como consecuencia de la aprobación del real decreto previsto en la misma (lo que no ha tenido lugar al cierre de la tesis), previsiones que coinciden en su mayor parte con las recogidas en el ALCSP (103).

Ni que decir tiene que esa transitoriedad supone un serio contratiempo para la normalidad en la contratación pública, y ello especialmente agravado en el caso de las concesiones de servicios públicos tanto por las inversiones significativas como los plazos largos de duración que, de ordinario, caracterizan este tipo de contratos (ep. 4.8.5).

Vigésima primera. Los derechos económicos extraordinarios del concesionario y su evolución normativa

Como complemento al análisis de los derechos ordinarios económicos del concesionario citados en la conclusión anterior, la tesis aborda el estudio de los *derechos extraordinarios* relativos al mantenimiento del equilibrio económico en el supuesto de modificación del contrato (TRLCSP, 282 y ALCSP, 288).

Se trata de un tema de gran complejidad, en tanto que resultado de una evolución histórica de la aplicación de los principios de riesgo y ventura y equilibrio económico y de la propia potestad del *ius variandi*, aumentada en los últimos años por los cambios legislativos limitativos de este derecho en relación con las modificaciones contractuales, derivados fundamentalmente de la jurisprudencia y las Directivas comunitarias.

En su primera parte (epígrafe 4.9.2), el estudio recoge los antecedentes y el planteamiento tradicional que ha regido hasta marzo de 2011, según el cual a la ya natural relevancia del componente económico en todo contrato, en la concesión viene a añadirse la complejidad derivada de la concurrencia de dos principios: *riesgo y ventura* y *equilibrio económico y financiero*. Principios que, aunque no llegan a ser antitéticos, parten de presupuestos distintos y cuya aplicación, por separado, daría lugar a consecuencias opuestas. De ahí que sea conveniente adelantar que cuando en

una concesión se ha planteado la controversia económica entre Administración y empresario, deba procederse a una especie de *juicio*, en el que a partir de una *valoración* de los postulados respectivos de cada principio, y su *contraste* con la configuración contractual y las circunstancias fácticas concurrentes, se resuelva el conflicto planteado bien a cargo del concesionario (en aplicación del principio de riesgo y ventura), bien mediante la asunción por la Administración del coste añadido (al amparo del de equilibrio económico y financiero), y ello sin descartar la posibilidad de soluciones mixtas derivadas de la consideración conjunta de ambos.

Esa visión se complementa con el comentario relativo, en primer término, a las *causas de alteración del equilibrio económico y financiero*:

- a) El ejercicio del denominado *ius variandi*, lo que supone la *modificación directa y unilateral del contrato*, en sus *dimensiones objetiva* (calidad, cantidad, tiempo o lugar de las prestaciones en que el servicio consista) o *económica* (retribución del concesionario), ordenada por la Administración concedente.
- b) La adopción de medidas, identificadas con la expresión *factum principis* (hecho del príncipe), respecto de las cuales se ha venido manteniendo que la alteración del equilibrio económico no es originada por el ente titular del servicio en tanto que contratante, sino que deriva de medidas generales y obligatorias, adoptadas por los poderes públicos, que causan un perjuicio al concesionario.
- c) La concurrencia de *causas sobrevenidas e imprevisibles* que determinen, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión (legislación local, ex RS, 127.2.2º.b y 128.3.2º y sus correlativas autonómicas), o a las causas de alcance más limitado de *fuerza mayor* (legislación básica, ex TRLCSP, 282.4.c y 231).

Y se cierra, en segundo término, con el estudio de los *grados de cobertura del desequilibrio*, tanto en lo referido a sus *niveles* (integral o parcial), como a las *técnicas o instrumentos para restablecer el equilibrio económico* (compensación económica contingente, revisión de tarifas y otorgamiento de subvenciones, o las más polémicas de rebaja del canon o prolongación de la concesión).

En su segunda parte (4.9.3), se aborda la evolución del *ius variandi* o *potestad de modificación del servicio*, que inicialmente parte del *principio de mutabilidad contractual*, hasta que, con la entrada en vigor de la Ley 2/2011, de economía

sostenible, se ve sometido al *principio de intangibilidad esencial del contrato*, que admite sólo dos tipos de modificaciones: las previstas en el pliego de manera clara, precisa e inequívoca (TRLCSF, 106) y las no previstas, cuya configuración las reserva a supuestos muy acotados y excepcionales (TRLCSF, 107), fuera de los cuales no cabe sino la resolución del contrato (TRLCSF, 223.g); disposición normativa esta que toma como modelo de regulación los planteamientos muy restrictivos de la jurisprudencia comunitaria.

En apretada síntesis, esta es la evolución de un régimen de modificación contractual que pasó de una flexibilidad amparada en el interés público a una regulación muy rigurosa y estricta incorporada por la L 2/2011, un cambio de enfoque que guardaba «conexión con el dictamen motivado que la Comisión Europea remitió al Reino de España (en el seno de la fase precontenciosa del procedimiento por incumplimiento del Derecho comunitario), al considerar que el régimen de modificación de los contratos con posterioridad a su adjudicación, tal y como estaba regulado en la Ley de Contratos del Sector Público, infringía los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia derivados del artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios» (Dictamen del Consejo de Estado núm. 215/2010, CDJ 6ª.B.1).

Vigésima segunda. La modificación del contrato en la Directiva 2014/23/UE

Entre las novedades que introduce la regulación de la Directiva 23, sobre adjudicación de concesiones, destaca la relativa a las modificaciones contractuales, tanto por el hecho de ser la primera vez que el Derecho comunitario aborda esa materia, como por suponer una disminución de la rigidez que hasta el momento había mostrado la jurisprudencia comunitaria al respecto. Objeto de un análisis detallado (epígrafe 4.9.4), en síntesis, las concesiones de servicios podrán modificarse, sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de contratación, en cinco supuestos:⁸⁵⁸

- i) *Previsión en los pliegos*: con independencia de su valor pecuniario, las modificaciones contractuales son admisibles cuando estuvieran ya previstas en los pliegos iniciales de la concesión, en cláusulas de revisión claras, precisas e

⁸⁵⁸ La relación de supuestos sigue la excelente síntesis que el Consejo de Estado formula respecto del art. 75 de la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública, coincidente con la Directiva 23, sobre concesiones (véase Dictamen núm 1116/2015, p. 198 a 200).

inequívocas. Dichas cláusulas han de fijar el alcance y la naturaleza de las posibles modificaciones u opciones, así como las condiciones en que pueden utilizarse. Como límite, no caben modificaciones u opciones que puedan alterar la naturaleza global de la concesión (D 23, 43.1.a).

- ii) *Obras, servicios o suministros adicionales*: tales prestaciones, cuando resulten necesarias y no estuviesen incluidas en la concesión original, podrán encargarse al contratista primitivo, en el supuesto de que su sustitución no sea factible por razones económicas o técnicas y genere inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el poder adjudicador. Ahora bien, el incremento del precio resultante de la modificación del contrato no puede exceder del 50% del valor del contrato inicial; en caso de que se introduzcan varias modificaciones sucesivas, dicha limitación se aplicará al valor de cada una de ellas, sin que tales modificaciones consecutivas puedan tener por objeto eludir las disposiciones de la directiva (43.1.b).
- iii) *Circunstancias imprevisibles*: ante la necesidad de una modificación que se derive de circunstancias que un poder adjudicador diligente no hubiera podido prever, siempre que no se altere la naturaleza global de la concesión, dicha modificación es factible hasta un incremento del precio igual o inferior al 50% del valor de la concesión original. En caso de modificaciones sucesivas, se aplicará la misma regla que en el caso anterior (43.1.c).
- iv) *Sustitución del adjudicatario*: la alteración subjetiva de la concesión se permite cuando un nuevo contratista sustituya al designado en un principio como adjudicatario por el poder adjudicador como consecuencia de cualquiera de las siguientes tres circunstancias: una opción o cláusula de revisión inequívoca contenida en los pliegos; la sucesión total o parcial del contratista inicial, a raíz de una reestructuración empresarial, o la asunción por el propio poder adjudicador de las obligaciones del contratista principal para con sus subcontratistas, siempre que esta posibilidad esté prevista en la legislación nacional (43.1.d, supuesto este ya comentado en la conclusión 18ª, 7.2).
- v) *Modificaciones no sustanciales*: en todo caso, se entiende que son modificaciones no sustanciales aquellas cuyo valor es inferior a las dos cifras siguientes: los umbrales económicos de las concesiones sujetas a regulación armonizada y el 10% del valor inicial de la concesión. Por encima de estos umbrales, será preciso

evaluar si la modificación es sustancial, lo que sucederá siempre que tenga como resultado un contrato o acuerdo marco de naturaleza materialmente diferente a la del celebrado en un principio. A estos efectos, una modificación es considerada, en cualquier caso, sustancial cuando se cumpla una o varias de las condiciones siguientes: que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación; que la modificación altere el equilibrio económico de la concesión a favor del concesionario de un modo que no estaba prevista en la concesión inicial; que la modificación amplíe considerablemente el ámbito de la concesión; o que el concesionario inicialmente designado como adjudicatario por el poder adjudicador sea sustituido por uno nuevo en circunstancias distintas de las anteriormente expresadas (43.2).

Fuera de los cinco supuestos enumerados, de conformidad con el artículo 43.5 de la Directiva 2014/23/UE, es prescriptivo iniciar un nuevo procedimiento de adjudicación de concesiones para introducir modificaciones en las disposiciones de una concesión.

Vigésima tercera. La propuesta de transposición sobre las modificaciones contractuales del ALCSP

Del planteamiento que adopta el ALCSP sobre las modificaciones contractuales pueden destacarse los aspectos siguientes:

1º Se establecen unas prescripciones generales, aplicables a todos los contratos, que se complementan con unas determinaciones específicas para cada uno de ellos. Las primeras se localizan en los art. 201 a 205 (Libro Segundo, Título I, Capítulo I, Sección 3ª, Subsección 4ª del ALCSP) y se comentaran en esta conclusión, mientras que lo serán en el siguiente las relativas a la concesión de servicios (art. 288).

2º Tal como se ha visto en la conclusión anterior, el de las modificaciones de los contratos es un ámbito que las Directivas han abordado con intensidad. De ahí, pues, que sus prescripciones deban ser observadas al ser objeto de transposición, lo que en dicho ámbito se traduce en la imposibilidad de minorar los requisitos que establecen las Directivas respecto de las modificaciones contractuales. Cabría, eso sí, aumentar las exigencias y tal es la opción elegida en el ALCSP.

Como en su antecedente del TRLCSP (105 a 107), en la configuración de las modificaciones en el ALCSP se sigue distinguiendo entre *modificaciones previstas* y *no previstas* (201 a 203), localizándose en éstas las diferencias que introduce respecto de las determinaciones comunitarias, razón por la cual nos centraremos en sus aspectos esenciales y se obviarán los que suponen meramente traslación de la previsiones de las Directivas, cuyas prescripciones –detalladas en la conclusión 22ª– se dan por reproducidas.

Comparado con el régimen de la Directiva 2014/23/UE, el del ALCSP es más restrictivo en los supuestos siguientes:

- a) El art. 43.1.b) y c) de la Directiva 23 fija en el 50% del valor de la concesión original el límite tanto para las *obras o servicios adicionales*, como para las fundadas en *circunstancias imprevisibles*, estableciendo que, de tratarse de modificaciones sucesivas, dicho límite se aplicará al valor de cada una de ellas, siempre que con ello no se pretenda eludir las disposiciones europeas. En cambio, en ambos supuestos el artículo 203.2.a) y b) del ALCSP impide que la modificación contractual implique una alteración en su cuantía que exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50% del precio inicial.
- b) La previsiones de la Directiva 23 sobre *modificaciones no sustanciales* (art. 43.2 y .4) tienen un ámbito más amplio que el recogido para esa figura en el ALCSP (203.2.c). Así, en la Directiva se distinguen dos tramos o posibilidades de modificación: una primera, por un valor limitado (inferior a dos umbrales, el general de la contratación sujeta a armonización del art 8, 5.225.000 eur, y el del 10% del valor inicial de la concesión) la modificación es factible sin necesidad de una evaluación de los demás criterios; y una segunda, superado cualquiera de los umbrales indicados, sí es precisa dicha evaluación, con vistas a emitir un juicio acerca de si la modificación es o no sustancial, siendo posible la reforma únicamente en caso negativo. En cambio, en el ALCSP, no se recoge la primera posibilidad referida al umbral de *minimis* (art. 203.2.c, *a contrario*).

Finalmente, hay que consignar la regulación del ALCSP sobre la *obligatoriedad de las modificaciones del contrato* (cuando la alteración no exceda del 20% en el caso de las modificaciones no previstas, ex art. 204) y la que se refiere a las especialidades del

procedimiento de modificación del contrato (205), de las que destaca la introducción de mecanismos de transparencia respecto de los modificados contractuales (notificación a licitadores y candidatos, publicidad en el perfil del contratante y sujeción al recurso especial de contratación).

Vigésima cuarta. Modificación del contrato de concesión de servicios públicos y mantenimiento del equilibrio en el ALCSP.

Aparentemente, el art. 288 del ALCSP mantiene la estructura formal de su precedente normativo del TRLCSP (282) al regular las tres causas que pueden alterar el equilibrio económico vistas ya en la conclusión 21ª. Sin embargo, debe ya adelantarse que la regulación del Anteproyecto afecta directamente al *ius variandi*, a algunas características del *factum principis* y, en menor medida, a la *fuerza mayor* (epígrafe 4.9.6). En síntesis, las afectaciones son las siguientes:

- a) El ALCSP admite la *modificación de las características del servicio contratado*, pero ya no como una manifestación de la *potestad del ius variandi* en su amplio sentido tradicional, sino acotándola, estrictamente, al cumplimiento de dos requisitos (288.1 y .4.a): que obedezca a razones de interés público, y que concurren las circunstancias previstas en los art. 201 a 203, sobre modificación de contratos, vistas en las dos conclusiones anteriores.
- b) Por lo que se refiere al *factum principis*, y respecto de su antecedente del TRLCSP (art. 282.4.b), el ALCSP introduce dos novedades (288.4.b):
 - En primer lugar, la de destacar el *carácter obligatorio para el concesionario*, lo que perfila con mayor nitidez este requisito del *hecho del príncipe* que ya venía siendo exigido a tenor de su configuración jurisprudencial y por la doctrina científica y del Consejo de Estado.
 - La segunda novedad consiste en la adición del calificativo *concedente* a la mención de la Administración que realiza las actuaciones que determinen de forma directa la ruptura sustancial del contrato, lo que vendría a unificar la Administración titular del servicio y la autora del hecho que provoca dicha ruptura. Sorprende esta determinación, pues tradicionalmente se partía del criterio de la *ajeneidad* de la Administración que provoca el desequilibrio y, a lo sumo, se admitía que, en determinados supuestos, ésta pudiera coincidir con la titular del servicio, pero siempre sobre la base de que las medidas o decisiones

que daban lugar a la ruptura del equilibrio se adoptaban al margen del contrato.⁸⁵⁹

- c) La apreciación de la *fuerza mayor* en el ALCSP sigue quedando restringida a la concurrencia de las causas definidas legalmente (288.4 *in fine* y 237): incendios causados por la electricidad atmosférica; fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes; y destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público. Sobre la reclamación doctrinal de la incorporación a la legislación básica de la figura de las *circunstancias sobrevenidas e imprevisibles* prevista en la legislación local, debe señalarse que la diferencia entre ambas legislaciones se ha acortado al incluirse como integrante del supuesto de las modificaciones no previstas, precisamente, las circunstancias sobrevenidas imprevisibles (ALCSP, 203.2.b, analizadas en relación con la Directiva en la conclusión 22^a).

Sobre las *medidas para hacer efectivo al restablecimiento del equilibrio económico* del contrato, el art. 288.5 del Anteproyecto reproduce las enunciadas por el TRLCSP (282.5), a saber: modificación de las tarifas a abonar por los usuarios, reducción del plazo de la concesión y, en general, cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato (así, por ejemplo, la compensación económica contingente o puntual al concesionario y el otorgamiento de subvenciones que se mantienen a lo largo del tiempo). También se prevé que podrá ampliarse el plazo del contrato por un período que no exceda del 15% de su duración inicial, respetando los límites máximos previstos legalmente, si bien se circunscribe a las causas del *factum principis* y *fuerza mayor* , dejando fuera el *ius variandi* , con incremento, pues, del porcentaje respecto del 10% que rige en el TRLCSP (282.5, *in fine*).

Sobre las novedades introducidas directamente en la regulación sobre el mantenimiento del equilibrio económico debo manifestar, en primer término, mi valoración crítica de la relativa al *factum principis* , que entiendo que debería recuperar

⁸⁵⁹ Se trata de una de las previsiones más discutidas, y seguramente no ajena a las controversias surgidas en torno a la problemática de las autopistas denominadas *radiales de Madrid* , cuyos efectos jurídicos y económico-presupuestarios han alterado el panorama concesional español (véase ep. 4.9.6.2.7^a).

la configuración no reductiva y hacerlo de forma evidente, para lo cual opino que habría que suprimir el calificativo de *concedente* referido a la Administración cuyas actuaciones determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato, o a lo sumo sustituirse por el de *competente*, referido a la Administración autora del acto, que puede coincidir o no con la titular del servicio.

Respecto de la regulación de las otras dos causas, mis reservas no lo son tanto respecto de su tratamiento general –con el que coincido-, cuanto de la sujeción a los términos generales de las modificaciones contractuales y, en particular, a las no previstas, que –como ya se ha dicho- son más restrictivas que las fijadas en las Directivas comunitarias, y ello solo en determinados supuestos: así, en el caso de las concesiones de grandes dimensiones materiales y temporales. En tales supuestos, una opción normativa más ponderada sería mantener los mismos términos fijados por las Directivas. De ser esta la alternativa adoptada, resultaría de aplicación, en síntesis, a los supuestos y en los términos siguientes:

- i) En relación con las *obras o servicios adicionales* que devinieran necesarios, sobre la base de establecer que el límite del 50% del incremento del precio resultante de la modificación de la concesión, se aplique al valor de cada una de las modificaciones sucesivas que se produzcan; acompañado -eso sí- de la prevención de que estas modificaciones consecutivas no deberán tener por objeto eludir las disposiciones de la ley (*ex Directiva 23, 43.1.b., in fine*).⁸⁶⁰
- ii) En términos análogos, y con relación a *circunstancias sobrevenidas e imprevisibles*, procedería admitir que el porcentaje del 50% venga referido a cada una de las modificaciones sucesivas, y con la misma prevención que en el caso anterior (*ex D 23, 43.1.c., in fine*).
- iii) Incluso el supuesto de las modificaciones de *mínimis* cabría admitirlo, aunque rebajando la cifra (de los 5.225.000 a 1MEUR, por ejemplo) y al 10% del valor de la concesión, con los límites de su valor neto acumulado en el caso de modificaciones sucesivas y la no alteración de la naturaleza global del contrato (.D 23, 43.2, *in fine*).

⁸⁶⁰ Piénsese en la aplicación de esta previsión, por ejemplo, a una concesión en la que entre dos modificaciones hubiera mediado un lapso de tiempo suficiente (4 o 5 años), con diferenciación funcional de las obras o los servicios, en el marco de un contrato con una duración de 15 años, y que las modificaciones hubieran supuesto un incremento del 30% y del 35%, respectivamente. La segunda modificación no resultaría admisible según el ALCSP (288.1 versus 203.2.a), mientras que encajaría perfectamente en la regulación de la Directiva 2014/23/UE (art. 43.1.b).

- iv) Finalmente, debe recordarse que en el texto del Anteproyecto de octubre de 2015 se incluyó la precisión de que la *limitación del 50% debe entenderse conjuntamente con las otras modificaciones* acordadas conforme al art. 203, esto es, *que obedezcan a obras o servicios adicionales o a circunstancias sobrevenidas e imprevisibles*. Esta restricción entiendo que tampoco se recoge en las Directivas comunitarias, por lo que podría atemperarse en atención a la concurrencia de los criterios de lapso de tiempo suficiente y confirmación de que no concurre la pretensión de eludir las disposiciones de la ley.

Bien está, en conclusión, que el criterio normativo sea restrictivo respecto de los contratos de obras y suministros, así como las concesiones y los de servicios, públicos o no, cuya duración ordinaria no haya de superar los 5 años (ex ALCSP, 29.4), pero puede resultar disfuncional en el caso de las concesiones de grandes dimensiones materiales y temporales.⁸⁶¹

Formuladas todas las consideraciones anteriores, se impone la cita del parecer del Consejo de Estado sobre los efectos de la introducción del riesgo operacional en relación con el tema que se analiza. Dice así el Alto órgano consultivo: «La existencia de un derecho del concesionario al equilibrio económico de la concesión en el derecho español -de tal manera que el margen de beneficio planteado en el estudio económico financiero se mantenga estable en términos económicos durante la vida del otorgamiento- choca frontalmente con el concepto de riesgo operacional y por eso desaparece en el nuevo régimen. Este, como se ha dicho, existe cuando no está garantizado que el concesionario vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes, afirmando que la aplicación de la regulación de concesiones es improcedente en los casos en que se alivie al contratista de cualquier pérdida potencial garantizando unos ingresos mínimos iguales o superiores a los costes. A la vista de estas previsiones, la nueva regulación priva al concesionario del derecho al equilibrio económico en los términos tradicionales» (Dictamen 1116/2015, p.71).

Ciertamente, los expresivos y concluyentes términos en que se pronuncia el Consejo de Estado invitan a la reflexión y abren muchas incógnitas sobre el devenir futuro de

⁸⁶¹ Sin referirse específicamente a las concesiones, también el Consejo de Estado plantea algunas cautelas sobre el endurecimiento del régimen de modificación contractual que efectúa el ALCSP, concluyendo que «este juicio será siempre de oportunidad, toda vez que dicho endurecimiento no plantea duda alguna respecto a su viabilidad jurídica» (Dictamen núm. 1116/2015, p. 203 a 205, transcritas al final del epígrafe 4.9.5.7).

las concesiones y la funcionalidad de su utilización en la gestión contractual de los servicios públicos.

Vigésimo quinta. Otras incidencias en la ejecución de la concesión, extinción y causas generales de extinción

Siguiendo a su precedente normativo, el ALCSP reproduce la regulación sobre otras posibles incidencias en la ejecución de la concesión. Así, las relativas a la *falta de entrega de contraprestaciones económicas y medios auxiliares* (art. 290, antecedente TRLCSP, 284), que se resuelve con el abono de los intereses de demora y la indemnización de los costes, como añadido al de las contraprestaciones económicas o los valores económicos no satisfechos; el *incumplimiento del concesionario y secuestro de la concesión de servicios públicos* (art. 291, TRLCSP, 285) y la *reversión* a la Administración de los bienes adscritos a la concesión al término de la misma (art. 289, TRLCSP, 283). Se trata de una regulación parcial, a la que se han incorporado unas pocas precisiones y que es objeto de comentario a partir de la integración con la legislación local, los pronunciamientos jurisprudenciales y los comentarios derivados de las experiencias de gestión (epígrafes 4.10 a 4.12).

Tal como prescribe el TRLCSP, «*los contratos se extinguirán por cumplimiento o por resolución*» (art. 221). En su art 207, el ALCSP reitera ese pronunciamiento aunque introduce una nueva causa: «*la declaración de nulidad en los términos señalados en el artículo 42*». Manifiestamente contrario a esta novedad se muestra el Consejo de Estado, de la que concluye que, «no viniendo exigido por el Derecho comunitario ni adecuándose a las categorías jurídicas referidas, procede suprimir la mención a la declaración de nulidad entre los supuestos de extinción contractual» (Dictamen 1116/2015, p. 214 y 215). En cuanto a la primera causa, de acuerdo con la previsión general del TRLCSP (art. 222.1) y reiterada por el ALCSP (208.1), «*el contrato se entenderá cumplido por el contratista cuando éste haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de la prestación*». Bajo la expresión *resolución del contrato*, se subsumen una serie de causas que comportan la finalización del mismo que cabe adjetivar de anormal. Siguiendo los precedentes normativos, en el Anteproyecto las causas de resolución se subdividen en *generales*, aplicables a todos los contratos (ALCSP, 209 y 210), y *específicas* de cada contrato (ALCSP, 293 y referido a la concesión de servicios públicos). Las causas generales, junto con las consideraciones sobre el cumplimiento y la declaración de nulidad, son objeto del epígrafe 4.13.

Con remisión al análisis de las *causas generales de resolución*, su aplicación y efectos (epígrafe 4.13.2), la relación de tales causas aplicada a la concesión es la siguiente:

1. La muerte o incapacidad sobrevenida del concesionario individual (TRLCSP, 223 y ALCSP, 209, 1, letras a y 1r inciso).

2. La extinción de la personalidad jurídica de la sociedad concesionaria (TRLCSP, 223 y ALCSP, 209, 1, letras a y 2º inciso).

3. La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento (TRLCSP, 223 y ALCSP, 209, 1, b).

4. El mutuo acuerdo entre la Administración y el concesionario (TRLCSP, 223.c y ALCSP, 209, 1, c y 210.4).

5. No aplicación de la causa sobre la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista (TRLCSP, 223.d y ALCSP, 209, 1, d).

6. Irrelevancia en la legislación básica de la no aplicación de la causa sobre la demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido, al haberse acortado el plazo general de 8 a 6 meses (L 14/2013), coincidiendo así con el específico del CGSP (TRLCSP, 223.e y 286.a, y ALCSP, 209, e).

7. El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato, de conformidad con el TRLCSP (223.f).

8. El incumplimiento de la obligación principal del contrato y las restantes esenciales consignadas de manera precisa, clara e inequívoca, según el ALCSP (209.1.f).

9. La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I del TRLCSP (223.g).

10. La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme al artículo 202 y 203; o cuando

dándose las circunstancias establecidas en el artículo 203, las modificaciones impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del mismo, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por ciento del precio inicial del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, según el ALCSP (209.1.g).

11. Las establecidas expresamente en el contrato, de conformidad con el TRLCSP (223.h).

12. Las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en la Ley (TRLCSP, 223.i y ALCSP, 209, 1, h).

13. Otras causas generales de resolución del contrato (epígrafe 4.13.2.13).

14. Prioridad cronológica en la apreciación de las causas de resolución del contrato (ALCSP, 209.2).

15. El incumplimiento culpable del contratista y los efectos respecto de la garantía (epígrafe 4.13.2.15).

Vigésima sexta. Causas específicas de resolución de la concesión.

Las causas específicas de resolución de la concesión se regulan en el art. 292 del ALCSP (antecedente TRLCSP, 286, referido al CGSP) y son objeto de estudio detallado (ep. 4.13.3). Resumidamente, tales causas y sus aspectos esenciales son los siguientes:

1ª La *ejecución hipotecaria declarada desierta o la imposibilidad de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria por falta de interesados autorizados*. Se trata de una causa de extinción novedosa, consignada para el supuesto de que la concesión de servicios incluya obras o instalaciones y que constituye el correlato último en el supuesto de la no realización de la ejecución hipotecaria (ALCSP, 292.a, 285.3 y 273.3.b).

2ª La *demora superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega al contratista de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato* (TRLCSP, 286.a y ALCSP, 292.b). Relacionada formalmente como causa específica, en realidad es coincidente con la consignada como causa general

(TRLCSF, 223.e y ALCSP, 209, e, tras haberse acortado el plazo de ésta de 8 a 6 meses por la L 14/2013), aunque debe recordarse la posibilidad de que alguna Comunidad Autónoma hiciera uso de la habilitación de reducir el plazo general por debajo de 6 meses (TRLCSF, 216 y ALCSP, 196, apartados 6 y 8 en ambos casos).

3ª El *rescate del servicio por la Administración* (TRLCSF, art. 286.b y ALCSP, 292.c). Esta causa supone la asunción o recuperación de la gestión del servicio público por la Administración titular del mismo, acordada por ésta de manera unilateral, mediante indemnización, y con la finalidad de mantenerla directamente, lo que excluye la nueva licitación del mismo, justificada en razones de interés público, sujeta al procedimiento expropiatorio con fijación del justiprecio, y que requiere un preaviso de 6 meses.

El rescate plantea una problemática de complejidad elevada, de entre cuyos principales elementos pueden distinguirse los siguientes: los *límites de la iniciativa pública económica* (ex CE, 128.2); las propuestas de partidos políticos y asociaciones y movimientos ciudadanos en favor de lo que ha venido en llamarse *remunicipalización de los servicios públicos*, entendida como una asunción de la gestión directa de los mismos que se anticipa a la finalización del plazo previsto en la modalidad de gestión indirecta prestada hasta entonces; la vinculación con el *régimen de monopolio* y la necesidad de tramitar el complejo expediente de *municipalización*; la *subrogación por parte de la Administración* que asume la gestión del servicio respecto de los *trabajadores del contratista* que venía prestándolo antes del rescate; los posibles *condicionamientos* que respecto del mismo se deriven de la aplicación de las exigencias comunitarias en orden a la *contención del déficit público*, la *estabilidad presupuestaria* y la *sostenibilidad financiera*, así como la eventualidad de las *limitaciones derivadas de la Directiva 2014/23/UE* en la medida en que no contempla dicha causa como una de las extintivas de la concesión (ep. 4.13.3.3).

4ª La *supresión del servicio por razones de interés público*, causa de extinción acordada en ejercicio de la potestad de autoorganización, mediando indemnización y siempre que no se trate de servicios obligatorios, salvo que se conceda su dispensa (TRLCSF, 286.c, ALCSP, 292.d y legislación local).

5ª La *imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato* (TRLCSF, 286.d y ALCSP, 292.e).

Vigésima séptima. Efectos de la resolución en las concesiones de servicios públicos (I y II): planteamiento, regulación e indemnización al concesionario por la inversión efectuada; la denominada responsabilidad patrimonial de la Administración (RPA)

La regulación de los efectos de la resolución de las concesiones ha sido objeto de una modificación de gran calado, cuya preparación se vino gestando desde 2008 y que se ha materializado en diversas normas en 2014 y 2015, con reflejo en los ALCSP de abril y octubre de 2015.

La modificación se articula en torno a la denominada *responsabilidad patrimonial de la Administración* (por acrónimo, RPA), entendiendo por tal, en el ámbito de la contratación pública, «la obligación que tiene la Administración frente al concesionario de devolver el valor patrimonial de la inversión realizada y pendiente de amortización en los supuestos de resolución anticipada de la concesión. Su cálculo habrá de atender, en principio, al equilibrio de prestaciones y de riesgos entre las partes que fija el contrato pues, de otra forma, se produciría también un enriquecimiento injusto».⁸⁶²

Con remisión al análisis detallado de esta compleja institución (epígrafes 4.14 y 4.15), los hitos y las principales características de la evolución de la RPA han sido, en síntesis, los siguientes.

⁸⁶² GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, BOTELLA CARRETERO y ARAÚJO BARCELÓ (2015: 599). Pese a la homonimia, se trata de una figura que poco o nada tiene que ver con la genuina institución, objeto de reconocimiento y garantía constitucional, según la cual «*los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos*» (CE, 106.2), y que, en el plano legislativo, es definida en términos análogos a los que se acaban de transcribir e identificada también como *responsabilidad patrimonial de la Administración Pública* (L 30/1992, 139, y L 40/2015, 32).

Inevitable la remisión a la RPA en relación con la resolución de las concesiones, atendido su uso generalizado, debe añadirse que la modificación de su régimen jurídico tiene un origen directamente vinculado con la crisis económica y, en particular, con los procedimientos concursales seguidos a las sociedades concesionarias de una decena de autopistas (las denominadas *radiales de Madrid* y otras del sureste español). A esos procedimientos se vieron abocadas las concesionarias como consecuencia, principalmente, de los altísimos sobrecostes y otros problemas conexos que hubieron de afrontar por las expropiaciones de terrenos llevadas a cabo para la construcción de las autopistas y la no realización de las expectativas del tráfico de vehículos que debía discurrir por las mismas. Al final de todos esos complejos procedimientos concursales (ex L 22/2003, de 9.7), se cierne la amenaza de la liquidación de las concesiones y la ejecución de sus garantías, con las consecuencias derivada de la resolución de las mismas y la exigencia del abono de cuantiosas indemnizaciones por parte de la Administración General del Estado por el valor patrimonial de las concesiones al producirse su reversión.

a) *La regulación hasta octubre de 2015.* Salvo en sus antecedentes remotos, la regulación de la RPA como indemnización por el valor de la inversión efectuada por el contratista en caso de resolución anticipada del CGSP y de las concesiones se ha mantenido inalterada desde la LCE/1965 al texto del TRLCSP vigente hasta el 21 de octubre de 2015.

En todos los textos reguladores e, inicialmente, en el TRLCSP (288.1) se articulaba la configuración tradicional la RPA, que contenía una sola regla en cuanto a la indemnización a abonar al concesionario, sin establecer diferencias en razón de la causa que motivaba la resolución anticipada, fijando el importe de la misma en el precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por éste, habían de pasar a la Administración, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión. Precio que se entendía equivalente a las inversiones realizadas, una vez deducidas las amortizaciones correspondientes. Pero precio que se abonaba – recuérdese- en cualquier caso, con independencia de cual fuera la causa de resolución, esto es, ya por decisión de la Administración, ya por extinción imputable al concesionario.

Se adoptaron, eso sí, medidas destinadas a compensar la obligación, impuesta judicialmente a la Administración General del Estado (AGE), de abonar las indemnizaciones por las expropiaciones a los propietarios ante la falta de pago por parte de las sociedades concesionarias, inmersas en procedimientos concursales (modificación del TRLCSP y L 8/1972, de autopistas en régimen de concesión, por el RD Ley 1/2014).

b) *El planteamiento del ALCSP/A/2015.* Producida ya la entrada en vigor de las Directivas 2014/23 y 24/UE y con la pendencia de la obligación de su transposición, el ALCSP de abril de 2015 preveía una modificación de la indemnización de la RPA que pasaba a consignarse con el límite máximo del *valor de mercado* de la concesión si la resolución se producía por causa imputable al concesionario, abandonando, pues, en estos casos (que incluían su declaración en concurso de acreedores o insolvencia), la regla tradicional de la indemnización por el *valor de la inversión efectuada*, con las consecuencias que ello tenía respecto de aquellas concesiones en las que, pese a las

cuantiosas inversiones que requirieron, su valoración hubiera sufrido una depreciación significativa.⁸⁶³

c) *La modificación del TRLCSP por la L 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público.* Pese a las previsiones vinculadas al ALCSP, se decidió no esperar a su inclusión en el marco de una transposición de las Directivas que aún se veía lejana, por lo que se resolvió afrontar ya la reforma de la RPA, mediante la introducción, por la vía de enmienda, en la L 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público (DF 9ª), de la modificación del TRLCSP (271, 271 bis, 271 ter y 288.1).

La modificación afectó, en primer término, a la RPA en los supuestos en que la *resolución obedece tanto a causas imputables al concesionario como a causas no imputables a la Administración* (muerte del concesionario individual, extinción de la sociedad, declaración de concurso o insolvencia de la sociedad concesionaria, secuestro y abandono, renuncia unilateral e incumplimiento esencial del concesionario, epígrafe 4.15.3.2), cuyas características, resumidamente, son las siguientes (TRLCSP, 288.1.2º y 3r pfos.):

c.1) El importe a abonar al concesionario por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras y adquisición de bienes que deban revertir a la Administración será el que resulte de la *valoración de mercado* de la concesión, calculada con arreglo a unas reglas determinadas (sistema de descuento de los flujos de caja *ex TRLCSP*, 271 ter).

c.2) De acuerdo con esa valoración, se licita la concesión mediante subasta al alza y, en el caso de resultar desierta, se convoca una nueva licitación, siendo el tipo el 50% del valor de la primera. La Administración abonará al primitivo concesionario el valor de la concesión en un plazo de 3 meses desde que se haya realizado la adjudicación de la 1ª licitación, por el importe del remate, o desde la 2ª, por el suyo o, caso de resultar ésta también desierta, el tipo de ésta (el 50% de la primera), salvo que el concesionario originario o sus acreedores, titulares como mínimo de un 5 % del pasivo

⁸⁶³ Las noticias sobre las cifras que se barajaban en torno al monto de las indemnizaciones avanzaban que «el Estado tendría que hacer frente a la Responsabilidad Patrimonial de la Administración (RPA) de 4.500 millones según el valor oficial, pero que se eleva a 5.700 millones según las estimaciones de los accionistas de estas autopistas» (La Vanguardia, 17.4.2015; véase <http://www.lavanguardia.com/economia/20150417/54429998207/el-gobierno-limita-la-rpa-en-caso-de-quebra-de-las-concesionarias.html>)

exigible, presenten un nuevo comprador que abone al menos el citado tipo de licitación (TRLCSF, 271 bis).

c.3) El resultado de todo ello es un cambio paradigmático en la RPA, cuya reforma parte de la idea de que si la Administración no ha incurrido en ninguna actuación antijurídica, la Administración paga lo que se aporta, y se entiende que lo que se le aporta vale lo que un tercero esté dispuesto a abonar y, en el supuesto de que no lo haya, se abona el 50% de los flujos que el concesionario ha generado en el período anterior.⁸⁶⁴

c.4) La reforma no preveía efectos retroactivos, entre otras razones por aplicación del principio constitucional de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales (CE, 9.3), pero sí limitaba, a partir de octubre de 2015 y *pro futuro*, las consecuencias económicas para la Administración.⁸⁶⁵

La modificación introdujo variaciones en la RPA, también, en los supuestos en que la *resolución obedece a causas imputables a la Administración*, con el resultado de que el importe de las inversiones se paga por lo que el concesionario se haya gastado, descontando las amortizaciones, para las cuales –y esta es la novedad- *se aplicará un criterio de amortización lineal de la inversión* (TRLCSF, 281.1.1r pfo.).⁸⁶⁶

⁸⁶⁴ Esa es la justificación aportada por JUAN ANTONIO MARTÍNEZ MENÉNDEZ (2015), Director General del Patrimonio del Estado.

⁸⁶⁵ Dado que no se podía solucionar de raíz el problema de las autopistas concursadas, se instauraba un cambio de modelo destinado a luchar contra los llamados *white elephants*, esto es, los proyectos concesionales impulsados más en la mente de las autoridades y responsables administrativos, que en la necesidad social, proyectos que tienen una rentabilidad social negativa. Impedir la repetición de estos *elefante blancos* que, recordando la tradición de los reyes de la antigua Siam (cuando no estaban satisfechos con un súbdito, le regalaban un elefante blanco, cuyo coste de manutención era mayor que los beneficios que producía), ofrecen numerosos ejemplos de los últimos años: aeropuertos de Castellón, Ciudad Real o Huesca y macrocentros culturales como la Ciudades de las Artes en Valencia, de la Luz en Alicante o de la Cultura en Santiago de Compostela, y diversos tramos del AVE que se unen a las concesiones de autopistas fallidas ya comentadas.

⁸⁶⁶ Frente a esta justificación ofrecida por la Administración (JUAN ANTONIO MARTÍNEZ MENÉNDEZ, 2015, Director General del Patrimonio del Estado), se ha objetado que en las concesiones con pagos por demanda y en esquemas de tarifa de usuario, los primeros años pudieran no ser los mejores y cuando se esperaran los beneficios fuera en el tramo final, con lo cual el nuevo criterio resulta perjudicial; en cambio en los supuestos de pago por disponibilidad no hay problema porque, más o menos, la curva de pagos de la Administración es lineal (REBOLLO FUENTE, 2015).

d) *El planteamiento del ALCSP/O/2015*. Tramitado en paralelo a la modificación de la L 40/2015, el Anteproyecto de octubre de 2015 reproduce en el art. 293.1 la regulación introducida en el art. 288.1 TRLCSP sobre la diferenciación de la valoración de la indemnización a abonar al concesionario por la resolución, según se trate de causas imputables a la Administración o no imputables a la misma, con la variación en este segundo supuesto de la introducción de la causa de la ejecución hipotecaria declarada desierta o la imposibilidad de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria por falta de interesados autorizados, incorporada como novedad en el ALCSP (292.a); en consecuencia, se dan por reproducidas para éste las conclusiones fijadas en el apartado anterior.

Vigésima octava. Efectos de la resolución (III): otras determinaciones sobre la concesión de servicios públicos

Además de la indemnización por la inversión efectuada cuyas conclusiones se acaban de detallar, se prevén otros efectos derivados de la resolución de la concesión de servicios públicos. Con remisión al análisis pormenorizado (epígrafe 4.16), los aspectos principales de esos otros efectos son los siguientes:

a) *Los que puedan afectar al CGSP (TRLCSP, 288.2) o a la concesión, en particular (ALCSP, 293,2), en aplicación de las disposiciones específicas del servicio*, previstos en la legislación sectorial (sobre recogida y tratamiento de residuos o transporte urbano de viajeros, por ejemplo).

b) *Abono del interés de demora al contratista en el supuesto de la demora superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato (TRLCSP, 288.3 y ALCSP, 293.3).*

c) *Indemnización por daños y perjuicios al contratista o concesionario en los casos en que la resolución se produjera por causas imputables a la Administración (esto es, en los supuestos de demora superior a seis meses citada, rescate, supresión del servicio e imposibilidad de prestación del mismo como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato). Respecto de esta indemnización, la regulación no es coincidente:*

c.1) En el TRLCSP, la Administración indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que se le irroguen (daño emergente), incluidos los beneficios futuros que

deje de percibir (lucro cesante), atendiendo a los resultados de la explotación en el último trienio y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquélla, habida cuenta de su grado de amortización (art. 293.4).

c.2) En el ALCSP (293.4 y 278.3.a), la Administración indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que se le irroguen, incluidos los beneficios futuros que deje de percibir, para lo cual se tendrá en cuenta:

i) Los beneficios futuros que el concesionario dejará de percibir, cuantificándolos en la media aritmética de los beneficios antes de impuestos obtenidos durante un período de tiempo equivalente a los años que restan hasta la terminación de la concesión. En caso de que el tiempo restante fuese superior al transcurrido, se tomará como referencia este último. La tasa de descuento aplicable será la que resulte del coste de capital medio ponderado correspondiente a las últimas cuentas anuales del concesionario.

ii) La pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de ser entregadas a aquélla, habida cuenta de su grado de amortización.

Vigésima novena. Otras previsiones relativas a la concesión de servicios públicos

De las otras determinaciones relativas a las concesiones de servicios públicos recogidas en el Anteproyecto, merecen ser destacadas las siguientes:

a) *Procedimiento de ejercicio de la resolución de las concesiones de servicios públicos* (TRLCS, 211 y ALCSP, 189, epígrafe 4.17).

b) *Adjudicación a sociedades de economía mixta* (ep. 4.19.1). La DA 29.1 del TRLCS, sobre «*Fórmulas institucionales de colaboración entre el sector público y el sector privado*», prevé que los contratos públicos y concesiones podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concurra capital público y privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en esta Ley para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto y, en su caso, las relativas al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, y siempre que no se introduzcan

modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado.

Inicialmente, en el ALCSP/A/2015 no se contenía esta previsión, sino que la recuperación de la misma se incorporó en el ALCSP/O/2015, aunque la circunscribe a las concesiones de obras y de servicios, lo que deja fuera los contratos públicos, en abierta discrepancia con el planteamiento de la *Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada* de 5 de febrero de 2008, como se desprende de su misma denominación a la que alude el propio Anteproyecto (EM, IV, pfo. 6º).

c) *No sujeción a regulación armonizada de las concesiones del sector del agua* (ALCSP, 19.2.h.4 ex Directiva 2014/23/UE, ep. 4.19.2).

d) *Recurso especial de contratación* (TRLCSPP, 40-49 y ALCSP, 44-60). Los aspectos más relevantes y los comentarios a efectuar son, en síntesis, los siguientes (ep. 4.19.3):

1º El recurso especial de contratación (REC) se configura en el ALCSP con carácter obligatorio para posteriormente interponer recurso contencioso administrativo, a diferencia del TRLCSPP en que es potestativo. Carácter obligatorio del REC respecto del cual expreso mi parecer coincidente; básicamente por dos razones: de un lado, para evitar los graves inconvenientes que se derivan de la posibilidad de tener abiertas en paralelo las dos vías, la administrativa y la del contencioso-administrativo; de otro, atendida la celeridad con que se debe tramitar el REC, es una garantía que beneficia a todos, a los recurrentes, al adjudicatario y a la propia Administración porque despeja las dudas que se plantean sobre la licitación en un período acotado de tiempo.⁸⁶⁷

2º El REC se podrá interponer contra las concesiones de obras y de servicios y, en concreto, los anuncios de licitación, pliegos, documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación, actos de trámite que cumplan los requisitos previstos, acuerdos de adjudicación adoptados por poderes adjudicadores, así como –novedad del Anteproyecto– modificaciones contractuales, si

⁸⁶⁷ Debe consignarse la opinión contraria del Consejo de Estado (Dictamen 1116/2015, p.107 - 109).

bien se sigue sujetando a los supuestos de regulación armonizada, aunque se habilita la posibilidad de que el Consejo de Ministros amplíe tales supuestos. Valoración positiva me merece la ampliación del objeto del REC y negativa, en cambio, que se siga circunscribiendo a los contratos armonizados, así como la habilitación conferida al Gobierno central.⁸⁶⁸

e) *La Oficina Nacional de Evaluación* (TRLCSP, DA 36 y ALCSP, DA 40, ep. 4.20). Creada mediante la LRJSP/2015 como órgano adscrito al MINHAP (DF 9ª), se la instituye con la finalidad de analizar la sostenibilidad financiera de los contratos de concesiones de obras y contratos de concesión de servicios públicos, su funcionalidad se proyecta también respecto de las Corporaciones Locales y, optativamente, para las Comunidades Autónomas que lo decidan, y emitirá sus informes con carácter preceptivo en los términos fijados en sus disposiciones reguladoras.

Trigésima. Regulación supletoria

De acuerdo con el art. 295 del ALCSP (sin precedente en el TRLCSP), en lo no previsto respecto al contrato de concesión de servicios, le será de aplicación la regulación establecida respecto al contrato de concesión de obras, siempre que resulte compatible con la naturaleza de aquél; determinación coherente con la esencia jurídica común de ambas concesiones, afirmada por el tratamiento conjunto que efectúa la Directiva 2014/23/UE, sobre la base de los elementos coincidentes del derecho de explotación (obra o servicio) y de la transferencia, total o parcial, del riesgo operacional al concesionario.

A modo de recapitulación, las concreciones efectuadas a lo largo de la tesis sobre la aplicación de los preceptos de la concesión de obras a la de servicios son las siguientes:

⁸⁶⁸ La primera objeción la planteé ya en mis alegaciones al ALCSP y en el artículo en la RGDA de mayo y octubre de 2015 (p. 33 y 38, respectivamente), sobre la base de mantener la opción por generalizar el recurso especial al estimarla como la más adecuada. Por otra parte, la posibilidad que habilita para que el Consejo de Ministros amplíe los supuestos supone, a mi juicio, una deslegalización que encuentro desproporcionada atendida la trascendencia de la medida. Debe consignarse la opinión coincidente del Consejo de Estado en ambos casos, que formula objeción esencial en el segundo (Dictamen 1116/2015, p.108 -110).

- a) Aspectos a los que debe hacer referencia el pliego de cláusulas administrativas particulares (ex ALCSP, 248 en relación con el 283.1, comentado en el epígrafe 4.4.A).
- b) Contenido del estudio de viabilidad (ex ALCSP, 245 y 283.2, ep. 4.4.B).
- c) Ejecución de obras en el marco de una concesión de servicios (ex ALCSP, 250-254 y 285.1, ep. 4.6.A).
- d) Hipoteca de la concesión (ex ALCSP, 261-264 y 285.3, ep. 4.6.C).
- e) Obligaciones sobre el uso y conservación de las obras adscritas a la concesión de servicios (ex ALCSP, 257 y 286, ep. 4.7.7).
- f) Obligaciones respecto de las zonas complementarias de explotación comercial (ex ALCSP, 258 y 286, ep. 4.7.11).
- g) Previsiones en relación con las tarifas que complementan la regulación de la concesión de servicios (ex ALCSP, 246.2.d, 248.1.c.4, 248.1.d, 259.1.e, 265.2, 265.6 y 270.1, respecto del 283.1, 286.a y 288.1 y .5, ep. 4.8.2.4).
- h) Determinaciones sobre la subvención, precio o pago que se agregan a las de la concesión de servicios (ex ALCSP, 248.1.c.5, 248.1.d, 265.4, en relación con el 15.1 y 287.1, ep. 4.8.3).
- i) Secuestro de la concesión (ex ALCSP, 261 y 291.1, ep. 4.12.2).
- j) Fijación plazo de 6 meses para el abono al concesionario del importe de la inversión realizada en los supuestos de resolución del contrato (ex ALCSP, 280.1 y 293.1, ep. 4.15).
- k) Extensión de las determinaciones sobre subcontratación de la concesión de obras si la de servicios las incluye (ex ALCSP, 213 y 294, ep. 4.15).

Trigésima primera. El régimen jurídico *extravagante* de la concesión de servicios no públicos y su necesaria reconducción

Como ya se señaló en la conclusión 13^a, la concesión de servicios puede aplicarse tanto a *servicios públicos* como a *servicios que no sean públicos* (según dicción del ALCSP, EM, IV, pfo. 5º). Objeto de análisis detallado los primeros, corresponde ahora fijar las conclusiones sobre el concepto y el régimen jurídico de la concesión de servicios no públicos. Con remisión al estudio pormenorizado (ep. 4.22), las conclusiones son las siguientes:

1^a Por contraste con los públicos, los *servicios no públicos* integrarían unas actuaciones que, constituidas lógicamente por utilidades y siendo recibidas efectivamente por terceros, su prestación no responde a una obligación derivada de la

competencia de la Administración. Faltando este título, pero concurriendo el de la titularidad de los inmuebles en que se prestan los servicios y no implicar ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos, podría darse cobertura contractual a supuestos en que se produce una explotación económica y concurre la transferencia del riesgo operacional, (ex. ALCSP, 282.1).⁸⁶⁹

2ª De acuerdo con el Anteproyecto, se aplica un régimen jurídico diseñado específicamente para los *servicios públicos*, el que la legislación contractual básica ha venido atribuyendo al CGSP, a un objeto que se identifica como *servicios que no sean públicos*; en definitiva, esos servicios no públicos ven trascendidos su lógica y sus límites propios y son sometidos a una regulación pensada para su antónimo, de lo que resulta un régimen jurídico *extravagante* (ALCSP, 282-294).

3ª Resultando falta de causa la aplicación del régimen jurídico exclusivo del servicio público, configurado a fin de garantizar la continuidad, regularidad y demás exigencias derivadas de tal objeto, se impone la reconducción del régimen jurídico de los servicios no públicos, sobre la base de la no-aplicación de las prerrogativas y potestades siguientes:

- las obligaciones del concesionario vinculadas estrictamente al servicio público (art. 286);
- la modificación del contrato y el mantenimiento del equilibrio económico en tanto que vinculados con el interés público (art. 288);
- la suspensión del contrato, instada por el contratista ante el impago por plazo superior a 4 meses (ex 196.5 y 206.1 del ALCSP);

⁸⁶⁹ Así, por ejemplo, los habituales *servicios de cafetería y restauración de edificios públicos* (ministerios, universidades y otros), objeto de controversia sobre su calificación como contratos de servicios, administrativos especiales o patrimoniales, entiendo que podrían encontrar acomodo en esta concesión de servicios no públicos, porque obviamente la oferta de tales servicios aunque reporta utilidades a terceros, no integra competencia alguna de las Administraciones, que sí ostentan la titularidad de los espacios y dependencias en que se prestan. Y siempre sobre la base de que el concesionario asuma los riesgos de demanda y oferta y el resto de determinaciones que se establezcan (sobre tarifas, ejecución de las obras y canon a satisfacer, entre otras). Sobre el encaje de este contrato en la concesión de servicios comunitaria véase el IJCCA de la Administración General del Estado núm. 25/2012, de 20.11 (FJ 2, in fine).

Otros supuestos susceptibles de reconducir a la concesión serían los *servicios de fotocopias, encuadernación y copistería*, tan habituales en las facultades y escuelas de grado medio y superior, y los *servicios de prensa, librería y regalos*, que podemos encontrar en los hospitales y otros centros de pública concurrencia.

- la no embargabilidad de los bienes en tanto que debe circunscribirse a los afectos al servicio público (art. 289.3);
- las previsiones sobre el secuestro o la intervención, en relación con el incumplimiento del concesionario, atendida su vinculación con el servicio y el interés públicos (art. 291);
- las causas de resolución de la concesión del rescate y la supresión del servicio por razones de interés público (art. 292.b) y c) y, consecuentemente, los efectos a ellas vinculados (art. 293).⁸⁷⁰

4ª En definitiva, lo más propio sería que el régimen jurídico de los servicios no públicos estuviera constituido por los preceptos de la Directiva de concesiones y los aplicables a los contratos de servicios que no incidieran en la transferencia del riesgo operacional.⁸⁷¹

8.4. Sobre la configuración en el ALCSP del contrato de servicios y la subsunción de la gestión de servicios públicos en la que no se transfiera el riesgo operacional al contratista.

Trigésima segunda. Planteamiento, concepto y ámbito del contrato de servicios

El planteamiento del ALCSP respecto del contrato de servicios se caracteriza, en primer término, por una exigua regulación específica (frente a los 17 preceptos relativos a la concesión de servicios, completados con los 39 de la regulación supletoria de la concesión de obras, el contrato de servicios ocupa tan solo 8, los art. 17, 22 y 306 a 311) y, en segundo, por una amplísima conceptualización que los define como *«aquéllos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio en forma sucesiva y por precio unitario»* (ALCSP,17, pfo. 1º).

⁸⁷⁰ Estas prescripciones que no deben resultar de aplicación a las concesiones de servicios no públicos las detallé en las alegaciones al ALCSP (p. 18) y en el artículo de la RGDA (p. 19 y 20), y son reproducidas por el Consejo de Estado (Dictamen 1116/2015, p. 246).

⁸⁷¹ En el mismo sentido se expresa el Informe JCCA GENCAT 1/2016, de 6.4 (apartado IV, p. 44): *«hay que tener en cuenta que cuando el objeto de la concesión sea la prestación y gestión de un servicio que no cumpla los requisitos para ser calificado como de servicio público, se aplicarán los preceptos de la Directiva de concesiones con efecto directo, y los del TRLCSP aplicables a los contratos de servicios mientras no los contradigan»*.

De manera paralela a la regulación de la concesión, de acuerdo con el ALCSP, también el contrato de servicios puede tener por objeto *servicios públicos* y *servicios no públicos*, bien entendido que en ambos casos no se transfiere el riesgo operacional al contratista. Sobre la posibilidad de que tal contrato incluya los dos tipos de servicios, el Anteproyecto utiliza la denominación genérica de servicios al definirlo en los términos vistos (art. 17), pero añade un dato más: la utilización de la expresión *contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos*, que menciona referida, en particular, *a los sanitarios y sociales* (ALCSP, 310.1). Es esta una expresión novedosa, incorporada en el Anteproyecto sin ninguna otra precisión más, pero respecto de la cual entiendo que hay que tomar como integrada en la actividad identificada, tanto en el derecho positivo como por la doctrina y la jurisprudencia, como de servicio público. Naturalmente, a estos hay que añadir los servicios que integran prestaciones cuya destinataria es la Administración (las naturales del contrato de servicios, como la limpieza o la vigilancia de sus oficinas, por ejemplo).

Salvo las innovaciones que se dirán, la regulación específica del contrato de servicios en el ALCSP mantiene los trazos esenciales del que ha sido su régimen jurídico tradicional. Y ahí radican sus limitaciones y disfunciones. Al intentar subsumir también la gestión de un servicio público en un contrato de servicios, nos encontraremos ante las consecuencias de aplicar un contrato configurado por la legislación española para unas prestaciones de una trascendencia limitada y cuya destinataria es la propia Administración, esto es, bastante alejado de aquella otra configuración caracterizada por unas prestaciones dirigidas a los usuarios de los servicios públicos del Estado social.⁸⁷²

⁸⁷² Como se recordará, el contrato de servicios tiene su antecedente en el Decreto 1005/1974, de 4.4, por el que se regulaban los contratos de asistencia, cuyos redactados guardan analogías con la regulación de aquél (así, significativamente, la subordinación de la prórroga al mutuo acuerdo de las partes, ex TRLCSP, 303.1 y D 1005/74, 5.1r pfo). Y es que el régimen jurídico de ese contrato arranca con el D 1005/1974 y, a lo largo de los años y las sucesivas legislaciones de contratos (1995, 2000, 2007 y 2011), solo ha sido modificado en su duración y en pocos aspectos más. el contratista y la Administración, Una configuración en términos de igualdad entre el contratista y la Administración, y en la que ésta se halla privada de sus potestades específica, que tiene su lógica, en suma, si se trata de la limpieza de oficinas, actividades logísticas o prestaciones intelectuales en beneficio exclusivo de la Administración (que no se diferenciarían objetivamente de las que recibiría un privado), pero que resulta manifiestamente insuficiente para regular relaciones contractuales cuyos destinatarios son los ciudadanos usuarios de servicios públicos, tales como los servicios asistenciales o el suministro de agua potable, por poner dos ejemplos relevantes.

Al examen de las regulaciones específica y general que afectan de manera especial al contrato de servicios se dedicarán las conclusiones siguientes, bien que sometiendo dicho contrato a un análisis sobre su funcionalidad para la gestión contractual de los servicios públicos locales.

Trigésima tercera. Determinaciones sobre la división en lotes, contratos mixtos y duración

Tal como se ha adelantado en relación con la concesión (conclusión 22^a), la Directiva 2014/24/UE incorpora novedades sobre la *división en lotes* en relación con el contrato de servicios y, entre ellas, la muy relevante de la necesidad de su justificación en caso de no aplicarla (ALCSP, 99.3) Con remisión a lo dicho, baste solo recordar que, desde la perspectiva del servicio público, deben aquilatarse los criterios sobre naturaleza del objeto y necesidad de coordinación con la vista puesta en las prestaciones y en sus destinatarios, los usuarios del mismo, y lograr así el equilibrio entre el mandato sobre la división en lotes y la calidad del servicio a prestar.

Sobre la regulación de los *contratos mixtos* debe mencionarse la exigencia del *requisito de la complementariedad* que el contrato de servicios puede mantener con otros contratos (TRLCSF, 12 y 25.1 y ALCSP, 18. 1 y 34.2), significadamente con la concesión de servicios, sobre la base de que las respectivas prestaciones de servicios públicos, y de acuerdo con la configuración contractual, no den lugar a la transferencia de riesgo operacional las unas (así, las de limpieza viaria), y sí las otras (las de recogida, tratamiento y valorización de residuos, por ejemplo).

Por lo que se refiere a la *duración* del contrato de servicios el ALCSP introduce novedades. El *principio general* prescribe que los contratos de servicios de prestación sucesiva tendrán un plazo máximo de duración de 5 años, incluyendo las posibles prórrogas que acuerde el órgano de contratación, respetando las condiciones y límites establecidos en las respectivas normas presupuestarias que sean aplicables al ente contratante (ALCSP, 29.4.1r pfo.). Se reduce en 1 año el plazo máximo de 6 que prescribe el TRLCSF (303.1), si bien es cierto que en éste los 2 últimos ejercicios están supeditados a la conformidad del contratista, que ya no es necesaria en el Anteproyecto.

Sigue luego una *excepción*, dado que se podrá establecer un plazo de duración superior, cuando lo exija la amortización de las inversiones directamente relacionadas

con el contrato y éstas no sean susceptibles de utilizarse en el resto de la actividad productiva del contratista o su utilización fuera antieconómica, lo que deberá justificarse (ALCSP, 29.4.2º pfo.). Se trata ciertamente de una previsión del todo lógica para las prestaciones a la Administración, ámbito propio del contrato de servicios, pero que también puede cubrir los déficits que presentaba la utilización de dicho contrato para la prestación de servicios públicos (significativamente, la recogida y tratamiento de residuos y la problemática de la amortización de los bienes de equipo utilizados).

Como en el caso de la concesión, el ALCSP contiene diversas previsiones sobre la prórroga (29.2 y .4, *in fine*), cuya complejidad aconseja la remisión al cuerpo de la tesis (ep. 5.3.4. 2ª y 3ª.c).

Trigésima cuarta. Determinaciones sobre el precio y los costes de inversión en servicios complejos

Pensadas en general para las prestaciones cuya destinataria es la Administración, solo algunas determinaciones referidas al *precio* pueden resultar de aplicación si el objeto del contrato recae en un servicio público. Así, en primer término, la relativa a que el *precio* podrá estar referido a componentes de la prestación, unidades de ejecución o unidades de tiempo, o fijarse en un tanto alzado cuando no sea posible o conveniente su descomposición (ALCSP, 307.1 y TRLCSP), susceptible de incidir para el caso de que lo abone la Administración (servicios total o parcialmente gratuitos).

Novedad constituye la prescripción, según la cual, «*en determinados servicios complejos en los que la ejecución del contrato lleve aparejados costes de inversión iniciales y se prevea que las obras o equipamientos que se generen vayan a incorporarse al patrimonio de la entidad contratante al concluir o resolverse el contrato, podrá establecerse un sistema de retribución que compense por las mismas*» (ALCSP, 307.2). Se trata de una determinación que resulta funcional para las prestaciones a la Administración, receptora natural de las mismas, pero que también puede solventar algunas de las limitaciones para acoger las propias de servicios públicos (amortizaciones de la inversión en obras o equipamientos), que podrán ser compensadas mediante el sistema de retribución que se establezca -entendiendo- en el PCAP. Llamo la atención sobre que la previsión legal se contrae a los *costes de inversión iniciales*, por lo que quedarían excluidos los *costes de reposición* efectuados a lo largo de la duración del contrato. En tal caso, la determinación pierde parte de su funcionalidad y compromete el estado final de las obras y equipamientos en el

momento en que *vayan a incorporarse al patrimonio al concluir o resolver el contrato*, por utilizar la expresión del precepto, que vendría a ser un equivalente a la reversión de los bienes afectos al servicio público, aunque sin su estatus jurídico legalmente reconocido.

Trigésima quinta. Especialidades de los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos

Una de las principales novedades del ALCSP la constituye el art. 310, intitulado *especialidades de los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos*, expresión que obviamente se refiere a los *servicios públicos* y que se estima que pretende dar cobertura a su subsunción como objeto del propio contrato de servicios. Con remisión a su análisis detallado (ep. 5.7), las conclusiones que se desprenden del mismo son las siguientes:

1ª El art. 310.1 establece que *«en los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos, en particular en los sanitarios y sociales, la Administración conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate»*, lo que supone la traslación al contrato de servicios de la previsión contenida para las concesiones de servicios en el ALCSP (285.2) y en el TRLCSP (279.2, referido al CGSP), objeto ya de análisis (conclusión 18ª). Se trata de una fórmula algo arcaica y que en la legislación más actualizada se sustituye por la referencia a la *potestad de dirección y control del servicio público*. Pese al intento, la fórmula de los poderes de policía se mueve en el ámbito estrictamente contractual, y no puede alcanzar a sustituir a las prerrogativas y potestades que la legislación, local principalmente, atribuye a la Administración titular del servicio público y a la gestión indirecta del mismo.

2ª El art. 310.2 abre la posibilidad a que *el pliego podrá prever para el adjudicatario* (en rigor, debiera ser el contratista) una *serie de obligaciones*, cuya relación guarda paralelismo, aunque de manera parcial, con las establecidas para el concesionario de servicios en el ALCSP (286 y 289, con los precedentes del TRLCSP, 280 y 283, referidos al CGSP, ep. 4.7 y conclusión 19ª), y cuya relación es la siguiente:

2ª.1. *Prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el*

abono, en su caso, de la contraprestación económica fijada (nótese que se obvia la referencia a las tarifas aprobadas).

2ª.2. Cuidar del buen orden del servicio (sin que se recoja la previsión equivalente a que el concesionario puede dictar las oportunas instrucciones).

*2ª.3. Indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración, cláusula sobre responsabilidad que, a su vez, supone una excepción al propio régimen del contrato de servicios.*⁸⁷³

2ª.4. Entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato en el estado de conservación y funcionamiento adecuados (obsérvese que se incorpora aquí la definición material de las obligaciones de entrega propias de la reversión, figura cuya mención obvia, y objeto de un estatus jurídico especial, ex ALCSP, 289 y TRLCSP, 280, ep 4.10).

Con todo, debe significarse que la imposición al contratista de estas obligaciones queda supeditada a su consignación en el pliego, por lo que su no-inclusión en el mismo no permitiría su exigencia a aquél. Y es que, incluso de imponerse, su fuerza se circunscribirá siempre al marco contractual (*ex PCAP*, no *ex lege*), igualmente sin el amparo de las ya aludidas prerrogativas y potestades públicas previstas en la legislación.

3ª El art. 310 contiene, además, la serie de prevenciones que se reproducen a continuación:

«La prestación de los servicios a que se refiere el presente artículo se efectuará en dependencias o instalaciones propias del contratista, siempre que sea posible. De no ser esto posible, se harán constar las razones objetivas que con carácter excepcional motivan la prestación en centros dependientes de la entidad contratante. En estos casos, se intentará que los trabajadores de la empresa contratista no compartan

⁸⁷³ Efectivamente, sin dejar de reconocer la lógica que guía esta incorporación, el resultado es un tanto alambicado: recapitulando sobre la *responsabilidad frente a terceros*, tenemos una regla específica para la concesión (ALCSP, 286.c y TRLCSP, 280.c), una general para el resto de contratos (ALCSP, 194 y TRLCSP, 214) y una excepción a ésta, que se aplica a un subtipo del de servicios, y que coincide con la específica de la concesión (la del ALCSP, 310.2), condicionada, no obstante, a que así se prevea en el PCAP. Pero ¿qué pasa si por olvido no se incluye? Pues que rige la cláusula general aplicable al contrato de servicios, aunque se trate de aquellos que conlleven prestaciones directas en favor de los ciudadanos. En mi opinión, el régimen jurídico mismo del contrato y la seguridad jurídica quedan bastante cuestionados. Para el estudio pormenorizado de esta triple regulación véase el epígrafe 5.6.2 (subapartados 3 a 7).

espacios y lugares de trabajo con el personal al servicio de la Administración y, de no ser así, se diferenciarán claramente las funciones y los puestos del personal de la Administración y los de la empresa adjudicataria, a efectos de evitar la confusión de plantillas. Los trabajadores y los medios de la empresa contratante se identificarán mediante los correspondientes signos distintivos, tales como uniformidad o rotulaciones.»

Pese a la mención del inicio, más que para supuestos de *servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos*, las prevenciones reproducidas del art. 310 del ALCSP tienen su lógica en el ámbito de los *servicios no públicos*: regla general de prestación en las instalaciones del contratista y, en su defecto, identificación de sus trabajadores para que no se confundan con los empleados públicos (supuestos habituales de los contratos de limpieza y vigilancia en edificios públicos y otras actividades cuya destinataria es la Administración).⁸⁷⁴

Por el contrario, tales reservas y la calificación de las excepcionalidades que contiene el precepto no se adecúan a los múltiples contratos de gestión de los servicios públicos en los ámbitos sanitario, asistencial, educativo y cultural, en los que, al no concurrir transferencia del riesgo operacional, no serían subsumibles en la concesión de servicios, y deberían serlo en el contrato de servicios en aplicación del planteamiento del Anteproyecto. Una vez más se ponen de manifiesto las disfuncionalidades de este planteamiento, pues lo que sirve para un ámbito del contrato (los servicios no públicos), supone un inconveniente para el otro (los servicios con prestaciones directas para la ciudadanía), porque, efectivamente, los centros de asistencia primaria, los centros de día para mayores, las escuelas infantiles y guarderías y las ludotecas y centros culturales son mayoritariamente de propiedad municipal, bienes de dominio público afectos a los servicios públicos que se prestan en tales dependencias e instalaciones, y cuya gestión se contrata con un tercero. No hay excepcionalidad alguna en estos casos, sino la realidad que ha venido siendo propia del contrato de gestión de servicios públicos, preferentemente bajo la modalidad del

⁸⁷⁴ La referencia es obligada a los informes críticos emitidos por el Tribunal de Cuentas (Moción de 26.2.2009). Tras las fiscalizaciones efectuadas, denunció los excesos e irregularidades advertidos en contratos de servicios para la realización de trabajos o servicios vinculados directamente con actividades logísticas o que formaban parte de las funciones de gestión interna propias de la AGE, y de resultas de ello se adoptaron una serie de medidas para poner freno a los mismos, constituyendo el art. 310 que se comenta una manifestación más de esas medidas (véase al respecto el epígrafe 5.7.4, sobre *prestación de servicios y diferenciación entre los empleados del contratista y el personal al servicio de la Administración*).

concierto. El mantenimiento, pues, del redactado del art. 310.3 del Anteproyecto supondría un problema en la gestión contractual de tales servicios públicos.⁸⁷⁵

Trigésima sexta. Omisiones en la regulación del contrato de servicios y sus consecuencias

Una vez vistas las disfunciones en la regulación del contrato de servicios, la evaluación debe completarse con una reflexión sobre las consecuencias derivadas de las omisiones en que dicha regulación incurre. Guía esa reflexión la consideración según la cual, de tener que acudir al contrato de servicios en los supuestos en que no se transfiera el riesgo operacional al contratista, la gestión de servicios públicos se verá desamparada de la aplicación de las prescripciones que el propio Anteproyecto reserva para la concesión de servicios públicos y la actual legislación, contractual (TRLCSF en relación con el CGSP) y local, para la gestión indirecta de los mismos.⁸⁷⁶

En síntesis, no se prevén en el contrato de servicios las prescripciones (que sí se recogen para los servicios públicos objeto de concesión) sobre:

- a) La inaplicación de la suspensión del contrato instada por el contratista ante el impago por plazo superior a 4 meses (ex 196.5, 206.1 y 284 del ALCSP, analizada en el epígrafe 4.6.3.2).
- b) La modificación del contrato y el mantenimiento del equilibrio económico en tanto que vinculados con el interés público y el *ius variandi* (art. 288 del ALCSP, en relación con el 251.1.b y el 295, así como en la legislación local que lo regula: RServicios de 1955, art. 127.1.1ª y la correlativa autonómica, bien que con las limitaciones establecidas respecto de las modificaciones contractuales, ep. 4.9.6 y conclusión 24ª).

⁸⁷⁵ Debe significarse que estas disfunciones las relacionaba en mis alegaciones al ALCSP de mayo de 2015 (p. 18 a 22) y en mi artículo publicado en la RGDA de octubre de 2015 (p. 20 a 23). Y, precisamente, el Consejo de Estado, tras reproducir el art. 310 del ALCSP, concluía: «esta previsión no resulta bastante para hacer frente a las limitaciones y disfunciones que resultan de la apelación al contrato de servicios en la gestión de servicios públicos en que no se transfiera riesgo operacional» (Dictamen 1116/2015, p.77 y 78).

⁸⁷⁶ Esta y las consideraciones que siguen las incluí en mis alegaciones al ALCSP en mayo de 2015 (p. 22 a 24) y en mi artículo publicado en la RGDA de octubre del mismo año (p. 24 a 26), y son reproducidas por el Consejo de Estado en su Dictamen 1116/2015 (p. 78 y 79).

- c) La no embargabilidad de los bienes en tanto que afectos al servicio público (art. 289.3 del ALCSP, ep. 4.10.4^a).
- d) Las previsiones sobre el secuestro o la intervención, en relación con el incumplimiento del contratista, atendida su vinculación con el servicio y el interés públicos (art. 291 del ALCSP, ep. 4.12 y conclusión).
- e) Las causas de resolución del contrato del rescate y la supresión del servicio por razones de interés público (art. 292.b) y c) y, consecuentemente, los efectos a ellas vinculados (art. 293), ambos del ALCSP (epígrafe 4.13.3 y 4.16 y conclusión 26^a).
- f) Las determinaciones y garantías sobre la reversión de los bienes afectados al servicio público (art. 289.1 ALCSP y concordantes de la legislación local, epígrafe 4.10).

Por su parte, ante la falta de previsión legal respecto del contrato de servicios, tampoco resultarán ejercitables por la Administración las potestades que el ordenamiento jurídico le confiere por tratarse de servicios públicos y que la legislación acota al contrato de gestión de los mismos, concretamente, las potestades de *ordenación y dirección del servicio y control del mismo*, las cuales han sido ya analizadas (conclusión 18^a).

Trigésima séptima. Causas y efectos específicos de la resolución del contrato de servicios

El escueto tratamiento ya señalado del *contrato de servicios* en el ALCSP se cierra con la regulación de las *causas y efectos específicos de su resolución* (311), que presenta algunas diferencias respecto del TRLCSP (308 y 309). Aunque pensadas bajo el prisma propio de la bilateralidad entre contratista y Administración, tales causas resultarán de aplicación al supuesto en que, de mantenerse el esquema del Anteproyecto, fuera reconducida a ese contrato la gestión contractual de servicios públicos en la que no se produzca transferencia del riesgo operacional. Con remisión a su estudio pormenorizado (ep. 5.8.3), resumidamente las causas específicas de resolución aplicables y sus efectos son los siguientes:

1ª *Suspensión del inicio del contrato por causa imputable al órgano de contratación*, cuyo plazo de aplicación se reduce de 6 meses a 4, con disminución correlativa de la indemnización del 5 al 3% (TRLCSF, 308.a y 309.2, y ALCSP, 311.1 a y .3).

2ª *Desistimiento del contrato por el órgano de contratación antes de iniciar la prestación del servicio*, novedad cuyo plazo se fija en 4 meses y en una indemnización del 3% (ALCSP, 311.1.b y .3).

3ª *Desistimiento o suspensión del contrato una vez iniciada la prestación del servicio*, para cuya apreciación el plazo pasa de 1 año a 8 meses, con minoración correlativa de la indemnización del 10 al 6% (TRLCSF, 308.b y 309.3, y ALCSP, 311.1.b y .3).

Trigésima octava. La necesidad de replantear la configuración en el ALCSP del contrato de servicios y la subsunción de la gestión de servicios públicos en la que no se transfiera el riesgo operacional al contratista.

Recapitulando, pues, la utilización del contrato de servicios en la gestión de servicios públicos locales, en la configuración del ALCSP, evidencia disfunciones y limitaciones. Y ello tanto por la insuficiencia de las innovaciones que incorpora, como por las determinaciones que, siendo propias de la gestión de servicios públicos (y de ahí su previsión en el actual TRLCSF respecto del CGSP, o en el Anteproyecto para con la concesión), no se contemplan en el contrato de servicios. De otro lado, por la vía de incorporar cláusulas propias del régimen jurídico del contrato de gestión de servicio público y configurar un régimen *ad hoc* en base al pliego, entiendo que se corre un riesgo aún mayor: el de desnaturalizar el contrato de servicios. Estamos hablando del régimen jurídico contractual y, en consecuencia, las determinaciones que pueden justificarse si el objeto es un servicio público y a fin de garantizar los derechos de sus usuarios, resultarán desproporcionadas si la prestación tiene como destinatario exclusivo la Administración contratante. Y entiendo que el régimen jurídico debe ser unitario. Se impone, en conclusión, la necesidad de replantear la configuración en el ALCSP del contrato de servicios y la subsunción de la gestión de servicios públicos en la que no se transfiera el riesgo operacional al contratista.⁸⁷⁷

⁸⁷⁷ Esa recapitulación la expresaba igualmente en mis alegaciones al ALCSP de mayo de 2015 (p. 24) y en mi artículo publicado en la RGDA de octubre siguiente (p. 25 y 26). El Consejo de Estado, por su parte, concluía: «en todo caso, es inexcusable la reevaluación del anteproyecto con vistas a resolver las disfunciones mencionadas, por cuanto la dicotomía entre el contrato de concesión de servicios y el de servicios no puede redundar en la merma de la regularidad y continuidad en la prestación de los servicios públicos. Esta observación se formula con carácter

8.5. Sobre la necesidad de un régimen jurídico unitario de la gestión contractual de los servicios públicos locales y la regulación de las concesiones de servicios

Trigésima novena. Planteamiento y opciones posibles

De acuerdo con las reflexiones efectuadas, lo que se presenta como imprescindible, a mi juicio, es configurar un régimen jurídico unitario de la gestión contractual de los servicios públicos, si bien para desarrollar satisfactoriamente este planteamiento hay que contar naturalmente con un condicionamiento: la regulación comunitaria. Es obvio que cualquier configuración normativa deberá observar las determinaciones contenidas en las Directivas 2014/23 y 24/UE, sobre adjudicación de concesiones y de contratación pública, respectivamente. Y llegados a este punto, de *lege ferenda*, caben dos opciones:

- a) La de los contratos de concesión que, sobre la base de la transferencia del riesgo operacional al contratista (ex Directiva 2014/23/UE), diferencian su régimen jurídico en función de si el objeto contractual es un servicio público o no; opción que se debe complementar con la regulación del contrato de gestión de servicio público, reservado ahora para los supuestos en que no se transfiera el riesgo operacional al contratista, y cuyas modalidades son la gestión interesada, el concierto, la sociedad de economía mixta y el arrendamiento, convenientemente actualizadas con las exigencias de la Directiva 2014/24/UE, referidas al contrato de servicios.
- b) La de los contratos de concesión que, sobre la base de la transferencia del riesgo operacional al contratista (ex D 2014/23/UE), diferencian su régimen jurídico en función de si el objeto contractual es un servicio público o no; opción que se debe complementar con la regulación del contrato de servicios (ex D 2014/24/UE) y la necesaria aprobación de un nuevo régimen legal de los servicios públicos.

Al análisis de cada una de las opciones se dedican las conclusiones siguientes.

esencial a los efectos de lo establecido en el artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado» (Dictamen núm. 1116/2015, p. 80).

Cuadragésima. La opción de los contratos de concesión y de gestión de servicios públicos

Con remisión para su análisis detallado (ep. 6.2), las conclusiones esenciales sobre esta opción son las siguientes:

1ª La *concesión de servicios públicos* deberá sujetarse a las determinaciones de la Directiva 2014/23/UE, sobre la base de que su adjudicación implicará la transferencia de un riesgo operacional en la explotación de los servicios y de las obras que lleve aparejadas, derecho de explotación en conjunción en su caso con un pago por la Administración, abarcando el riesgo de demanda, el de suministro o ambos, así como el resto de prescripciones que recoge la norma comunitaria, y complementada con la aplicación de las previsiones del que ha sido el régimen jurídico propio del servicio público que constituye su objeto (potestades, aplicación del principio de continuidad y regularidad en la prestación del mismo y las demás garantías señaladas), para lo cual es suficiente el tratamiento normativo del ALCSP (15, 20, 282 a 294 y DA 36ª y 38ª), con las observaciones formuladas en el análisis desarrollado (ep. 4.1 a 4.21).

La modalidad de la concesión deberá utilizarse en la prestación de aquellos servicios públicos cuya explotación reporte unos rendimientos tales que permitan la recuperación de las inversiones efectuadas y la obtención de un beneficio al contratista que las ha financiado, siempre sobre la base de una gestión eficiente y con sujeción al riesgo operacional de demanda o de suministro, o a ambos, que le ha sido transferido por la Administración titular. Los ámbitos propios de las concesiones los constituyen la gestión de infraestructuras y equipamientos de los servicios públicos con contenido y rendimientos económicos manifiestos (así, abastecimiento de agua potable, servicios mortuorios y funerarios, actividades deportivas, de ocio y turísticas, aparcamientos públicos y aquellos otros servicios en que la configuración de la ecuación económica del contrato responda a las exigencias señaladas).⁸⁷⁸

2ª En el supuesto de gestión contractual de los servicios públicos en los que no se transfiera el riesgo operacional al contratista, bien por ser inherente a la ecuación

⁸⁷⁸ Los señalados son los ámbitos en que debe utilizarse la concesión de acuerdo con las exigencias relativas a la transferencia del riesgo operacional. En el epígrafe 9, sobre *experiencias de contraste*, se describen un número significativo de supuestos de concesión que concuerdan con la definición dada, aunque también se exponen otros que, en rigor, deberían reconducirse a otras modalidades del contrato de gestión de servicios públicos distintas de aquella, atendido que no se transfiere efectivamente el riesgo de su explotación.

económica del contrato, bien por decisión de la Administración titular del servicio, dos son los grupos de requerimientos a cumplir:

2ª.1) De un lado, los relativos a las determinaciones que habrán de observarse en cumplimiento de la Directiva 2014/24/UE, relativa a la contratación pública y, concretamente, aquellas referidas al contrato comunitario de servicios.

2ª.2) De otro, el análisis de las características de las modalidades del contrato de gestión de servicios públicos distintas de la concesión, esto es, la gestión interesada, el concierto y la sociedad de economía mixta, a lo que se añadirá, de *lege ferenda*, el estudio de la propuesta en favor del arrendamiento, cuya opción debe resolverse en función de la concurrencia del elemento relevante respectivo.

3ª En cuanto a las primeras determinaciones, se concretan en el cumplimiento de las exigencias contenidas en la D 24 para garantizar los principios de publicidad, concurrencia y objetividad en la preparación y ejecución de los procesos de selección y adjudicación de los contratos, de las cuales deben resaltarse:

- a) La publicación de los anuncios correspondientes en el DOUE si el valor estimado del contrato (VEC) iguala o supera los umbrales comunitarios: 135.000 o 209.000 euros, según adjudique la Administración General del Estado o sus entes, u otras entidades distintas, respectivamente, o 750.000, si de servicios sociales o los del resto de los del anexo XIV de la Directiva se trata.
- b) La previsión del recurso especial de contratación si el VEC iguala o supera los umbrales comunitarios señalados en el apartado anterior, en aplicación del efecto directo de la Directiva 2014/24/UE y el desplazamiento que provoca en relación con el art. 40.1.c) del TRLCSP.
- c) El resto de prescripciones con efecto directo de la D 24 (ep. 7.5.4 y conclusión 46ª).

4ª Por lo que se refiere a las modalidades del CGSP, la primera de ellas, la *gestión interesada*, supone la colaboración entre la entidad titular del servicio y un particular (persona física o jurídica), siendo bastante frecuente que la Administración aporte la totalidad o la parte más importante de las instalaciones necesarias para el servicio, a cuya prestación se compromete el gestor (TRLCSP, 277.b y legislación local). Con remisión a su estudio detallado (ep. 6.2.3), su elemento relevante lo constituye la *articulación de la retribución del gestor*. El supuesto más común distingue: una

remuneración mínima que se garantiza al gestor (asunción de ese riesgo económico por la administración); y una *remuneración añadida variable* en función de los resultados económicos de la explotación, con las modalidades de asignaciones proporcionales (al gasto o a los ingresos) u otras primas de naturaleza diferente (por aumento del número de usuarios, por ejemplo).

La gestión interesada se puede preconizar para servicios que por razón legal o corporativa se hayan de prestar (lo que se asegura con la remuneración mínima o fija para el gestor), y en relación con los cuales sea posible obtener mejores resultados económicos a partir de una gestión eficiente que atraiga usuarios (así, la de los servicios de transporte de viajeros, culturales y de turismo, complejos culturales y de ocio).

5ª En cuanto a la modalidad del *concierto*, esta se define como aquella que permite a la Administración contratar con un particular la prestación de un servicio público, sobre la conjunción de los elementos relevantes de una *solvenia técnica acreditada* del contratista, que aporta sus *instalaciones* o sus *servicios*, con una *determinación precisa del pago* por la utilización de éstos, lo que evidencia el objetivo de la regulación y la funcionalidad del concierto: articular esta modalidad en términos de contención del gasto y sin transferencia del riesgo al contratista (TRLCSP, 277. c y legislación local, ep. 6.2.4). Ese pago puede ser a cargo exclusivo de la Administración en el caso de servicios gratuitos, aunque el concierto también admite, sin quebranto de su naturaleza, la posibilidad de percibir de los usuarios unas tarifas que cubran parcialmente la financiación del servicio.

De todas las modalidades del CGSP, el concierto es la que guarda más paralelismo con el contrato de servicios, expresado en el esquema simple de la bilateralidad de unas prestaciones que el contratista ofrece a cambio de una contraprestación económica. En cuanto a sus aplicaciones, entiendo que el concierto puede resultar idóneo en relación con servicios gratuitos o servicios en que el rendimiento económico para la administración sea reducido (sanitarios, asistenciales y educativos), aunque también con servicios en que la variación de sus prestaciones (por razones tecnológicas o de otro tipo) sea elevada.

6ª La *sociedad de economía mixta* se caracteriza por ser una modalidad de gestión indirecta de servicios públicos en la que la Administración participa, en concurrencia con personas naturales o jurídicas, en la constitución de una sociedad, que podrá

adoptar una modalidad mercantil (sociedad anónima o de responsabilidad limitada), la más común, laboral o cooperativa, y que figurará como contratante con la Administración titular del servicio y gestionará la prestación del mismo (TRLCSF, 277.d y DA 29, RGLCAP, 182 y legislación local, ep.6.2.5). El elemento relevante en esta forma lo constituye la *participación público-privada en el capital de la sociedad* que debe articularse, desde la perspectiva de la Administración, mediante su *conciliación con los principios de publicidad y concurrencia en la selección del socio privado*, atendida su configuración contractual.

La sociedad de economía mixta se articula, de un lado, para incorporar, junto al capital que financia la inversión y obtiene el correspondiente beneficio, las funcionalidades de la gestión privada, principalmente las técnicas de gestión vinculadas con la eficiencia y el abaratamiento de costes y, de otro, para que la Administración esté presente en el consejo de administración y conozca la situación económico-financiera de la sociedad prestataria del servicio, salvando así las dificultades que encuentra para saber de esa situación en el resto de modalidades de gestión indirecta. La participación privada puede ser mayoritaria o minoritaria, en función de lo cual se modula la incidencia del socio privado en el protagonismo de la gestión y en la toma de decisiones de la sociedad.

La sociedad de economía mixta se vincula con los servicios públicos económicos, esto es, aquellos con rendimientos significativos de este carácter, ya sea por la percepción de tarifas de los usuarios, ya por la posible valorización que pueda obtener la sociedad mixta de su gestión (así, el caso de los residuos), y completada su financiación con la aportación de la Administración titular del servicio. Los ámbitos susceptibles de aplicación de este tipo de sociedad son los relativos a los servicios de cementerios y funerarios, recogida y tratamiento de residuos y limpieza viaria, alcantarillado, saneamiento y depuración de aguas residuales, abastecimiento domiciliario de agua potable, mercados, aparcamiento público y pavimentación de vías urbanas.

7ª La modalidad del *arrendamiento* fue suprimida del art. 85 de la LBRL *mediante la L 57/2003* al remitirse en bloque a la legislación básica de contratos del sector público, que no la contempla, lo que determina su no vigencia (STC 106/2013, FJ 11). De *lege ferenda* se formula la propuesta de su *reintroducción en la legislación básica de contratos*, prevista como especificidad local o con carácter general, con vistas a cubrir el espacio que ha dejado la anterior configuración de la concesión como modalidad en la que, sin concurrir ninguno de los elementos relevantes de las otras modalidades de

gestión indirecta, no se produce transferencia esencial del riesgo operacional, y ello unido al elemento relevante tradicional del arrendamiento, referido a la *prestación del servicio en instalaciones propias de la Administración titular del mismo*.

En el arrendamiento podría encontrar fácil acomodo la gestión de los servicios de mantenimiento y ornato de cementerios, parques, jardines y otros espacios públicos, asistencia social y sanidad desarrollados en centros locales o autonómicos, servicios prestados en instalaciones deportivas de uso público, y los vinculados al turismo, ocio, ocupación del tiempo libre y culturales desarrollados en equipamientos propiedad de la entidad pública titular de los mismos.

8ª Finalmente, la relación de supuestos de esta primer opción que se ha desarrollado se cierra con la mención a la *concesión de servicios no públicos* que integraría aquellas actuaciones que, constituidas por utilidades y siendo recibidas efectivamente por terceros, su prestación no responde a una obligación derivada de la competencia de la Administración, pero que se desarrolla en inmuebles que sí son de su titularidad, y en la que se transfiere el riesgo operacional de la explotación al contratista (ex. ALCSP, 282.1); modalidad objeto de la conclusión 31ª.

Cuadragésima primera. La opción de los contratos de concesión de servicios y de servicios y la necesaria aprobación de un (nuevo) régimen legal de los servicios públicos

Sobre la base del enunciado formulado en la conclusión 39ª.b, desagregando los contenidos de esta segunda opción, podríamos diferenciar los siguientes contratos:

- a) El de *concesión de servicios públicos*, cuyo régimen jurídico vendría configurado en los mismos términos detallados en la conclusión 40ª.1ª.
- b) El de *concesión de servicios no públicos*, cuyo régimen jurídico se conformaría de acuerdo con las prescripciones consignadas en la conclusiones 40ª.8ª y 31.
- c) Finalmente, el tercer tipo es el relativo al *contrato de servicios*, cuyo régimen estaría integrado por la Directiva 2014/23/UE, completado con las determinaciones sustantivas propias del contrato de servicios, en los términos señalados para éste en el ALCSP (epígrafe 5), y en relación con el cual sería necesario aprobar unas determinaciones para garantizar los principios de

continuidad y regularidad de los servicios públicos, así como los derechos de los usuarios de los mismos. Dichas determinaciones deberían incluirse en una norma sobre contratos de carácter básico y con rango de ley, de aplicación al contrato de servicios cuyo objeto fuera un servicio público y resultarían, de un lado, de la corrección de las disfunciones advertidas en la regulación del contrato de servicios (epígrafe 5.9.2) y, de otro, de la formulación en positivo de las prescripciones que salvaran las omisiones señaladas en dicha regulación (epígrafe 5.9.3).

Salvado el objetivo esencial (configurar un *régimen jurídico unitario de la gestión contractual de los servicios públicos*), el resultado tendría un grave inconveniente a mi parecer: que un mismo contrato, el de servicios, tendría dos regímenes jurídicos distintos, según su objeto fuera un servicio público o un servicio que no tuviera ese carácter, con la consecuencia de desnaturalizar jurídicamente esa categoría contractual.

Por otra parte, el efecto último de adicionar al contrato de servicios las determinaciones para garantizar los principios de continuidad y regularidad de los servicios públicos, así como los derechos de los usuarios de los mismos antes señaladas, ¿acaso no constituiría materialmente el contrato de gestión de servicios públicos vigente y presente en nuestros textos normativos desde hace ya más de 50 años?

Cuadragésima segunda. La preferencia en favor de la opción de los contratos de concesión y de gestión de servicios públicos

Contrastadas las dos opciones, claramente manifiesto mi preferencia por la primera, fundamentalmente por dos razones: en primer término, por ser la que más se adecua a la legislación vigente, en la que las apelaciones al contrato de gestión de servicios públicos y su vinculación con este objeto son muchísimas, tanto el ámbito local, en las más, como en otros ámbitos; y, en segundo, por constituir la mejor garantía de los derechos de los usuarios y la continuidad y regularidad de los servicios públicos, todo ello sobre la base de un régimen jurídico unitario, actualizado de acuerdo con las exigencias comunitarias, y que contempla diversas modalidades (gestión interesada, concierto, sociedad de economía mixta y, de *lege ferenda*, arrendamiento), cada una de ellas con un elemento relevante y sus peculiaridades propias, lo que permite la mejor adecuación al caso concreto.

La segunda opción, de aplicarse, además de provocar un conflicto normativo con esas previsiones recogidas en la legislación vigente, una de dos: o no garantizaría los derechos y los principios mencionados o, de hacerlo gracias a la aprobación de un régimen legal de los servicios públicos que complementara la regulación del contrato de servicios, acabaría reconstruyendo materialmente el contrato de gestión de servicios públicos, lo que es un argumento más en favor de la primera opción.⁸⁷⁹

8.6. El período transitorio: el efecto directo de las Directivas comunitarias y sus consecuencias respecto de la gestión contractual de los servicios públicos locales

Cuadragésima tercera. Primacía del Derecho comunitario y efectos jurídicos de las Directivas

Como es bien sabido, con fechas 26 de febrero y 28 de marzo de 2014 fueron aprobadas y publicadas en el DOUE las Directivas comunitarias 2014/23, 24 y 25 /UE, relativas a la adjudicación de contratos de concesión, contratación pública y de sectores excluidos, respectivamente. La entrada en vigor de las mismas tuvo lugar el 18 de abril de 2014, y su transposición debía haber tenido lugar el 18 de abril de 2016 (art. 51, 91 y 106, respectivamente, de las D 2014/23, 24 y 25/UE, si bien para las dos últimas se posponía la de algunas de sus determinaciones hasta uno o dos años después).

Para evaluar los efectos y las consecuencias del incumplimiento del deber de transposición de la Directivas es preciso recordar las características y exigencias del Derecho comunitario que, en lo que concierne a este tema, se concretan en las máximas siguientes (ep. 7.2):

⁸⁷⁹ En sus términos esenciales, a la formulación de esas dos opciones llega el Consejo de Estado en su Dictamen núm. 1116/2015, de 10.3.2016, después de haber analizado y evidenciado –en coincidencia textual con mis trabajos de mayo y octubre de 2015– las limitaciones y disfunciones del planteamiento del ALCSP/O/2015. El Alto órgano consultivo opina que la segunda *ofrece mayores ventajas*, aunque considero que esa valoración no puede desligarse del último inciso que formula, en el sentido de que «cabe, incluso, pensar en la posibilidad de que el contrato de servicios, cuando recaiga sobre un servicio público, adopte la forma de la gestión interesada, el concierto o la sociedad de economía mixta, que forman parte de la tradición del Derecho administrativo español» (p. 79-80). En esa variante cifro, a mi modesto entender, la discrepancia con su parecer, porque entiendo que, al recuperar esas modalidades, se está volviendo a la primera opción; todo lo cual, por otra parte, me reafirma en la mayor funcionalidad de la primera opción.

1ª) Primacía del Derecho comunitario, lo que se traduce, de un lado, en resolver a favor de la norma comunitaria el conflicto con la interna, la cual deberá inaplicarse y, de otro, en la obligación del Estado miembro de eliminar de su ordenamiento interno las disposiciones incompatibles con el Derecho comunitario (STJCE de 15.7.1964, asunto 6/64, Costa ENEL).

2ª) Eficacia o aplicación directa de las Directivas, lo que se concreta en las determinaciones siguientes:

2ª.1) La Directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios (TFUE/2016, 288, 3r pfo).

2ª.2) Aunque sea necesaria su transposición al derecho nacional, se afirma el efecto directo de las Directivas en todos aquellos casos en que su formulación sea clara, precisa, completa e incondicional, si ha transcurrido el plazo para su ejecución, o si la transposición ha sido incorrecta (STJUE de 5.10.2004, asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01, Pfeiffer y otros, apto. 103).

3ª) Y todo ello, naturalmente, sin olvidar la observancia de las garantías sobre los medios de recursos eficaces y rápidos contra decisiones adoptadas por poderes adjudicadores y entidades contratantes contenidas en la Directiva 2007/66/CE, transpuesta por la L 34/2010, de modificación de las leyes LCSP/2007 (luego reflejada en el TRLCSP/2011), L 31/2007 (sectores excluidos) y LJCA/1998, y la extensión de la aplicación del recurso especial de contratación que resulte del propio efecto directo.

Detalladas las exigencias del Derecho comunitario, procede analizar la problemática del contraste entre las determinaciones de las Directivas que tienen efecto directo y el derecho interno regulador de la gestión contractual de los servicios públicos locales, cuyos efectos se producen a partir del 19 de abril de 2016.

Cuadragésima cuarta. El juicio sobre la transferencia del riesgo operacional y las consecuencias derivadas en orden a determinar el efecto directo de las Directivas comunitarias.

El punto de partida para el análisis no es otro que el concepto de *transferencia del riesgo operacional* y cómo éste se erige en el *criterio de distinción entre los contratos*

comunitarios de concesión de servicios, de un lado, y *público de servicios*, de otro, según lo ya expuesto. Con remisión a su análisis detallado (ep.7.3), el contraste entre las definiciones de los contratos comunitarios de concesión y público de servicios aboca, indefectiblemente, a un *juicio sobre la transferencia del riesgo operacional al contratista*, a una evaluación en el supuesto concreto que determinará si concurre efectivamente dicha transferencia, en cuyo caso habrá que calificar el contrato como de concesión de servicios públicos si su objeto integra tal categoría en los términos ya concluidos o, caso de no producirse tal transferencia, hacerlo como contrato comunitario de servicios.

A los efectos de realizar ese juicio pueden señalarse los siguientes criterios de evaluación:

- a) Factores de transferencia del riesgo operacional; tendencialmente los vinculados con los ámbitos y supuestos de construcción y reposición de infraestructuras e instalaciones y explotación de servicios públicos con rendimientos económicos (abastecimiento de agua potable, complejos deportivos, centros de ocio y turismo y servicios funerarios, entre otros); tarifas como único medio de retribución del contratista; tarifas acompañadas de un pago por parte de la Administración, pero que no tenga carácter compensatorio en función de los resultados decrecientes de la explotación; y pago por parte de la Administración sometido a factores y criterios de riesgo y/o aleatorios.
- b) Factores de no transferencia del riesgo operacional; tendencialmente los referidos a los supuestos y sectores de servicios gratuitos o subvencionados; y servicios cuya ecuación económica real no permita articularla en términos de transferencia de riesgo operacional al gestor contratado; en definitiva, servicios asistenciales y sanitarios y, eventualmente, educativos, culturales o de otra índole no susceptibles de una explotación económica con rendimientos económicos significativos.

En función del resultado del juicio sobre transferencia del riesgo operacional en servicios, en cuanto al Derecho comunitario las consecuencias generales derivadas serán las siguientes:

1ª) Si efectivamente se produce la transferencia, resultará de aplicación la Directiva 2014/23/UE, de concesiones, si el valor estimado del contrato (VEC) es igual o superior a 5.225.000 euros (art. 8.1)

2ª) Si, por el contrario, la transferencia no tiene lugar, la aplicable será la Directiva 2014/24/UE, si el VEC es igual o superior a 209.000 euros (en referencia siempre al ámbito local) o a 750.000 si se trata de servicios sociales u otros específicos citados en el anexo XIV de la Directiva (art. 4).

3ª) El problema, como es fácil advertir, radica en que las diferencias entre los umbrales son demasiado amplias, de manera que el resultado del juicio de apreciar o no la transferencia del riesgo operacional comporta unas consecuencias que difieren en cuanto al procedimiento a seguir, y que, si se observan de manera estricta, pueden tener un desenlace perjudicial para la Administración, en caso de errar en el juicio o, simplemente, porque los órganos revisores, administrativos o jurisdiccionales, discrepen del mismo.

Como quiera que la no transposición era una eventualidad cuya efectividad se fue haciendo evidente entrado ya 2016 y abocados, pues, al efecto directo de las Directivas, lo cierto es que, llegada la fecha crítica, ha podido disponerse de varios textos jurídicos a partir de los cuales encarar la problemática sobre qué preceptos del Derecho interno debían entenderse desplazados por dicho efecto.⁸⁸⁰

Cuadragésima quinta. Efecto directo respecto de las concesiones de servicios públicos locales

Centrándonos en las concesiones de servicios y en sus aspectos sustantivos o materiales, las principales determinaciones de la Directiva 2014/23/UE a las que cabe atribuir efecto directo son, en síntesis, las relativas a (ep. 7.4):⁸⁸¹

⁸⁸⁰ En síntesis y con remisión para su referencia exacta (ep.7.1.2), los textos son: ALCSP/O/2015; Documento de los Tribunales Administrativos de Contratación Pública (1.3.2016); Dictamen del Consejo de Estado 1116/2015 (10.3.2016); Recomendación JCAA AGE (BOE 66, 17.3. y 8.4.); e IJCCA GENCAT 1/2016 (6.4); complementados con aportes doctrinales manifestados en foros diversos (véase bibliografía al inicio ep. 7.4).

⁸⁸¹ Junto a la referencia del precepto de la Directiva y las remisiones al TRLCSP y ALCSP, se indica el epígrafe en que ha sido analizada.

- a) La definición sobre concesiones de servicios: D 23 (5), TRLCSP (8 y 277.a) y ALCSP (15, ep. 7.3).
- b) El cálculo del valor estimado de la concesión, a partir de un valor igual o superior a 5.225.000 euros, excluido el IVA: D 23 (8) y ALCSP (101, ep. 4.3.5),
- c) La determinación del plazo de las concesiones: D 23 (18), TRLCSP (278) y ALCSP (29.6 y 50, ep. 4.3.4).
- d) Los contratos mixtos de concesiones: D 23 (20 a 22), TRLCSP (12) y ALCSP (18, ep. 4.3.3.3).
- e) La subcontratación: D 23 (42), TRLCSP (289 y 227, 228 y 228 bis) y ALCSP (294 y 213, 214 y 215, ep. 4.18).
- f) El régimen de modificación de los contratos de concesión: D 23 (43.1.b y .1.c.i), TRLCSP (105 a 107) y ALCSP (201.205, ep. 4.9.4 a 4.9.6 y 7.4.n).
- g) La sucesión del contratista que no responda a una reestructuración empresarial ni a una opción inequívoca del pliego, entendida como una modificación contractual no admitida: D 23 (43.1.d, *a contrario*), TRLCSP (85 y 226) y ALCSP (98 y 212, ep. 4.7.8.3).
- h) La resolución de concesiones: D 23 (44), TRLCSP (223. g, 32.b y 286) y ALCSP (209.1.g, 39.2.a y 292, ep. 7.4.p).
- i) La modificación del ámbito de aplicación de la Directiva 89/665/CEE, de recursos: D 23 (46), TRLCSP (40.1.c) y ALCSP (44 a 60, ep. 4.19.3).
- j) Las previsiones sobre concesiones relativas a servicios sociales y otros servicios específicos: D 23 (19, 31.3, 32 y 46) y ALCSP (anexo III, B, Sección 5, ep. 4.3.2.5^a).

Cuadragésima sexta. Efecto directo respecto de la gestión de servicios públicos locales en la que no se transfiera riesgo operacional

Llegado el 19 de abril de 2016 sin haberse verificado la transposición, respecto de la *contratación de servicios públicos en la que no hay transferencia de riesgo operacional al contratista*, el escenario aboca a aplicar el TRLCSP en cuanto al régimen jurídico, así como la Directiva 2014/24/UE en cuanto a sus determinaciones con efecto directo. Sobre estas dos cuestiones cabe fijar las siguientes conclusiones:

Por lo que se refiere al *régimen jurídico aplicable en el marco del TRLCSP*, se plantea un dilema: la subsunción en el contrato de servicios o la opción por el CGSP actualizado, en una de sus modalidades distintas de la concesión, esto es, la gestión

interesada, el concierto o la sociedad de economía mixta. En mi opinión y con remisión a su análisis específico (ep. 7.5.1 a 7.5.), esta segunda es la alternativa que procede con arreglo a la legalidad vigente, y son coincidentes los criterios asentados por la Juntas Consultivas de Contratación Administrativa de la Administración General del Estado (AGE) y de la Generalitat de Cataluña (GENCAT), que consideran que siguen vigentes las modalidades del contrato de gestión de servicios públicos distintas de la concesión.⁸⁸²

En cuanto a la contratación de servicios públicos en la que no hay transferencia del riesgo operacional y centrándonos en sus aspectos sustantivos o materiales, las *principales determinaciones de la Directiva 2014/24/UE a las que cabe atribuir efecto directo* son, en síntesis, las referidas a (ep. 7.5.4).⁸⁸³

- a) Los servicios públicos que sean objeto de contratación mixta: D 24 (3), TRLCSP (12 y 25.2) y ALCSP (18 y 34.2, ep. 5.3.3.3.).
- b) Los umbrales de aplicación: D 24 (4), cifrados para el ámbito local en 209.000 euros o 750.000, si se trata de servicios sociales o el resto de los del anexo XIV, TRLCSP (16) y ALCSP (22, ep. 5.2.1.5^a), que determinan la procedencia del recurso especial de contratación, TRLCSP (40 a 49) y ALCSP (44 a 60, ep. 4.19.2).
- c) El cálculo del valor estimado del contrato: D 24 (5), TRLCSP (88) y ALCSP (101, ep. 5.5.2.); en el caso de que el servicio sea financiado parcialmente por los usuarios mediante el abono de tarifas, habrá que aplicar el concepto que se recoge en relación con la concesión de servicios, esto es, la renta procedente del pago de tasas y multas por los usuarios de los servicios, distintas de los recaudados en nombre del poder adjudicador (Directiva 23, 8.3.a y ALCSP, 101.3.a, ep. 3.5.3).
- d) La división de contratos en lotes: D 24 (46.1 y .2), TRLCSP (86) y ALCSP (99, ep. 5.3.3.2).
- e) La subcontratación: D 24 (71. 2, .4 y .5), TRLCSP (289 y 227, 228 y 228 bis) y ALCSP (294 y 213, 214 y 215, ep. 4.18).

⁸⁸² Recomendación JCAA AGE (BOE 66, 17.3, ep. 3.1.5.2.a, *in fine*) e IJCCA GENCAT 1/2016 (6.4, CDJ IV, p. 43 y 44 y última conclusión).

⁸⁸³ Junto a la referencia del precepto de la Directiva y las remisiones al TRLCSP y ALCSP, se indica el epígrafe en que ha sido analizada.

- f) El régimen de modificación de los contratos: D 24 (72.1.b y .1.c.i), TRLCSP (105 a 107) y ALCSP (201.205, ep. 4.9.4 a 4.9.6 y 7.4.n).
- g) La sucesión del contratista que no responda a una reestructuración empresarial ni a una opción inequívoca del pliego, entendida como una modificación contractual no admitida: D 24 (72.1.d, *a contrario*), TRLCSP (85 y 226) y ALCSP (98 y 212, ep. 5.6.4.4 y 4.7.8.3).
- h) La rescisión de contratos: D 24 (73), TRLCSP (223. g y 32.b) y ALCSP (209.1.g y 39.2.a, ep. 7.5.4.n).
- i) La adjudicación de contratos de servicios sociales y otros servicios específicos y publicación de los anuncios: D 24 (74 y anexo XIV, y 75 y ALCSP (anexo III, A, Sección 7, ep. 5.3.2).

Cuadragésima séptima. El Decreto ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública de Cataluña

En la situación de transitoriedad iniciada el 19 de abril de 2016, en Cataluña vino a añadirse el Decreto ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública, cuya entrada en vigor se produjo el 3 de junio siguiente. Sobre la referida norma cabe formular las consideraciones y conclusiones siguientes (epígrafe 7.6):

1ª De acuerdo con su Preámbulo, el DL 3/2016 se justifica en la falta de transposición de las Directivas comunitarias 2014/23 y 24/UE, para evitar que tal falta genere inseguridad jurídica, en la competencia de la Generalitat de Cataluña de acuerdo con el Estatuto de autonomía y la jurisprudencia constitucional y en la necesidad de regular cuestiones afectadas por la aplicación de las Directivas y de las fórmulas no contractuales en los ámbitos de servicios sociales y ámbitos ocupacionales. En la sesión de 13 de julio de 2016, el Parlamento acordó, en primer término, convalidar dicho Decreto ley (86 votos a favor y 41 en contra) y, en segundo, que se tramitara como proyecto de ley (131 votos a favor).⁸⁸⁴

2ª La primera cuestión general que deber ser abordada es la relativa a si concurre la *necesidad extraordinaria y urgente* demanda por el 64.1 del EAC, y respecto de la cual procede efectuar, en síntesis, las siguientes consideraciones:

⁸⁸⁴ Sobre el desarrollo del trámite y los debates parlamentarios véanse los epígrafes 7.6.2 y 7.6.3.A).

2ª.1. En relación con la *urgencia*, según la jurisprudencia constitucional, «el Gobierno solo está legitimado para recurrir al decreto-ley cuando por la vía de la tramitación parlamentaria de naturaleza más urgente no fuera razonablemente viable o posible alcanzar los objetivos perseguidos por la acción normativa» (STC 137/2011, FJ 4, citada por el Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña, Dictamen 7/2010, FJ 3 y 4).

2ª.2. El mismo Consejo precisa que «la *naturaleza extraordinaria de la necesidad* ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional y por la doctrina consultiva como el supuesto extraordinario en el que una situación coyuntural de difícil previsión requiere una intervención normativa inmediata por parte del Gobierno para hacer frente a los objetivos de gobernabilidad (por todos, ATC 43/2014, de 12 de febrero, FJ 4, y DCGE 15/2014, FJ 2.3), y es suficiente, con respecto al alcance de la necesidad, que se trate de necesidades que se originan en las tareas concretas y habituales del Gobierno y que no es necesario que sean necesidades extremas o absolutas (STC 6/1983, de 4 de febrero, FJ 5)» (Dictamen núm. 16/2014, FJ segundo, 2).

2ª.3. Sobre la necesidad de la norma, el argumento más apreciado en el debate parlamentario fue el relativo a la regulación de las fórmulas no contractuales en los ámbitos de servicios sociales y ámbitos ocupaciones y su régimen transitorio; en cuanto a la urgencia, no se menciona ni en el Preámbulo del DL 3/2016, ni en la intervención del *Conseller d'Afers Exteriors, Relacions Institucionals i Transparència*, en el curso de la sesión en que fue convalidado, lo que fue objeto de reproche. Al final, el elemento que resultaría relevante para la convalidación del DL 3/2016 fue su tramitación posterior como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia (ex 64.3 EAC y RPC, 155.4), decisión que concitaría el voto unánime de los 131 miembros presentes en la Cámara.

3ª La segunda cuestión general a analizar es la *competencial*, que se resuelve tanto en su *vertiente relativa a la ejecución del Derecho comunitario por la Generalitat* (ex EAC, 189), sin perjuicio de que el Estado puede dictar futuras normas básicas (STC 31/2010, FJ 123), como en sus *dimensiones objetiva y subjetiva* (competencias en materia de *contratos de las administraciones públicas de Cataluña*, lo que incluye a las locales, ex EAC, 159.3).

4ª De la regulación de los aspectos sustantivos, la primera cuestión se refiere a los *contratos de gestión de servicios públicos en la modalidad de concesión*, definidos por la transferencia a la empresa concesionaria del riesgo operacional en la explotación de

los servicios (art. 2.1), y respecto de la cual debe señalarse que reproduce parcialmente la Directiva (art. 5.1.b, pfo. 2º), objeto de análisis pormenorizado y completado con el del ALCSP (ep. 2.3 y 4.2).

5ª Mayor complejidad reviste la relativa a la DA 2ª, en lo relativo a la *contratación de la gestión de servicios públicos en que no se transfiera el riesgo operacional al contratista*. Pese a que, en una primera lectura, pudiera parecer que su regulación suponía positivizar la opción en favor del descarte de las modalidades del contrato de gestión de servicios públicos distintos de la concesión (gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta), y su subsunción en el contrato de servicios, un análisis contextualizado me lleva a considerar que dicha DA 2ª se tiene que interpretar en el sentido que resulta de:

5ª.1. Los criterios asentados por la Juntas Consultivas de Contratación Administrativa de la Administración General del Estado (AGE) y de la Generalitat de Cataluña (GENCAT), citados en la conclusión 46ª, que consideran que siguen vigentes las modalidades del contrato de gestión de servicios públicos distintas de la concesión.

5ª.2. Las manifestaciones de responsables de la Dirección General de Contratación Pública del Departamento de Asuntos y Relaciones Internacionales y Exteriores y Transparencia, Consejería a propuesta de la cual se aprobó el DL 3/2016, en el sentido de que éste no incide en las modalidades del contrato de gestión de servicios públicos diferentes de la concesión, esto es, la gestión interesada, el concierto y la sociedad de economía mixta, que continúan vigentes para los supuestos en que no se produce transferencia del riesgo operacional al contratista, corroboradas por la de la Secretaría Técnica de la JCCA de la GENCAT, en la misma línea.⁸⁸⁵

5ª.3. Ser ésta la única interpretación conforme con la CE, en tanto concuerda con la regulación básica de la LBRL (85.2.B), y el EAC, atendido que se corresponde con lo previsto en el TRLCat/2013 (249.5), texto normativo integrante de las denominadas *leyes de desarrollo básico del Estatuto*, en razón de lo cual su derogación o modificación no puede ser objeto de decreto ley (ex EAC, art. 62.1 en relación con el 2.3 y 64.1).

6ª Siguen luego otras previsiones del DL 3/2016, de las que, con remisión a su análisis detallado (ep.7.6.3 *in fine*), destacan las relativas al *plazo de las concesiones* (limitado

⁸⁸⁵ Sobre las referencias a tales manifestaciones, véase el epígrafe 7.6.3.B.b.3).

a 5 años, salvo justificación para superarlo, art. 2.1), *división en lotes* (art.5) y *causas de modificación de los contratos* (art.9).

Cuadragésima octava. Recapitulación: un período transitorio de incierta duración.

Las elecciones de diciembre de 2015 habían de permitir la continuidad de la normalidad parlamentaria y, como consecuencia de ello y entre otros, el cumplimiento de los compromisos sobre la transposición de las Directivas comunitarias 2014/23,24 y 25/2014 y la aprobación de la nueva ley de contratos del sector público (LCSP). Los resultados habidos y la no conformación de una mayoría suficiente en el Congreso de los Diputados que resolviera la investidura gubernamental, abocaron a la celebración de unas nuevas elecciones en junio de 2016 en la esperanza de que se clarificara el escenario político. Sin embargo, tampoco de esta nueva cita electoral ha surgido una mayoría que, al cierre de esta tesis, permita la elección de un presidente que forme un gobierno que pueda aprobar el proyecto de la nueva LCSP para su remisión al Congreso y posterior tramitación parlamentaria.

Mientras se resuelve este *embrollo político*, el deber de transposición de las Directivas sigue incumplido y, más allá de las posibles consecuencias sancionadoras que de ello puedan derivarse, los operadores jurídicos deben apurar sus juicios para la contratación de la gestión indirecta de los servicios públicos, observando –eso sí- las Directivas en sus efectos directos, esto es, en aquellas de sus determinaciones que sean claras, precisas e inequívocas, y aplicando un TRLCSP cuya vigencia se ve alterada por tales efectos. La situación es especialmente compleja en el subsistema local, tanto porque en este ámbito se desarrolla un número importante de servicios públicos, cuanto por su densidad normativa, incrementada de resultados de la legislación específica aplicable, ya se trate del Reglamento de servicios de 1955 o de la autonómica aprobada en diversas Comunidades Autónomas. Todo ello plantea dilemas sobre las figuras contractuales a aplicar (concesión, contrato de Servicios *versus* gestión interesada, concierto o sociedad de economía mixta), dilemas para cuya resolución se han formulado las conclusiones expresadas en las páginas anteriores.

Ciertamente, los ayuntamientos y demás entidades locales cuentan con excelentes profesionales y voluntariosos y experimentados representantes políticos para acometer todas las tareas descritas. Pero es de desear que ese período transitorio en

el que ha de aprobarse la nueva legislación tenga la menor duración posible. La seguridad jurídica y la normalidad en el funcionamiento de los servicios públicos locales así lo demandan.

Barcelona, 3 de septiembre de 2016.

9. EXPERIENCIAS DE CONTRASTE

9.1. Introducción

En la parte de análisis empírico de la tesis se ofrece una relación de *experiencias de contraste* que reflejan las diversas manifestaciones de la configuración dada por las entidades locales incluidas en la misma a diferentes supuestos de gestión indirecta de servicios públicos.

Se trata, pues, de supuestos extraídos de la realidad, para cuya selección se ha seguido la siguiente metodología:

i) Consulta de los anuncios sobre gestión indirecta de servicios públicos locales en el BOE, atendido que este diario publica las contrataciones de mayores dimensiones, vinculadas con las anunciadas en el DOUE; eventualmente, se ha complementado esa consulta con la efectuada a los BOP o diarios oficiales de Comunidades Autónomas (CA).

ii) De la revisión de esos diarios se seleccionaron los supuestos que se estimaron relevantes, atendiendo a los criterios de su *objeto* (en función de su diversidad y peculiaridades) y sus *características esenciales* (duración, forma de retribución del contratista, modificación del contrato y otros aspectos significativos).

iii) Efectuada esa primera selección de experiencias de contraste, sus datos se contrastaron con los de los correspondientes expedientes de contratación, a partir de la visita a la página web de la entrada local respectiva; concretamente a su *perfil de contratante* (ex TRLCSP, 53).

Debe significarse que esta segunda operación permitió añadir otros datos significativos de la experiencia en cuestión, aunque no siempre pudieron verificarse en el perfil, bien por deficiencias en el mismo, bien por haber sido ya eliminados, lo que determinó el descarte de los supuestos.

iv) Finalmente, se han elegido las que integran la relación de experiencias de contraste que se presenta en este apartado, casi un centenar de casos (91 de ayuntamientos y 6 de otras entidades locales), mayoritariamente referidos a concesiones de servicios públicos, aunque también se incluyen distintos (contratos de servicios, administrativo

especial y concesión demanial, entre otros). Esa relación debe completarse con las experiencias consignadas en los apartados relativos a las modalidades del CGSP diferentes de la concesión, cuya especificidad aconsejaba ubicarlas con ocasión de su estudio.⁸⁸⁶

El horizonte temporal de la selección abarca el período comprendido entre 2010 y 2016, si bien en el repertorio final se han primado los supuestos de los dos últimos años, que por otra parte son los que más problemas han planteado a los operadores jurídicos, tal como se ha tenido la oportunidad de destacar (así, en el epígrafe 3.1.2, entre otros).

La relación muestra, pues, un elenco de experiencias de la gestión contractual de servicios públicos locales desarrollada bajo la vigencia de la LCSP/2007 y el TRLCSP/2011, que viene a complementar la serie realizada anteriormente respecto de la legislación de contratos de las Administraciones públicas (LCAP/1995 y TRLCAP/2000).⁸⁸⁷

v) El análisis de las experiencias de contraste de este apartado sigue el esquema siguiente:

a) Tipo de entidad local: ayuntamientos, mayoritariamente (epígrafe 9.2), u otras entidades locales (ep. 9.3).

b) Objeto: descripción del objeto del servicio público (SP) cuya gestión se contrata, con indicación de la modalidad utilizada (concesión u otra) y su amparo normativo básico.

c) Referencias; así a:

- anuncio de publicación de la licitación en BOE, BOP o diario oficial de la CA;

⁸⁸⁶ Así, se localizan en los apartados relativos a la *gestión interesada* (5 experiencias, epígrafe 6.2.3), *concierto* (10, ep. 6.2.4), *sociedad de economía mixta* (9, ep. 6.2.5) y *arrendamiento* (3, ep. 6.2.6)

⁸⁸⁷ Esa serie se contiene en mi libro *Los servicios públicos locales: concepto, configuración análisis aplicado* (2007: especialmente, p. 96-208)

- duración del contrato y prórrogas, con indicación de su localización en las cláusulas (C) del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), cuadro de características (CC) o pliego de prescripciones técnicas particulares (PPTP).
- retribución del contratista: tarifas satisfechas por los usuarios, o abono del precio o de la subvención por el ayuntamiento u otra entidad local; con indicación de si prevé revisión de precios y sus características;
- canon que, en su caso, ha de satisfacer el concesionario al ayuntamiento o entidad local;
- modificación del contrato que, en su caso, se prevea de manera detallada en la documentación contractual.
- previsión, en su caso, al recurso especial de contratación (REC).
- publicidad, en su caso, en el DOUE (fecha de revisión del anuncio al mismo) y en el BOE de la formalización del contrato.

d) Otros: demás características que se han considerado significativas.

Aparte de la visión panorámica que ofrecen las diferentes experiencias de contraste (EC) descritas, su lectura conjunta pone en evidencia los *conflictos normativos* señalados objeto de un planteamiento inicial (epígrafe 3.1.2), y analizados después a lo largo de la tesis. Por resaltar algunas de las diferentes configuraciones dadas sobre supuestos de hecho análogos, se citan las de los SP relativos a:

- i) La construcción y explotación de instalaciones deportivas: concesión de servicios (EC nº 86) *versus* concesión de obra pública (70).
- ii) La prestación de servicios sociales: contrátese las que utilizan la concesión, el concierto u otra modalidad de CGSP (EC nº 2, 33 y 39) *versus* las que acuden al contrato de servicios (40) o al administrativo especial (60).
- iii) La recogida de residuos sólidos urbanos o la limpieza viaria: concesión u otra modalidad de CGSP (EC nº 6, 15, 22, 23, 54) *versus* las que lo articulan mediante el contrato de servicios (21, 53 y 90).

Y lo cierto es que se trata de planteamientos que tienen su respectivo amparo normativo, bien que en un marco legal que, como se ha expuesto a lo largo de la tesis, presenta configuraciones jurídicas distintas, y a veces contrapuestas, para dar

cobertura a la gestión contractual de un mismo supuesto integrante del concepto de servicio público.

9.2. Ayuntamientos

1.	a) Ayuntamiento: Alcalá de Henares (Madrid)
	b) Objeto: gestión del SP del Centro integrado de atención a personas con discapacidad. Residencia y centro de día (concesión). Amparo normativo: LBRL, 26.1.c).
	c) Referencias: anuncio BOComunidad de Madrid 4, 5.1.2012; duración: 20 años, con prórrogas anuales hasta un máximo de 5 (C.3); retribución: tarifas (C. 2; canon a cargo del concesionario, a partir del 6º año (C. 2).

2.	a) Ayuntamiento: Alcorcón (Madrid)
	b) Objeto: gestión del SP de dos dispositivos de acogida temporal (Centro de Emergencia y Centro de Acogida) para mujeres víctimas de violencia de género y sus hijos (sin precisar modalidad del CGSP); LBRL, 26.1.c.
	c) Referencias: anuncio BOE 263, 3.11.2015; duración, 1 año, con prórroga de 1 más, condicionada a vigencia convenio con CA (competencia delegada, en cuya virtud financia el 80% del servicio, C. 1.19, véase epígrafe I.5.3); retribución: abono del precio a cargo del Ayuntamiento (C. 1.22); modificación: sí (genérica), con el límite del 20% (C. 1.21); anuncio de formalización BOE 26, 30.1.2016).

3.	a) Ayuntamiento: Alcorcón (Madrid)
	b) Objeto: gestión del SP educativo de Niños “Sol y Luna” (concesión); LO 8/1985, LO 2/2006 y legislación autonómica.
	c) Referencias: anuncio BOE nº 172, 20.7.2015; duración, 10 meses, con prórrogas anuales hasta un total de 5 años; retribución: tarifas y subvención municipal (Cláusula 6 y 22); previsión recurso especial de contratación (REC).

4.	a) Ayuntamiento: Aranda de Duero (Burgos)
	b) Objeto: gestión del SP de atención domiciliar de Aranda de Duero, entidad local de La Aguilera y Barrio de Sinovas (CGSP sin especificar modalidad); LBRL, 26.1.c)
	c) Referencias: anuncio BOE nº 50, 27.2.2013; duración: 2 años, con prórrogas anuales automáticas, hasta un máximo de 2 más si ninguna de las partes manifiesta su voluntad de dar por terminado el contrato (C.2ª); retribución: tarifas y abono de precio complementario a cargo del Ayuntamiento, con licitación a la baja de su importe por hora, y cláusula de revisión del 85% IPC/INE a partir 2º año (C. 3, 5 y 15, CC. B); anuncio de formalización BOE 227, 21.9.2013.

5.	a) Ayuntamiento: Aranda de Duero (Burgos)
	b) Objeto: gestión del SP de la explotación de la piscina cubierta municipal, con obras, que lleva anexo el bar (concesión); LBRL, 26.1.c)

	<p>c) Referencias: anuncio BOE nº 9, 10.1.2013; duración: 8 años, con prórrogas anuales de 1 año, hasta un máximo de 2, retribución: tarifas y abono de precio anual a cargo del Ayuntamiento, con licitación a la baja, y cláusula de revisión al 85% del IPC/INE, a partir del 2º año (C. 3 y 5); anuncio de formalización BOE 165, 11.7.2013; publicidad en DOUE (remisión el 18.12.2012).</p> <p>d) Otros: precio anual de licitación, 35.400 eur (C. 5); precio anual de adjudicación, 14.160 eur (BOE 165, 11.7.2013).</p>
--	--

6.	a) Ayuntamiento: Aspe (Alicante)
	b) Objeto: gestión del SP de residuos sólidos urbanos, así como otras prestaciones complementarias vinculadas al mismo (concesión); LBRL, 26.1.a).
	c) Referencias: anuncio BOPAlicante 86, 9.5.2011; duración: 15 años, con prórroga hasta un máximo de 20; retribución: abono del precio a cargo del Ayuntamiento con cláusula de revisión referida al 85% del IPC/INE (C. 36, 37 y 40); modificación: por circunstancias de desarrollo urbanístico, hasta el límite del 40% precio de adjudicación correspondiente a una anualidad (C. 47)

7.	a) Ayuntamiento: Barcelona (Instituto Municipal de Mercados)
	b) Objeto: gestión del SP de diseño, producción y gestión de la feria "Mercat dels Mercats"; LBRL, 25.2.i).
	c) Referencias: anuncio BOE nº 55, 5.3.2015; duración: hasta 31.1.2016, con prórroga de 1 año; retribución: abono del precio a cargo del Ayuntamiento; publicidad en DOUE (remisión 24.2.2015).

8.	a) Ayuntamiento: Barcelona
	b) Objeto: gestión y explotación del SP Centro Cívico Sarrià (concesión); LBRL, 25.2.l) y m).
	c) Referencias: anuncio en perfil del contratante, 1.8.2016; duración: 3 años, con prórroga de 12 meses más, por mutuo acuerdo de las partes (C. 3); retribución: tarifas y otros ingresos (C. 2.1 y 2.3) y subvención del Ayuntamiento, con licitación a la baja (C. 2.2 y 9.1.a.1); canon anual (C. 2.6).
	d) Otros: referencias en Plataforma de Contratación Pública: https://contractaciopublica.gencat.cat/ecofin_pscp/AppJava/notice.pscp?idDoc=17277431&advancedSearch=false&reqCode=viewCn

9.	a) Ayuntamiento: Bilbao (Vizcaya)
	b) Objeto: gestión del SP del Albergue Bilbao Aterpetxea (concesión); LBRL, 25.2.h) y l).
	c) Referencias: anuncio BoVizcaya 116, 18.6.2012; duración: sobre un máximo de 15 años y un mínimo de 10, el que oferte el licitador (C. cc 8); canon mínimo anual a satisfacer por el concesionario, licitación al alza (C. cc 9); modificación: circunstancias previstas sucintamente, con el límite del 20% (C. 34 a 36, C. cc 7b); publicidad en DOUE (remisión el 8.6.2012).

10.	a) Ayuntamiento: Burgos
	b) Objeto: gestión del SP del estacionamiento regulado en la vía pública (modalidad de CGSP no definida); LBRL, 25.2.g).
	c) Referencias: anuncio BOE 141, 13.6.2012; duración: 8 años, con prórrogas anuales hasta un máximo de 2 años; retribución: abono del precio a cargo del

	Ayuntamiento, con cláusula de revisión referida al 85% del IPC/INE (C. 3, 13 y 14); anuncio formalización BOE 91, 16.4.2013
--	---

11.	a) Ayuntamiento: Calatayud (Zaragoza)
	b) Objeto: gestión del SP de gestión y explotación de la ludoteca municipal (concesión); LBRL, 25.2.l) y m).
	c) Referencias: anuncio BOPZaragoza 33, 11.2.2012; duración: 2 años, con prórrogas anuales hasta un máximo total de 5; retribución; tarifas; canon anual fijo a cargo del concesionario

12.	a) Ayuntamiento: Calatayud (Zaragoza)
	b) Objeto: gestión del SP del estacionamiento limitado y controlado de vehículos, así como inmovilización, retirada y traslado al depósito (concesión); LBRL, 25.2.g).
	c) Referencias: anuncio BOAragón, 84, 4.5.2012; duración: 4 años, prorrogable por 1 año (C. 16); retribución: tarifas (PPTP, 11.5); canon fijo 1º año y siguientes alternativos con 30% facturación bruta (C. 1.5.1).

13.	a) Ayuntamiento: Camargo (Cantabria)
	b) Objeto: gestión del SP para la optimización del alumbrado público y el mantenimiento eléctrico de las instalaciones municipales (concesión); LBRL, 26.1.a).
	c) Referencias: anuncio BOE 96, 22.4.2015; duración, 20 años, sin prórroga; retribución: abono del precio a cargo del Ayuntamiento, con revisión, sujeto a condiciones (C. 4 y 23); modificación del contrato: nuevas instalaciones alumbrado, límite del 20% precio adjudicación y 50.000 eur/año por mantenimiento nuevas instalaciones eléctricas municipales; publicidad en DOUE (remisión 7.4.2015); previsión REC.

14.	a) Ayuntamiento: Carballo (La Coruña)
	b) Objeto: gestión del SP del ciclo integral de agua (concesión); LBRL, 26.1.a).
	c) Referencias: anuncio BOE, 311, 29.12.2015; duración: 20 años, con prórroga de 5 más, dividida en un máximo de 2; retribución: tarifas, con fórmula de revisión (C. 32); canon anticipado a cargo del concesionario por un mínimo de 2 MEUR, con licitación al alza y afectado a renovación y mejora infraestructuras (C. 7 y 31); previsión sobre REC (C. 3).

15.	a) Ayuntamiento: Colmenarejo (Madrid)
	b) Objeto: gestión de SP de punto limpio, recogida de residuos urbanos, de podas y enseres y limpieza viaria (concesión); LBRL, 26.1.a).
	c) Referencias: anuncio BOE 112, 11.5.2015; duración, 8 años, con prórrogas de 1 año hasta un total de 10; retribución: abono del precio a cargo del Ayuntamiento sujeto a cumplimiento índices de calidad y eficiencia, con fórmula de revisión de revisión a proponer por adjudicatario que refleje evolución de costes (C. 6, 23 y 24); publicidad en DOUE (remisión 6-5-2015).

16.	a) Ayuntamiento: Córdoba
	b) Objeto: gestión del SP de inmovilización, retirada, traslado, depósito y

	custodia de vehículos y gestión del depósito municipal (concesión); LBRL, 25.2.g).
	c) Referencias: anuncio BOPCórdoba, 50, 11.5.2012; duración: 5 años, con prórrogas anuales hasta 3 años más (C. 7); retribución: las tasas recaudadas menos el porcentaje ofertado por el licitador según los tramos establecidos (C. 5 y 6); canon fijo y variable a cargo del concesionario (C. 5 y 12.2.c)

17.	a) Ayuntamientos: Cuacos de Yuste y Aldeanueva de la Vera (Cáceres)
	b) Objeto: gestión del SP de funcionamiento, mantenimiento y conservación de la Estación Depuradora de Aguas Residuales (E.D.A.R.) que presta servicios a ambos municipios (concesión); LBRL, 26.1.a).
	c) Referencias: anuncio BOE 22, 25.1.2014; duración: 4 años, con prórrogas de 2 hasta un máximo total del contrato de 10 años (C. 7); retribución: abono del precio por el Ayuntamiento, con cláusula de revisión indexada al IPC/INE (C. 3, 14 y 16); publicidad en DOUE (remisión el 15.1.2014).

18.	a) Ayuntamiento: Elda (Alicante)
	b) Objeto: gestión del SP de aparcamiento subterráneo del Mercado Central de Abastos (concesión); LBRL, 25.2.g).
	c) Referencias: anuncio BOPAlicante 59, 26.3.2012; duración: 10 años, improrrogable (C. 20; retribución: tarifas, con cláusula de revisión 2º año según IPC/INE (C 4 y 5); canon fijo anual 19.500 eur, licitación al alza.

19.	a) Ayuntamiento: Elda (Alicante)
	b) Objeto: gestión del SP de transporte urbano de viajeros (concesión); LBRL, 26.1.d).
	c) Referencias: anuncio BOE 25, 29.1.2014; duración: 10 años, con prórroga de hasta un máximo de 5 más si concurren las circunstancias previstas en el art. 4.4 Reglamento Comunitario 1370/2007, de 23.10; duración: 10 años, con prórroga de hasta un máximo de 5 más si concurren las circunstancias previstas en el art. 4.4 Reglamento Comunitario 1370/2007, de 23.10, sobre si las inversiones y activos aportados lo justifican (C. 7); retribución: tarifas y subvención por parte del Ayuntamiento con fórmula de revisión (C. 3 y PPTP, 5 y anexo VI); modificación del contrato: por aumento de población y modificación itinerarios derivados del desarrollo urbanístico e incremento de frecuencias como consecuencia de la celebración de eventos que generen aumento de visitantes, con el límite del 40% (C. 16); anuncio de formalización BOE 193, 9.8.2014.

20.	a) Ayuntamiento: Escatrón (Zaragoza)
	b) Objeto: gestión del SP de Hotel con Centro de Promoción Turística, con obras (concesión); LBRL, 25.2.h).
	c) Referencias: anuncio BOPZaragoza 27, 4.2.2012; duración, 25 años como máximo, licitación a la baja (C. 6); retribución: tarifas (C. 10); canon a proponer por el licitador (C. 17.5).

21.	a) Ayuntamiento: Eskoriatza (Guipúzcoa)
	b) Objeto: conservación, mantenimiento y limpieza de zonas verdes, parques, jardines y arbolados de paseos en el término municipal (contrato de servicios);

	LBRL, 26.1.a) y b).
	c) Referencias: anuncio BOE 180, 25.7.2014; duración, 2 años, con prórroga de 1 año hasta un máximo de 2; retribución: abono del precio a cargo del Ayuntamiento; publicidad en DOUE (22.7.2014); anuncio de formalización del contrato en BOE 57, 7.3.2015.

22.	a) Ayuntamiento: Ferrol (La Coruña)
	b) Objeto: gestión de SP recogida de residuos domésticos y comerciales, limpieza de calles y caminos municipales (concesión); LBRL, 26.1.a).
	c) Referencias: anuncio BOE 47, 24.2.2015; duración, 10 años, con prórroga forzosa si se encontrase pendiente de nueva adjudicación hasta un máximo de 12 meses; retribución: abono del precio a cargo del Ayuntamiento, con fórmula de revisión (C. 6 a 8); previsión REC.

23.	a) Ayuntamiento: Ferrol (La Coruña)
	b) Objeto: gestión de los SP recogida de y transporte de residuos sólidos urbanos y selectivos y limpieza viaria (concesión); LBRL, 26.1.a).
	c) Referencias: anuncio BOE 47, 24.2.2015; duración, 10 años, sin prórroga (C. CC. 18); retribución: abono del precio a cargo del Ayuntamiento, con fórmula de revisión (C. 6 y 7, C. CC. 7); modificación del contrato: por disposiciones normativas o judiciales, nuevos sistema de información e incremento o disminución de medios técnicos (C. 44 y C. CC.22); previsión de REC (C 55).

24.	a) Ayuntamiento: Fuenlabrada (Madrid)
	b) Objeto: gestión del SP de explotación del estacionamiento de vehículos pesados (concesión); LBRL, 25.2.g).
	c) Referencias: anuncio BOE 117, 16.5.2012; duración: 25 años como máximo, licitación a la baja, con el límite mínimo de 10 años; retribución: tarifas (C. XI); canon fijo mínimo, con licitación al alza (C. III.5.3).

25.	a) Ayuntamiento: Fuenlabrada (Madrid)
	b) Objeto: gestión del SP de explotación de aparcamiento de vehículos situados bajo rasante de la plaza de la Constitución (concesión); LBRL, 25.2.g).
	c) Referencias: anuncio BOE 270, 11.11.2013; duración: 10 años, sin perjuicio de la oferta que se realice por el licitador en ningún caso inferior a 5 años (C. I.6); retribución: tarifas con cláusula de revisión indexada al 85% del IPC/INE (C. XI y VI.6); canon anual mínimo, con licitación al alza y sujeto a revisión indexada al 85% del IPC/INE, a partir del 2º año (C II.5.1 y VI.3).

26.	a) Ayuntamiento: Gandía (Valencia)
	b) Objeto: gestión de SP de eficiencia energética, alumbrado público y edificios e instalaciones (concesión); LBRL, 26.1.a).
	c) Referencias: anuncio BOE 199, 16.8.2015; duración: 15 años, con prórroga de 2 años más; 2 lotes (alumbrado y edificios); abono del precio a cargo del Ayuntamiento sujeto a condiciones, con fórmula de revisión de revisión (C. 12 a 14); previsión REC; anuncio formalización BOE 22, 26.1.2015 (lote 1, alumbrado público).

27.	a) Ayuntamiento: Gandía (Valencia)
	b) Objeto: gestión del SP de mantenimiento, conservación, reparación, restauración y rehabilitación de vías urbanas, caminos y vías rurales municipales (concesión); LBRL, 26.1.a).
	c) Referencias: anuncio BOE 218, 8.9.2015; duración, 20 años, con prórroga (no especificada); retribución: abono del precio a cargo Ayuntamiento; publicidad en DOUE (remisión 27.8.2014); anuncio formalización BOE 32, 6.2.2015.

28.	a) Ayuntamiento: Guadalajara
	b) Objeto: gestión del SP de inmovilización, retirada y traslado al depósito de vehículos en vía pública y estacionamiento bajo control horario (concesión); LBRL, 25.2.g).
	c) Referencias: anuncio BOPGuadalajara 35, 22.3.2010; duración: 10 años, con prórroga anual hasta un máximo de 3 (C. 6); retribución: tarifas (C. 18 y PPRP, C. 6.3) con cláusula de revisión y límite 85% IPC/INE (PPTP, C. 6.5); canon fijo a cargo del concesionario (C. 5.A).
	d) Otros: canon licitado, 60.000 eur/año; canon adjudicado, 90.000 (acuerdo Junta de Gobierno Local de 6.5.2010).

29.	a) Ayuntamiento: Guadalajara
	b) Objeto: gestión del SP de transporte colectivo de viajeros (concesión); LBRL, 26.1.d).
	c) Referencias: anuncio BOPGuadalajara 46, 16.4.2012; duración: 10 años, con prórroga anual y máximo de 2 años (C. 5); retribución: tarifas (PPTP, C. 35) y subvención a cargo del Ayuntamiento, con licitación a la baja (C. 5), y con fórmula de revisión a partir del 2º año (C. 7); modificación: circunstancias sobre aumento de población, cambio de vehículos y modificación de itinerarios, con el límite del 10% (C. 20).

30.	a) Ayuntamiento: Guadalajara
	b) Objeto: contrato de gestión integral de determinados servicios públicos: limpieza viaria y transporte de residuos, limpieza y mantenimiento de parques y jardines gestión del alumbrado público y de la regulación semafórica y mantenimiento del sistema de bicicletas de uso público (concesión); LBRL, 26.1.a) y 25.2.g).
	c) Referencias: anuncio en BOE 157, 2.7.2013; duración, 17 años, con prórrogas anuales por un período máximo de 3 años; retribución: abono del precio a cargo del Ayuntamiento (C. 45); pese a su elevado VEC (237, 6 MEUR), no se publicó anuncio en el DOUE.
	d) Otros: la licitación fue anulada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) mediante Resolución nº 346/2013, de 4.9; accesible en: http://www.minhap.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202013/Recursos%200370%20y%200371-2013%20CLM%20030%20y%20031%20(Res%20346)%2004-09-2013.pdf El TACRC basa su resolución anulatoria en: i) la incorrecta calificación como concesión al no trasladarse al contratista el riesgo en la explotación del contrato, por lo que debería haber sido calificado como contrato de servicios (FJ 8º); ii) la incorrecta aplicación de la figura del contrato mixto (TRLCP, 25.2), toda vez que no se aprecia vinculación entre las diversas prestaciones del contrato (FJ

	<p>9º);</p> <p>iii) la vulneración del principio de concurrencia al concentrarse en un solo contrato las prestaciones señaladas y preverse un largo período de duración del mismo (FJ 10º);</p> <p>iv) la vulneración procedimental al no haberse publicado anuncio en el DOUE (FJ 11º).</p> <p>e) Valoración: manifiesto mi opinión discrepante con la articulación del contrato formulada por el Ayuntamiento de Guadalajara, tanto porque no es procedente calificarlo como concesión al no concurrir transferencia del riesgo de explotación, cuanto por no haber efectuado publicidad comunitaria, así como por la duración del contrato, cuya extensión no resulta justificada al no requerir la ejecución de obras, por lo que no ha lugar a la recuperación de una inversión que no fue tal.</p> <p>Precisado todo lo anterior, tratándose de incuestionables servicios públicos, entiendo que su más idónea gestión contractual hubiera sido la de:</p> <p>i) articular tres CGSP, atendiendo al criterio de vinculación de las prestaciones y cuyos objetos sería respectivamente, los siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> - limpieza viaria y transporte de residuos, y limpieza y mantenimiento de parques y jardines, - gestión del alumbrado público y de la regulación semafórica, - y mantenimiento del sistema de bicicletas de uso público; <p>ii) utilizar la modalidad de concierto y una duración entre 5 y 8 años, este último plazo en el caso de que se efectuaran inversiones cuyo importe debiera recuperarse;</p> <p>iii) naturalmente, publicar el correspondiente anuncio en el DOUE atendido que supera, con muchísimo, la cifra del umbral de los 209.000 euros.</p> <p>Véase para el argumento complementario el epígrafe 7.5.</p>
--	--

31.	a) Ayuntamiento: Las Rozas (Madrid)
	b) Objeto: gestión del SP de la Escuela infantil "Cigüeña María" (concesión); LO 8/1985, LO 2/2006 y legislación autonómica.
	c) Referencias: anuncio BOE 181, 30.7.2015; duración, 2 años, con prórroga hasta un máximo de 4; retribución: tarifas y subvención municipal (C. VII); anuncio formalización BOE 44, 20.2.2016.

32.	a) Ayuntamiento: Logroño
	b) Objeto: gestión del SP de recogida de vehículos de la vía pública y gestión del depósito municipal (contrato de servicios); LBRL, 25.2.g).
	c) Referencias: anuncio BOE 159, 4.7.2015; duración: 4 años, con prórrogas anuales por 2 más, por acuerdo de las partes; retribución: abono del precio a cargo del Ayuntamiento, con fórmula de revisión grupo transportes (C. cc 4, 7 y 8); modificación: circunstancias previstas y objetivadas, con el límite del 15% (C. cc 26 y PPTP, 9); previsión REC (C. 5); publicidad en DOUE (remisión 4.7.2015).

33.	a) Ayuntamiento: Madrid
	b) Objeto: gestión del SP de ayuda a domicilio para atender a personas dependientes de varios distritos municipales (concesión); LBRL, 26.1.c).

	c) Referencias: anuncio BOE, 141, 13.6.2015; duración, 1.8 a 31.12.2015; retribución: tarifas y subvención municipal (C. Cuadro características 4); anuncio de formalización BOE 247, 15.10.2015.
--	---

34.	a) Ayuntamiento: Madrid
	b) Objeto: gestión del SP del Mercado Municipal de Ventas (concesión), con ejecución de obras; LBRL, 25.2.i y, hasta su derogación por la LRSAL, 26.1.b).
	c) Referencias: anuncios BOE, 82 y 98, 6.4 y 24.4.2015; duración, 25 años, sin prórroga; retribución: tarifas y otros gastos de explotación, con cláusula de revisión (C.CC 4.2 y 11); canon fijo y variable a cargo del concesionario (C. CC 4.1.5); anuncio de formalización: BOE 225, 19.9.2015.
	d) Otros: convocatorias análogas publicadas en BOE 35 (10.2.2015) y 123 (23.5.2015), sobre Mercados “Guillermo de Osma” y “San Pascual”.

35.	a) Ayuntamiento: Madrid
	b) Objeto: gestión de los SP de mobiliario urbano informativo, recogida de pilas, baterías de móviles y vidrios, y aseos públicos (concesión); LBRL, 26.1.a), 25.2.b) y legislación sectorial.
	c) Referencias: anuncio BOE 126, 27.5.2016; duración, 12 años, con prórroga de 2 años hasta un máximo de dos; retribución: rendimientos de la explotación publicitaria y tarifas (C. CC 4.2 y Pliego de prescripciones técnicas particulares/PPTP 7); canon fijo y variable a cargo de concesionario (C. CC 4.1); modificación del contrato: ampliación de elementos del mobiliario urbano, con el límite del 25% de los previstos en la adjudicación (C. CC 17).

36.	a) Ayuntamiento: Madrid
	b) Objeto: gestión del SP de recogida y gestión de aceite vegetal usado depositado en puntos limpios para su reutilización, reciclado o eliminación (concesión); LBRL, 26.1.a) y b).
	c) Referencias: anuncio BOE 75, 28.3.2015; duración, 2 años, con prórrogas hasta un máximo de dos, año a año o por plazos inferiores; retribución: explotación y valorización del residuo recogido (sin abono municipal, ni cobro de tarifas); canon a cargo del concesionario por tonelada recogida, con fórmula de revisión (C. CC 4, 11 y 13). Otros: sobre las posibilidades de valorización energética del aceite vegetal usado puede consultarse http://www.geregras.es/noticias/News/show/valorizacion-del-aceite-vegetal-usado-340

37.	a) Ayuntamiento: Madrid
	b) Objeto: de gestión del SP de recogida y gestión de ropa y residuos textiles depositados en diversos puntos con un mínimo de 175 contenedores (concesión); LBRL, 26.1.a) y b).
	c) Referencias: anuncio BOE 75, 28.3.2015; duración, 2 años, con prórrogas an hasta un máximo de dos; retribución: explotación y valorización del residuo recogido (sin abono municipal, ni cobro de tarifas); canon a cargo del concesionario por tonelada recogida, con fórmula de revisión (C. CC 4, 11 y 13); modificación: incremento del número de contenedores instalados y gestionados hasta el 20% de los mismos (C. CC 17)

38.	a) Ayuntamiento: Madrid
	b) Objeto: gestión del SP de explotación de una planta de tratamiento de biogás de biometanización para gestión de calidad y caudales, tratamiento del biogás, valorización y comercialización del mismo en Parque Tecnológico de Valdemingómez (concesión); LBRL, 26.1.b).
	c) Referencias: BOE 74, 27.3.2015; duración, 11 años y un mes, con prórroga hasta un máximo de 2 años; retribución: abono del precio a cargo del Ayuntamiento, sujeto a condiciones y con cláusula de revisión (C. CC 4, 11, 13 y 18); anuncio de formalización BOE 178, 27.7.2015.

39.	a) Ayuntamiento: Madrid (Organismo autónomo Madrid Salud)
	b) Objeto: gestión del SP de 8 plazas en el recurso convivencial terapéutico para drogodependientes en tratamiento en el Instituto de Adicciones de Madrid Salud (concierto); LBRL, 26.1.c).
	c) Referencias: BOE 125, 26.5.15; duración: 3 años, con prórrogas de 2 años, hasta un máximo de 11 años de duración total del contrato; retribución: abono del precio (88,444 eur por 8 plazas ocupadas/día) a cargo del Ayuntamiento, con revisión según índice de servicios sociales publicado por INE (C.CC 4 y 11)

40.	a) Ayuntamiento: Madrid (Organismo autónomo Madrid Salud)
	b) Objeto: gestión del SP gestión, desarrollo y mantenimiento de un servicio de orientación familiar del Instituto de Adicciones de Madrid Salud (contrato de servicios); legislación autonómica y, hasta la LRSAL, LBRL, 26.1.c).
	c) Referencias: anuncio BOE, 167, 2.7.2015; duración: 2 años, con prórroga de 2 más, por acuerdo de las partes; retribución: abono del precio a cargo del Ayuntamiento, con cláusula de revisión referida al índice subclase de servicios sociales del INE (C. CC 3 y 11); previsión de REC (C. 42); anuncio de formalización BOE 267, 7.11.2015

41.	a) Ayuntamiento: Madrid
	b) Objeto: gestión del SP de parques y viveros municipales (concesión); lotes: 1) Parques históricos; 2) Parques singulares y 3) Parques forestales y viveros municipales; LBRL, 26.1.b).
	c) Referencias: anuncio BOE, 191, 10.8.2013; duración: 8 años con prórroga por un máximo de 2 años más, previo acuerdo de las partes; retribución: abono del precio a cargo del Ayuntamiento, con cláusula de revisión como máximo del 85% según índice IPC publicado por el INE (C. CC. 4 y 11; modificación: nuevos desarrollos urbanísticos, aparición de plagas y otras circunstancias detalladas, con límites que van del a al 16% (C. CC. 17); previsión REC (C. 37); publicidad en DOUE (remisión 30.7.2013).
	d) Otros: adjudicación de cada uno de los tres lotes a distintos concesionarios (anuncios formalización BOE 17, 20.1.2014).

42.	a) Ayuntamiento: Madrid
	b) Objeto: Implantación y explotación y conservación de un establecimiento hotelero en la "Casa de la Carnicería" en Plaza Mayor 3, con ejecución de obras (concesión demanial, no de servicios públicos); LBRL, 25.2.h).
	c) Referencias: anuncio BOE, 53, 3.3.2015; duración: presentación de proyecto de ejecución, 5 meses y ejecución de las obras, 18 meses; y de la concesión 40 años, con prórrogas por períodos de 10, hasta un plazo máximo total de la

	<p>concesión de 75 años (C. CC 5); canon anual fijo a cargo del concesionario, con licitación al alza (C. CC 17)</p> <p>d) Otros: canon inicial, 300.000 eur/año y canon de adjudicación, 420.000 eur/año (BOE 127, 28.5.2015).</p>
--	---

43.	a) Ayuntamiento: Madrid
	b) Objeto: gestión del SP de los centros de día para personas mayores con alzhéimer y otras demencias, Fátima de Madrid y Nicanor Barroso (concesión); LBRL, 26.1.c).
	c) Referencias: anuncio BOE, 239, 6.10.2015; duración: 2 años, con prórrogas que, aislada o conjuntamente, no podrán superar un período máximo de 4 años; retribución: abono del precio a cargo del Ayuntamiento (C. cc 4); anuncio de formalización BOE 59, 9.3.2016.
	d) Otros: dos lotes (C. cc 1), adjudicados al mismo concesionario.

44.	a) Ayuntamiento: Madrid
	b) Objeto: gestión del SP del equipamiento cultural del Teatro de Vacas (concesión); LBRL, 25.2.m).
	c) Referencias: anuncio BOE, 145, 18.6.2013; duración: 2 años, con prórrogas anuales hasta un plazo máximo total del contrato de 5 años (C. CC. 5); retribución: tarifas por actividades escénicas e ingresos por actividades no escénicas (congresos, actividades culturales y formativas, publicidad y patrocinios), con cláusula de revisión indexada al IPC/INE, a partir del 2º año (C. 28 y 29, C. CC. 4.1 y 11); canon anual mínimo a cargo del concesionario, con licitación al alza (C. 28, C. CC. 4.2 y 11).
	d) Otros; puede consultarse más datos en: http://www.madrid.es/portales/munimadrid/es/Inicio/Cultura-ocio-y-deporte/Cultura-y-ocio/Casa-de-Vacas?vgnextfmt=default&vgnextoid=7be29431c79ab010VgnVCM100000d90ca8c0RCRD&vgnnextchannel=c937f073808fe410VgnVCM2000000c205a0aRCRD&dCapitulo=4976685

45.	a) Ayuntamiento: Madrid
	b) Objeto: gestión del SP de explotación del aparcamiento de vehículos situados bajo rasante de la plaza de la Constitución (concesión); LBRL, 25.2.g).
	c) Referencias: anuncio BOE, 270, 11.11.2013; duración: 10 años, sin perjuicio de la oferta que se realice por el licitador en ningún caso inferior a 5 años (C.I-6); retribución: tarifas, con cláusula de revisión indexada al 85% del IPC/INE (C. XI y VI6); canon anual mínimo, con licitación al alza y sujeto a revisión indexada al 85% del IPC/INE, a partir del 2º año (C. II.5.1 y VI.3).

46.	a) Ayuntamiento: Madrid
	b) Objeto: gestión integral del SP de infraestructuras viarias (pavimentación vías públicas y adecuación accesibilidad y movilidad), en 3 lotes en zonas centro, norte y sur (concesión); LBRL, 25.2.d).
	c) Referencias: anuncio BOE, 266, 6.11.2013; duración: 96 meses (8 años), con prórroga por un plazo de 24 meses (2 años), previo acuerdo de las partes (C. CC 5); retribución: abono del precio por el Ayuntamiento, con fórmula de revisión de precios (C. CC. 4 y 11); modificación del contrato: nuevos desarrollos urbanísticos y ejecución inversiones de adecuación de infraestructuras, con el

	límite del 10% para cada lote (C. CC. 17); publicidad en DOUE (remisión el 24.10.2013). d) Otros: valor estimado lotes: 1 (107,1 MEUR), 2 (87,3) y 3 (89,6).
--	---

47.	a) Ayuntamiento: Madrid
	b) Objeto: contrato integral de movilidad: SP de estacionamiento regulado accesos a áreas y vías restringidas, señalización vial, movilidad ciclista y movilidad peatonal por medio de vallas con 5 lotes en zonas (concesión); LBRL, 25.2.g).
	c) Referencias: anuncio BOE, 191, 10.8.2013; duración: 12 años, con prórrogas por un plazo máximo de 4 años más (C. 26, C. CC. 5); retribución: tarifas, lote 1 y abono del precio por el Ayuntamiento, lotes 2 a 5, con fórmula de revisión indexada al 85% IPC/INE (C. 5 y 29, C. CC. 4, 11 y 13) modificación del contrato: aumento número plazas, horario y elementos estacionamiento de puntos de control de accesos y de señales viales, de bicicletas y de vallas, en porcentajes que va del 10 al 50%, todas ellas con determinaciones claras, precisas e inequívocas (C. 27, C. CC 17); previsión de REC (37); publicidad en DOUE (remisión el 30.7.2013); anuncio de formalización BOE 281, 23.11.2013. d) Otros: valor estimado lotes, licitación adjudicación: 1 (178,2-175,2 MEUR), 2 (187,3-185,06), 3 (168,4-164,8), 4 (168,7-166,8) y 5 (27,6-20,7) (anuncio BOE 281, 23.11.2013).

48.	a) Ayuntamiento: Madrid
	b) Objeto: gestión del SP Escuela Municipal de Música "Escuelas Pías" (concesión); LO 8/1985, LO 2/2006 y legislación autonómica.
	c) Referencias: anuncio BOE, 215, 4.9.2014; duración 1-9.2014-31.7.2015 (curso escolar), con prórroga por igual duración el curso siguiente, por acuerdo de las partes (C. CC. 5); retribución: tarifas con cláusula de revisión, a partir de la prórroga indexada al IPC, a "otras enseñanzas" (C. CC. 4.2 y 11); canon anual mínimo, licitación al alza (C. CC. 4.1 y 18.B.1)

49.	a) Ayuntamiento: Marbella (Málaga)
	b) Objeto: gestión del SP explotación de la estación de autobuses, con obras (concesión); LBRL, 26.1.d) y 25.2.g).
	c) Referencias: anuncio BOE, 114, 12.5.2012.; duración: 20 años, con prórroga por un plazo de 10 años más (C 4); retribución: tarifas satisfechas por empresas de transporte y viajeros, salvo los que se encuentren de paso y no se bajen del autobús, con cláusula de revisión anual, y otros ingresos de explotación (arrendamiento de locales y publicidad) (C. 26); canon anual mínimo, con licitación al alza (C. 5); anuncio de formalización BOE 185, 3.8.2013. d) Otros: canon de licitación, 60.000 eur; canon de adjudicación, 66.000 eur (anuncio BOE 185, 3.8.2013).

50.	a) Ayuntamiento: Marbella (Málaga)
	b) Objeto: gestión integral del SP de los cementerios del término municipal, con ejecución de obras (concesión); LBRL, 26.1.a) y 25.2.k).
	c) Referencias: anuncio BOE, 186, 5.8.2013; duración, 40 años, con prórrogas por períodos de 2 años, hasta un máximo de 10 (C. 5); retribución: tarifas, con cláusula de revisión indexada al 85% del IPC/INE (C. 22); canon anual a cargo del concesionario de un porcentaje mínimo del 5% de los ingresos totales

	previstos, con un rendimiento estimado de 5 MEUR, y licitación al alza (C. 4 y 23).
--	---

51.	a) Ayuntamiento: Montgat (Barcelona)
	b) Objeto: Redacción del proyecto y construcción y posterior explotación del SP de Mercado municipal, que incluye aparcamiento público (concesión mixta de obra y servicio público); LBRL, 25.2.g) e i).
	c) Referencias: anuncio BOE, 235, 27.9.2014; duración: redacción del proyecto, 6 meses, y ejecución de las obras, 20 meses (C. 15 y 18); gestión y explotación del servicio, 45 años, con licitación a la baja (C. 8); retribución: tarifas con cláusula de actualización y otros ingresos resultantes de la explotación (C. 27.5, 28 y 29); canon anual mínimo a cargo del concesionario, con licitación al alza (C. 30); publicidad en DOUE (remisión el 10.9.2014).

52.	a) Ayuntamiento: Murcia
	b) Objeto: gestión del SP de implantación del sistema de préstamo de bicicletas públicas "MUyBICI" (concesión); LBRL, 25.2.g).
	c) Referencia: anuncio BOE 200, 18.8.2014; duración, 10 años, con prórroga por 3 más; retribución: tarifas satisfechas por usuarios; anuncio de formalización BOE 25, 29.1.2015.
	d) Otros: regulación del servicio mediante ordenanza municipal (BORegiónMurcia 12, 16.1.2014), consulta en: https://www.murcia.es/documents/11263/242162/ORD_SERVICIO_BICICLETAS_2014.pdf

53.	a) Ayuntamiento: Mutxamel (Alicante)
	b) Objeto: servicio de limpieza viaria y de espacios públicos, y recogida y transporte de residuos (contrato de servicios); LBRL, 26.1.a) y b).
	c) Referencia: anuncio BOE 87, 10.4.2014; duración, 4 años, con posibilidad de 2 prórrogas anuales; retribución: abono del precio a cargo del Ayuntamiento, con cláusula de revisión (C. CC D y PPTP 2 y 9.9.4); anuncio de formalización BOE 68, 20.3.2015.

54.	a) Ayuntamiento: Olesa de Montserrat (Barcelona)
	b) Objeto: gestión del SP del Centro Abierto: Centro de Atención a la Infancia y a la Adolescencia (concierto); TRLCat/2003, 66.2.k) y 71.b).
	c) Referencias: anuncio en perfil de contratante, 20.7.2016; duración, 2 años, con prórrogas anuales hasta un máximo de 2 años más (C. 5); retribución: abono del precio a cargo del Ayuntamiento (C. 4).
	d) Otros: mención a la aplicación de las Directivas comunitarias (C. 3.1.a) y a las potestades de dirección, control y fiscalización del servicio que corresponden al Ayuntamiento (C. 32 y 33); consulta en la Plataforma de Contratación Pública: https://contractaciopublica.gencat.cat/ecofin_pscp/AppJava/notice.pscp?idDoc=17277431&advancedSearch=false&reqCode=viewCn

55.	a) Ayuntamiento: O Porriño (Pontevedra)
	b) Objeto: gestión del SP de recogida y transporte de residuos sólidos urbanos (concesión); LBRL, 26.1.a) y b).
	c) Referencia: anuncio BOE 311, 29.12.2015; duración, 1 año; retribución: abono del precio a cargo del Ayuntamiento, con cláusula de revisión (C. CC 8).

	d) Otros: declarada desierta la adjudicación; véase en: http://www.contratosdegalicia.es/consultaOrganismo.jsp?PO=2&S=C&N=113&OR=113&ID=null&ID2=null&OBOC
--	---

56.	a) Ayuntamiento: Oropesa y Corchuela (Toledo)
	b) Objeto: contrato mixto de gestión del SP y suministro de alumbrado público; LBRL, 26.1.a).
	c) Referencia: anuncio BOE 70, 23.3.2015; duración, 15 años; retribución: abono del precio a cargo del Ayuntamiento; publicidad en DOUE (remisión el 17.3.2015).

57.	a) Ayuntamiento: Oropesa y Corchuela (Toledo)
	b) Objeto: gestión del SP de Residencia de mayores (concesión); legislación sectorial y, hasta su derogación por la LRSAL, LBRL, 25.2.k).
	c) Referencias: anuncio en BOP Toledo 134, 14.6.2016; duración, 10 años, con prórrogas de 2 hasta un máximo total de 20años; retribución: tarifas y transferencia por el Ayuntamiento de la subvención que anualmente y por un importe variable concede la Comunidad Autónoma/CA (C 3)
	d) Otros: previsión sobre eventual asunción por la CA en virtud DT 2ª LRSAL, (*advertencia: disposición declarada inconstitucional por STC 41/2016, FJ 13, véase epígrafe 1.5.3.1)

58.	a) Ayuntamiento: Oviedo
	b) Objeto: gestión del SP de comedores escolares en centros docentes públicos (concesión); LO 8/1985, LO 2/2006 y legislación autonómica.
	c) Referencias: anuncio BOPrincipado de Asturias 165, 17.7.2012; duración: 4 años (cursos escolares), con prórrogas por 1 curso académico hasta una máximo de 2 prórrogas (C. 3); retribución: tarifas y subvención a cargo del Ayuntamiento (alumnos becados), cláusula de revisión del 85% del IPC/INE (C. 2ª).

59.	a) Ayuntamiento: Parla (Madrid)
	b) Objeto: gestión del SP de la escuela municipal de música (concesión); LO 8/1985, LO 2/2006 y legislación autonómica.
	c) Referencias: anuncio BOE 133, 2.6.2014; duración 5 años, con prórrogas, una 1ª hasta 3 años más y una 2ª hasta 2, por acuerdo expreso de las partes; retribución: tarifas y abono de precio a cargo del Ayuntamiento (210.000 eur objeto de licitación a la baja), con revisión del mismo (C. 4 y 5); anuncio de formalización BOE 11, 13.1.2015.

60.	a) Ayuntamiento: Parla (Madrid)
	b) Objeto: gestión del SP de retirada de vehículos de la vía pública (concesión, PPTP C 1ª); LBRL, 25.2.g)
	c) Referencias: BOE 221, 15.9.2015; duración, 2 años, con prórrogas anuales hasta un máximo total del contrato de 4 años, por acuerdo expreso de las partes (C. 6 y PPTP, C. 2ª); retribución: tarifas, con revisión del precio público en función de la variación de la ordenanza reguladora (C. 5 y PPTP, 3ª y 4ª); canon fijo y variable a cargo del concesionario (C. 4 y PPTP, 10ª).

61.	a) Ayuntamiento: Parla (Madrid)
	b) Objeto: gestión del SP de ayuda a domicilio (contrato administrativo especial); LBRL, 26.1.c)
	c) Referencias: anuncio BOE, 218, 11.9.2013; duración: 1 año, con prórroga de 1 más (C. 6); retribución: abono del precio a cargo del Ayuntamiento, con cláusula de revisión a partir del 2º año, como máximo del 85% según índice IPC publicado por el INE (C. 4 y 5); anuncio de formalización BOE 19, 22.1.2014.

62.	a) Ayuntamiento: Parla (Madrid)
	b) Objeto: gestión del SP de limpieza viaria, recogida y mantenimiento de contenedores, soterrados, contenedores de carga trasera y gestión de puntos limpios (concesión); LBRL, 26.1.a) y b).
	c) Referencias: anuncio BOE, 214, 6.9.2013; duración: 4 años, con prórrogas hasta un máximo de 2 dos más (C. 6); retribución: abono del precio a cargo del Ayuntamiento, con cláusula de revisión a partir 2º año, como máximo del 85% según índice IPC publicado por el INE (C. 4 y 5); anuncio de formalización BOE 19, 22.1.2014.

63.	a) Ayuntamiento: Pinseque (Zaragoza)
	b) Objeto: gestión del SP del alumbrado exterior al municipio (concesión); LBRL, 26.1.a).
	c) Referencia: anuncio BOE 177, 25.7.2013, duración: 15 años, sin prórroga, retribución: abono del precio a cargo del Ayuntamiento, con fórmula de revisión indexada al IPC (C. 7, C. CC. 3); publicidad en DOUE (remisión el 18.7.2013).

64.	a) Ayuntamiento: Pinto (Madrid)
	b) Objeto: gestión del SP de instalación, conservación y explotación de nuevos soportes de señalización informativa urbana y publicidad en los mismos (concesión); LBRL, 25.2.d).
	c) Referencias: anuncio BOE, 171, 18.7.2013; duración: 15 años, con prórroga por 5 más (C. 5); retribución: tarifas por explotación comercial de la publicidad en los soportes informativos (C. 1 y PPTP, C. 3.B); canon fijo anual a cargo del concesionario, licitación al alza (C. 6 y PPTP, C. 22)
	d) Otros: el canon licitado era de un mínimo de 6.000 eur/año y el adjudicado lo fue por 12.600 eur/año (PPTP, c.22 y acuerdo Junta de Gobierno Local de 14.5.2014).

65.	a) Ayuntamiento: Pinto (Madrid)
	b) Objeto: gestión del SP de la Sala de musculación de la Concejalía de Deportes y Actividades Físicas (concesión); LBRL; 25.2.l).
	c) Referencias: BOE 172, 20.6.2015; duración, 1 año, con prórroga por un máximo de 1 más; retribución: tarifas (C. 8 y PPTP, C. 4); canon fijo y variable a cargo del concesionario (C. 6 y 7, PPTP, C.6).

66.	a) Ayuntamiento: Pinto (Madrid)
	b) Objeto: gestión del SP de la actividad de pilates en horarios de instalaciones municipales (concesión); LBRL, 25.2.l).
	c) Referencias: BOE 172, 20.6.2015; duración, 1 año, con prórroga por un máximo de 1 más; retribución: tarifas (C. 8 y PPTP, C. 4); canon fijo y a cargo

	del concesionario (C. 6 y 7).
--	-------------------------------

67.	a) Ayuntamiento: Pinto (Madrid)
	b) Objeto: gestión del SP del programa de animación, actividades deportivas y comedor en varios centros de educación infantil y primaria para el programa de campamento urbano 2015 (4 centros); LBRL, 25.2.l).
	c) Referencias: BOE 113, 12.5.2015; duración: 75 días (2 centros) y 49 (2 centros); retribución: tarifas y subvención en caso de déficit de explotación hasta un máximo de 70.000 eur (C. 7 y PPTP, 3 y 4); canon exigible solo en el caso de que resulte superávit en la explotación (C. 6 y PPTP C. 4); anuncio de formalización BOE 160, 6.7.2015)

68.	a) Ayuntamiento: Pinto (Madrid)
	b) Objeto: gestión del SP de la red de ludotecas municipales "Manolito Gafotas" (concesión); LBRL, 25.2.l).
	c) Referencias: BOE 3, 3.1.2015; duración: 4 años, sin prórroga; retribución: tarifas y subvención a cargo del Ayuntamiento para compensar el déficit, objeto de licitación a la baja (C. 7 y 8, PPTP C. 3 y 4).
	d) Otros: previsión sobre eventual informe negativo de la CA o del MINHAP derivados de la LRSAL (PPTP, C. última) (véase epígrafe 1.5.3, análisis competencias distintas a las propias y a las delegadas, ex LRSAL, 7.4)

69.	a) Ayuntamiento: Pinto (Madrid)
	b) Objeto: gestión del SP de actividades de aeróbic, gimnasia de mantenimiento, step y complementos formativos de las mismas; LBRL, 25.2.l).
	c) Referencia: anuncio BOE 171, 18.7.2013; duración: 4 años, con "prórroga por un período igual o inferior al inicial" (C. 5); retribución: tarifas (C. 4 y PPTP, 4); canon fijo anual, con licitación al alza, y sujeto a revisión indexada al IPC/INE (C. 6).

70.	a) Ayuntamiento: Pontevedra (Instituto Municipal de Deportes)
	b) Objeto: concesión de obra pública para la reforma, mejora, ampliación y explotación del complejo deportivo (piscina municipal) de Campolongo y para la construcción y explotación de un complejo deportivo en A Parda (piscinas al aire libre); LBRL, 26.1.c).
	c) Referencias: BOE 27, 31.1.2015; duración, 40 años; retribución: tarifas, con cláusula de revisión; modificación del contrato: nuevas inversiones (C. 45); previsión de REC; publicidad en DOUE (remisión 5.1.2015).

71.	a) Ayuntamiento: Pradilla de Ebro (Zaragoza)
	b) Objeto: gestión del SP de tanatorio-velatorio, con ejecución de obras (concesión); LBRL, 26.1.a) y 25.2.k).
	c) Referencias: anuncio BOPZaragoza 180, 8.8.2011; duración: 20 años, retribución: tarifas con cláusula de revisión a partir del 2º año referida al IPC o fórmula propuesta por el contratista (C. 18 y 19).

72.	a) Ayuntamiento: Salou (Tarragona)
	b) Objeto: gestión de los SP de recogida selectiva de residuos urbanos y

	transporte a las respectivas plantas de eliminación y valorización, gestión de deshechos municipales y limpieza viaria pública y de las playas (concesión); LBRL, 26.1.a) y b).
	c) Referencias: BOE 38, 13.2.2015; duración: 10 años, con prórrogas de 12 meses hasta un total máximo de 12 años del contrato; retribución: abono del precio a cargo del Ayuntamiento, con condiciones sobre consecución de objetivos en gestión de residuos, con cláusula revisión diferida a aplicación legislación de desindexación (C. 24 y 25 C. CC b) e I); modificación: extensión territorial según Plan de Ordenación Urbanística Municipal (POUM) y características objetivadas, con el límite del 20% (C. CC T); previsión de REC (C 31.1); publicidad de DOUE (remisión el 4.2.2015).

73.	a) Ayuntamiento: San Sebastián (Guipúzcoa), (Patronato Municipal de Deportes/PMD)
	b) Objeto: gestión del SP de explotación de las instalaciones deportivas municipales "Etxadi" (concesión); LBRL, 26.1.c).
	c) Referencias: anuncio BOGuipúzcoa, 38, 25.2.2011; duración, 10 años, con 2 prórrogas de períodos quinquenales; retribución: tarifas y otros ingresos (cuotas arrendamiento bar-cafetería, ingresos para patrocinio y publicidad) y abono de subvención complementaria por el PMD, sujeto a variaciones en función de los accesos de usuarios (C. CC 2, 3.1 y 9.1).

74.	a) Ayuntamiento: Sant Just Desvern (Barcelona)
	b) Objeto: gestión del SP de mantenimiento de infraestructuras de aguas residuales y pluviales (no consta modalidad); LBRL, 26.1.a).
	c) Referencias: BOE 136, 5.6.2014; duración, 10 años; retribución: abono del precio por el Ayuntamiento; anuncio de formalización BOE 284, 24.11.2014 y en COUE 5242, 16.12.2014.
	d) Otros: asunto aprobado en sesión del Pleno de 31.7.2014.

75.	a) Ayuntamiento: Sant Just Desvern (Barcelona)
	b) Objeto: gestión del SP de mantenimiento preventivo y correctivo de la vía pública y de los edificios y dependencias municipales (concesión); LBRL, 26.1.a).
	c) Referencias: BOE , 303, 19.12.2013; duración: 22 meses, con prórroga de mutuo acuerdo de hasta 22 meses más (C. 4); retribución: abono del precio por el Ayuntamiento (C.3 y 12); previsión de REC (C. 6.5.5); publicidad DOUE (remisión el 28.11. 2014)

76.	a) Ayuntamiento: Santa Susana (Barcelona)
	b) Objeto: gestión del SP y explotación Base Náutica de Santa Susana, ubicada en la playa de les Dunes (concesión); LBRL, 25.2.I).
	c) Referencias: BOE 226 (21.9.2015); duración: 20 años, con prórroga de 5 años más por acuerdo expreso de las partes; retribución: tarifas (C. 2.2); canon fijo a cargo del concesionario (C. 2.3).
	d) Otros: aportación inicial del concesionario para completar la financiación de la ejecución de las obras del edificio prefabricado subvencionado por la CA, a cuyo término se pondrá a disposición del concesionario para su gestión y explotación (PPTP, C 1)

77.	a) Ayuntamiento: Santander
	b) Objeto: gestión del SP del alumbrado público exterior de la ciudad (concesión); LBRL, 26.1.a).
	c) Referencias: BOE 220 y 256, 26.10.2015; duración, 15 años, sin prórroga; retribución: abono del precio a cargo del Ayuntamiento, sujeto a condiciones (C. 1, 7 y 8); previsión de REC (C. 4); publicidad en DOUE (remisión 9.10.205)

78.	a) Ayuntamiento: Sevilla
	b) Objeto: gestión del SP del Centro de Cultura Ocio y Gastronomía (mercado gourmet) a implantar en edificio sito en calle Demetrio de los Ríos (Mercado Puerta de la Carne), con ejecución de obras (concesión); LBRL, 25.2.h) y l).
	c) Referencias: BOE 283, 26.11.2013; duración: 40 años, con licitación a la baja (C. 2 12.8); retribución: tarifas que satisfarán los comerciantes y demás usuarios, con cláusula de revisión indexada al 85% del IPC/INE según el art. 90 TRLCSP (C. 12.5); canon anual mínimo a partir del 4º año, con licitación al alza y crecimientos progresivos (C. 5 y 12.6). d) Otros: como condiciones especiales de ejecución del contrato se incluyen las relativas a la inserción de personas provenientes del desempleo (al menos un 10% de las incorporadas al servicio), de reequilibrio en la representación de mujeres y de estabilidad en el empleo (C. 14).

79.	a) Ayuntamiento: Telde (Isla de Gran Canaria)
	b) Objeto: gestión del SP de concesión de obra pública para la redacción del proyecto, construcción y explotación de un complejo de deporte, ocio y salud en el área de "La Barranquera"; LBRL, 26.1.c) y 25.2.l).
	c) Referencias: anuncio BOE, 22, 25.1.2014; duración: redacción proyecto de obras, 3 meses y ejecución obras, 20 meses (C. 7.a); explotación complejo deporte, ocio y salud, 40 años, con licitación a la baja (C. 1.5); retribución: tarifas e ingresos por publicidad, organización de eventos y explotación comercial, con cláusula d actualización como máximo del 85% según índice IPC publicado por el INE (C. 1.6); canon porcentual anual en función resultados de los ingresos obtenidos por el concesionario en el ejercicio anterior (C. 7.3.6); previsión REC (C.1,3,8); publicidad en DOUE (remisión 20.12.2013).

80.	a) Ayuntamiento: Úbeda (Jaén)
	b) Objeto: gestión del SP de explotación hotelera del edificio municipal "El Blanquillo" (concesión); LBRL, 25.2.h) y l).
	c) Referencias: anuncio BOPJaén 141, 22.6.2009; duración, 10 años, prorrogables por 2 sucesivos períodos de 5 años cada uno, por mutuo acuerdo; retribución: tarifas, con revisión a partir del 2º año, referida al 85% del IPC/INE (C. 4.2 y 4.3); canon fijo anual a cargo del concesionario, licitación al alza (C. 4.1). d) Otros: la finalidad perseguida es «una simbiosis entre el rendimiento económico y el social, éste último entendido desde el punto de vista de desarrollo de una nueva actividad empresarial que crea empleo, desarrolla económica y socialmente una zona "deprimida" en el casco histórico y ayuda al mantenimiento de un edificio histórico emblemático», Estudio económico-financiero obrante en el expediente, p.1). Al establecimiento (actualmente Hotel "Las Casas del Cónsul" y "Restaurante El Blanquillo") se puede acceder en: http://www.lascasasdelconsul.es/?page_id=29

81.	a) Ayuntamiento: Valencia
	b) Objeto: gestión del SP de inhumación, exhumación y demás servicios de los cementerios municipales (concesión); LBRL, 26.1.a) y 25.2.k).
	c) Referencias: anuncio BOPValencia del 3.5.2012; duración, 10 años, con prórrogas anuales por un período máximo de 5 años (C.9); retribución: abono del precio a cargo del Ayuntamiento, con fórmula de revisión aplicables a partir del 3º año (C.5 y 8, PPTP 1); canon anual fijo a cargo del concesionario, con licitación al alza, y cláusula de revisión según el IPC/INE.

82.	a) Ayuntamiento: Valdepeñas (Ciudad Real)
	b) Objeto: gestión del SP WIFI en lugares públicos y mantenimiento de la red municipal (contrato de servicios); LBRL, 25.2.ñ).
	c) Referencias: BOE 60, 11.3.2016; duración: 62 meses, con prórrogas anuales por mutuo acuerdo, sin que pueda exceder de 8 años (C.4); retribución: tarifas y abono del precio a cargo del Ayuntamiento por suministro e instalación red WIFI con revisión al IPC (C. 5 y 8); canon en función de la facturación (C. 8); publicidad en DOUE (remisión 26.2.2015)

83.	a) Ayuntamiento: Viladecans (Barcelona)
	b) Objeto: gestión del SP de contrato de concesión de obra pública para la construcción y posterior explotación de un edificio de 60 viviendas dotacionales; LBRL, 25.2.a).
	c) Referencias: anuncio BOE, 193, 10.8.2010; duración: presentación proyectos básico y ejecutivo, 2 meses de cada uno, y ejecución de las obras, 14 meses; explotación del edificio, 40 años (C. 18 y 25); retribución: alquileres de las viviendas sujetos al régimen aplicable a las dotacionales, objeto de revisión que este régimen establezca, e ingresos por la prestación de servicios complementarios (C. 45 y 46); canon a cargo del concesionario consistente en la entrega al Ayuntamiento de equipamiento construido y finalizado con el uso de <i>casas d'avís</i> (hogar de ancianos), con una superficie de 350 m ² , y la planta bajo del edificio no ocupada por el <i>casal</i> y las dependencias al servicio de los inquilinos, en el plazo de 1 mes a partir del inicio de la explotación de las viviendas (C. 44); modificación del contrato: obras y servicios complementarios, hasta el 50% (LCSP/2001,, 155.b, 158.b y 202.1); publicidad DOUE (remisión el 27.7.2010). Otros: derecho del concesionario a hipotecar el derecho real de concesión del que sea titular, previa autorización del Ayuntamiento, con la obligación de cancelar la hipoteca 2 años antes de la finalización de la concesión.

84.	a) Ayuntamiento: Vilanova i la Geltrú (Barcelona)
	b) Objeto: gestión del SP de mantenimiento y conservación del conjunto de elementos que conforman el alumbrado público (concesión); LBRL, 26.1.a).
	c) Referencias: anuncio BOE, 119, 17.5.2016; duración, 15 años, sin prórroga (C. 2.3, C. CC. 7); retribución: abono del precio por el Ayuntamiento, con licitación a la baja y fórmula de revisión, a partir del 4º año (C. 3.1 y 3.2, C. CC. 8 y PPTP, 2.3 y 9.1); publicidad en DOUE (remisión el 5.5.2016)

85.	a) Ayuntamiento: Vigo (Pontevedra)
	b) Objeto: gestión del SP del aparcamiento situado en la Plaza de Portugal, con ejecución de obras de reforma (concesión); LBRL, 25.2.g).

	<p>c) Referencias: anuncio BOE, 262, 2.11.2015; duración: 30 años, sin prórroga (al acabar obras mejora, plazo de 5 meses, C. 5); retribución: tarifas, con fórmula de revisión (C. 6 y 8) y otros ingresos complementarios (explotación locales comerciales, <i>vending</i> y publicidad, C. 8); canon mínimo anual de 113.000 eur, con licitación al alza, con misma fórmula de revisión que tarifas (C. 7 y 8); modificación: por causas previstas y objetivadas, con límites del 50% (reducción de prestaciones o ampliación plazo de ejecución, C. 65); previsión de REC (C. 75)</p> <p>d) Otros: posibilidad de que el concesionario hipoteque previa autorización, el derecho real de concesión administrativa en garantía de deudas que guarden relación el objeto del contrato (C. 53).</p>
--	--

86.	a) Ayuntamiento: Vigo (Pontevedra)
	b) Objeto: gestión del SP para la construcción, gestión y explotación del complejo deportivo de Navia, con ejecución de obras (concesión); LBRL, 26.1.c).
	c) Referencias: anuncio BOE, 227, 21.9.2013; duración: 17 meses para redacción proyecto y ejecución de obras, y 50 años para gestión y explotación complejo deportivo, o el plazo menor que resulte de la adjudicación según la oferta formulada por el adjudicatario, en cuyo caso el plazo podrá ser objeto de prórroga hasta un máximo de 50 años en el supuesto de retraso en la ejecución de las obras por causa imputable a la Administración o por fuerza mayor, o como mecanismo de restablecimiento del equilibrio económico en los términos del art. 258.3 del TRLCSP y hasta un máximo del 10% de la duración inicial del contrato (C. 6; retribución: tarifas, con cláusula de revisión indexada al 85% del IPC/INE, y otros ingresos complementarios por la explotación del complejo (cafetería, <i>vending</i> , productos de aseo y material deportivo y publicidad) (C. 9); canon anual mínimo a cargo del concesionario, con licitación al alza y sujeto a revisión indexado al IPC/INE (C. 7); publicidad en DOUE (remisión el 26.8.2013).

87.	a) Ayuntamiento: Vitoria (Álava)
	b) Objeto: gestión del SP de limpieza viaria, recogida y transporte de residuos urbanos (concesión); LBRL, 26.1.a) y b).
	c) Referencias: BOE 167 y 200, 10.7 y 18.8.2014; duración: 8 años, con una o varias prórrogas sin que pueda exceder de una duración total de 10 años; retribución: abono del precio a cargo del Ayuntamiento, con fórmula de revisión (C. 6, 34 y 36); modificación: área de recogida y otras circunstancias objetivadas y con el límite del 10% del precio de adjudicación (C. 47); previsión de REC (C. 57); publicidad en DOUE (remisión 27.6.2014)

88.	a) Ayuntamiento: Vitoria (Álava)
	b) Objeto: gestión de los SP de explotación de: b.1) vertedero de residuos sólidos de Gardélegui y b.2) los depósitos alternativos de residuos (Garbigunes) y el programa de reutilización "Reutilizagune"; LBRL, 26.1.a) y b).
	c) Referencias: BOE 199, 16.8.2014; duración: 6 años, con una o varias prórrogas sin que pueda exceder de una duración total de 8 años; dos lotes (b.1 y b.2); retribución: abono del precio a cargo del Ayuntamiento, sin revisión (C. 6, 34 y 36); modificación b.1) infraestructuras y otras circunstancias objetivas, con el límite del 20% al alza o baja, y b.2) instalaciones y otras circunstancias objetivas, con el límite del 40% al alza o baja (C. 47); previsión de REC (C 57); publicidad en DOUE (remisión 4.8.2014); anuncio de formalización BOE 119,

	19.5.2015 (distinto adjudicatarios para cada lote)
--	--

89.	a) Ayuntamiento: Vitoria (Álava)
	b) Objeto: gestión del SP de estación de autobuses (concesión); LBRL, 26.1.d) y 25.2.g).
	c) Referencias: BOTerritorio Histórico Álava 72, 22.6.2012; duración: 4 años, sin prórroga; retribución: tarifas, con referencia a revisión (C. 3, <i>in fine</i>); canon fijo anual, con licitación al alza y con actualización al IPC/INE, a partir del 2º año.

90.	a) Ayuntamiento: Zumaia (Guipúzcoa)
	b) Objeto: gestión del SP de recogida y transporte de residuos sólidos (contrato de servicios); LBRL, 26.1.a) y b).
	c) Referencias: anuncio BOE, 160, 6.7.2015; duración, 1 año, con prórroga de uno más por acuerdo de las partes; retribución: abono del precio a cargo del Ayuntamiento (C. 7 y 9); previsión REC (C. 27); publicidad en DOUE (remisión el 18.6.2015).

91.	a) Ayuntamiento: Zaragoza
	b) Objeto: gestión del SP del Transporte Urbano de Viajeros por Autobús (concesión); LBRL, 26.1.d) y 25.2.g).
	c) Referencias: anuncio BOE, 299, 13.12.2012; duración: 10 años, con prórroga de hasta un máximo de 5 más si concurren las circunstancias previstas en el art. 4.4 Reglamento Comunitario 1370/2007, de 23.10, sobre si las inversiones y activos apartados la justifican (C. 6); retribución: tarifas y abono de ajustes por disponibilidad y calidad a cargo del Ayuntamiento (C. 8 y 36 a 42); modificación del contrato: por aumento de población y modificación itinerarios derivados del desarrollo urbanístico e incremento de frecuencias como consecuencia de la celebración de eventos que generen aumento de visitantes, con el límite del 40% (C. 29); publicidad en DOUE (remisión el 7.12.2012); anuncio de formalización BOE 290, 4.12.2013.

9.3. Otras entidades locales

92	a) Entidad: Comarca del Jiloca (Aragón)
	b) Objeto: gestión del SP de la explotación de los Puntos Limpios (contrato de servicios); LBRL, 26.1.b y 42.
	c) Referencias: anuncio BOE, 86, 10.4.2013; duración: 4 años, prorrogable por el órgano de contratación, "resultado obligatorio para el empresario continuar con la prestación del servicio (...), pero sin que el contrato pueda llegar a superar los 6 años de duración total incluyendo las eventuales prórrogas" (C. 4); retribución: abono del precio a cargo del Ayuntamiento, con fórmula de revisión indexada al IPC/INE (C. 3, 11, 28 y 29); anuncio de formalización BOE 211, 3.9.2013; publicidad en DOUE (remisión el 25.3.2013).

93.	a) Entidad: Consejo Comarcal del Alt Urgell (Cataluña)
	b) Objeto: gestión del SP de transporte escolar, obligatorio, con vehículos de más de nueve plazas con tres lotes en zona Norte, Sur y Vansa y Tuixen (CGSP, sin identificar modalidad); LBRL, 42 y TRLCat/2003, 85.
	c) Referencias: anuncio BOE, 149, 21.6.2016; duración: 3 cursos escolares, con prórroga curso a curso, hasta un máximo de 3 cursos escolares más, siempre que se mantenga la delegación conferida por la Generalitat de Cataluña; retribución: abono del precio a cargo del Consejo Comarcal, con licitación a la baja. d) Otros: referencias en la Plataforma de Contratación Pública de la Generalitat de Cataluña; véase https://contractaciopublica.gencat.cat/ecofin_pscp/AppJava/awardnotice.pscp?idDoc=17730165&lawType=2&reqCode=viewDcan&idCap=2250720&

94.	a) Entidad: Consejo Comarcal del Vallés Oriental
	b) Objeto: gestión del SP de acompañantes del SP de transporte adaptado (contrato de servicios); LBRL, 42 y TRLCat/2003, 85.
	c) Referencias: anuncio BOE, 138, 7.6.2014; duración, 11 meses (septiembre a julio 2014), con prórroga por 11 meses más (igual período) (C. 4); retribución: abono del precio por el Consejo Comarcal (C. 10 y 11 y 18.1); modificación: cuando como consecuencia de la supresión de rutas del transporte adaptado se haya de prescindir del acompañante, con el límite del 20% del precio de adjudicación (C. 39); previsión REC (C. 48); publicidad en DOUE (remisión el 28.5.2014). d) Otros: valoración de la calidad en la prestación y régimen de penalizaciones por inexistente, incorrecta o deficiente prestación de los servicios objeto del contrato, con fórmula de aplicación y límite del 5% retribución anual (C. 50).

95.	a) Entidad: Consorcio de Residuos del Segriá (Lleida)
	b) Objeto: gestión del SP del Centro de Tratamiento de Residuos de Montoliu, con ejecución de obras; LBRL, 87 y TRLCat/2003, 270.
	c) Referencias: anuncio BOE, 127, 28.5.2015; duración: 10 años, con prórrogas por períodos de 5 años hasta un máximo de 2 prórrogas; publicidad en DOUE (remisión el 30.4.2015)

96.	a) Entidad: Diputación provincial de Granada
-----	--

	b) Objeto: gestión del SP del tratamiento de residuos municipales de la provincia, con ejecución de obras vinculadas (concesión); LBRL, 36.1.c).
	c) Referencias: anuncio BOE, 164, 7.7.2014; duración: 25 años; retribución: abono del precio por tonelada métrica tratada a cargo de la Diputación y valoración de los residuos que obtenga el concesionario, cuyo producto minorará el importe del pago de la corporación provincial, con revisión anual transcurrido el primer año (C. 5 y 26); modificación: 5 circunstancias previstas y objetivas, con el límite del 10% del importe del contrato cada una (C. 28); previsión de REC (C. 35); anuncio de formalización BOE 291, 5.12.2015. Otros: valor estimado del contrato: 635, 34 MEUR; previsión de tres anualidades consecutivas para apreciación del desequilibrio financiero (C. 29).

97.	a) Entidad: Diputación provincial de Valladolid
	b) Objeto: gestión del SP de la escuela infantil "Casa Cuna" (concesión); LO 8/1985, LO 2/2006 y legislación autonómica.
	c) Referencias: anuncio BOP Valladolid, 76, 1.4.2011; duración: 2 años, con prórrogas anuales hasta una duración máxima del contrato de 10 años; retribución: tarifas, con cláusula de revisión (C 4, 5 y 27) y abono de subvención complementaria a cargo del Ayuntamiento (C. 4, 5 y 23); anuncio de adjudicación en perfil del contratante 12.7.2011 (acuerdo nº 77/11, de 8.7, Junta de Gobierno Local).

10. BIBLIOGRAFÍA

AGUDO GONZÁLEZ, J. (2014): «Revisión de precios y régimen de desindexación». *Observatorio de la Contratación Pública*, 23/06/2014; accesible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.160/relcategoria.121/reلمenu.3/chk.03f4e47a1cee682fc11637ce17f05539>

AGUDO GONZÁLEZ, J. (2015): «Régimen de desindexación y revisión de precios. O sobre la transformación de la revisión de precios». En: ALMEIDA CERREDA, M. e I. MARTÍN DELGADO (Dir.). *La nueva contratación pública*. Accesible en: <http://www.aepda.es/AEPDAPublicaciones-1282-Publicaciones-de-los-miembros-Monografias-y-articulos-doctrinales-La-nueva-contratacion-publica.aspx>

ALBI IBAÑEZ, E.; GONZÁLEZ-PÁRAMO, J. M.; LÓPEZ CASANOVAS, G. (1997): *Gestión pública, fundamentos, técnicas y casos*. Barcelona. Ariel.

ALBI CHOLBI, F. (1960): *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*. Madrid. Aguilar.

ALCALÁ BLASCO, P.; ESPINOSA, M.; CABERO, F.; LOZANO, J.A. y M. MUNGUIRA (2013): «Los desequilibrios de los PEF en las concesiones. Efectos de las crisis. Casos concretos». Tutor: Fernando Gutiérrez de Vera. Trabajo presentado en el Master en Gestión de Infraestructuras, Equipamientos y Servicios. Universidad Politécnica de Madrid. Accesible en: <http://www.csg-master.com/proyectos2013/6EL%20DESEQUILIBRIO%20DE%20LOS%20PEF%20EN%20LAS%20CONCESIONES.%20EFECTOS%20DE%20LA%20CRISIS.%20ANALISIS%20DE%20CASOS%20CONCRETOS.pdf>

ALCOLEA CANTOS, A. (2015): «Las nuevas directivas en materia de contratación pública». RECUERDA GIRELA, M. A. (Coord.): *Problemas prácticos y actualidad del derecho administrativo. Anuario 2015*. Thomson Reuters.

ALEMÁN, C. (Coord.) (2009): *Políticas Sociales*. Thomson Reuters.

ALENZA GARCÍA, J.F. (2006): «Las clases de contratos. Contratos de obras. Concesión de obras públicas y concesión de servicios.» En ALLI ARANGUREN, J.C.: *Comentarios a la ley foral de contratos públicos (Ley Foral 6/2006, de 9 de junio)*. Ed. Gobierno de Navarra.

ALMEIDA CERREDA, M. (2014): «La redelimitación de las competencias de los municipios en materia de educación, salud, servicios sociales y su transferencia parcial a las Comunidades Autónomas». En: QUINTANA LÓPEZ, T: *La reforma del Régimen Local*. Tirant lo blanch.

ALMEIDA CERREDA, M. (2014b): «El incierto futuro de los servicios sociales municipales». *Anuario de Derecho Municipal* 2013, 7: 93-144. Marcial Pons. UAM.

ALMEIDA CERREDA, M. y D. SANTIAGO IGLESIAS (2008): «A xestión indirecta dos servizos sociais de titularidade autonómica en Galicia, en especial o concerto». *Dereito*, vol 17, núm 1.

ALONSO HIGUERA, C (2002): *Manual del Secretario. Teoría y práctica del Derecho municipal*. Barcelona. Atelier

ALONSO MAS, M.J. (2014): «El nuevo régimen de las competencias municipales». En: DOMINGO ZABALLOS, M.J.: *Reforma del Régimen local. La Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local: veintitrés estudios*. Thomson Reuters.

ALONSO RODRIGUEZ, S. (2011): «El contrato de servicios». En ALMONACID LAMELAS, V. (Coord.) *Contratación pública local 2011: Conceptos esenciales y aspectos prácticos. Adaptado a la Ley 2/2011, de Economía Sostenible*. El Consultor de los Ayuntamientos/La Ley.

ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, M. (2004): *El abastecimiento de agua en España*. Madrid. Thomson. Cívitas.

ALVAREZ, E y M. HERNÁNDEZ (2015): «Grandes errores en la planificación de infraestructuras sin asignación de recursos públicos. El caso de las autopistas radiales de Madrid». Blog de Ciudad y Urbanismo; accesible en

<http://ciudad.blogs.uoc.edu/post/67559449154/grandes-errores-en-la-planificaci%C3%B3n-de>

APARICIO PÉREZ, M. A. (1993): «El Estado social en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». En CÁMARA, G y CANO, J (Coord.): *Estudios sobre el Estado social*. Madrid. Tecnos.

ARBÓS, X. y S. GINER (1993): *La gobernabilidad*. Madrid. Siglo XXI.

ARBÓS, X. (1998): «Estado social y democrático de Derecho (II)». En APARICIO, M.A (ed): *Temas de Derecho Constitucional (I)*. Barcelona. Cedecs.

ARENILLA SÁEZ, M. (2015): «Génesis y finalidad de la reforma local» *REALA*, extraordinario, enero.

ARIMANY LAMOGLIA, E (1980): *La reversión de instalaciones en la concesión administrativa de servicio público*. Barcelona. Bosch.

ARIMANY LAMOGLIA, E (2011): «El equilibrio económico financiero de la concesión de obra pública: a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo, Autopista Madrid-Toledo, AP-41». Actualidad Jurídica Uría Menéndez. Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada/Extraordinario.

ARIMANY LAMOGLIA, E (2012): «Los servicios públicos en tiempos de crisis». En FONT LLOVET, T. y A. GALÁN GALÁN (Dirs.): *Anuario del Gobierno Local 2011. Gobierno local ¿crisis o renovación?* Fundación Democracia y Gobierno Local.

ARIÑO ORTIZ, G (1968): *Teoría del equivalente económico de los contratos*. Instituto de Estudios Administrativos. Madrid.

ARIÑO ORTIZ, G. (2015): «Privatización, liberalización y desregulación: balance de un proceso (1989-2010)». RECUERDA GIRELA, M.A. (Coord.): *Problemas prácticos y actualidad del derecho administrativo. Anuario 2015*. Thomson Reuters.

ARIÑO ORTIZ, G. y R. ARIÑO SÁNCHEZ (2003): «ARTÍCULO 51. PLIEGOS DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS». En ARIÑO y ASOCIADOS: *Comentarios a la Ley de*

Contratos de las Administraciones Públicas. Tomo II. La gestación del contrato. Granada. Comares.

ARNALDO ALCUBILLA, E y J. J MOLLINEDO CHOCANO (1999): «Deporte». En BALLESTEROS, A y F. CASTRO (Coord.): *Derecho Local Especial. Tomo II.* Madrid. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados.

BAEZA MUÑOZ, M.A.; ORTEGA HORTELANO A. y J.M. VASSALLO MAGRO (2012): «Reparto de riesgos en concesiones de infraestructura ante la crisis económica». Actas del X Congreso de Ingeniería del Transporte: Transporte innovador y sostenible de cara al siglo XXI. Granada, 20-22 de junio de 2012. ISBN 978-84-338-5402-5.

BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A. (1997): «Comercio interior. Abastos, mataderos, mercados y ferias. La defensa del consumidor». En BALLESTEROS, A y F, CASTRO (Coord.): *Derecho Local Especial. Tomo I.* Madrid. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados.

BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A. (1997): «Ciclo del agua: Abastecimiento y saneamiento». En BALLESTEROS, A y F. CASTRO (Coord.): *Derecho Local Especial. Tomo I.* Madrid. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados.

BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A. (2000): «Comentarios al Libro I». En *Contratos de las Administraciones Públicas. Comentarios al Texto Refundido de la Ley.* Madrid. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados.

BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A. (2004): «Los pliegos de cláusulas administrativas particulares se deben publicar. Régimen especial en las concesiones de servicios públicos». En: *El Consultor*, núm. 21, de 15.11.2004, p. 3577-3581.

BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A. y M. BALLESTEROS FERNÁNDEZ (2005): *Manual de Gestión de Servicios Públicos Locales.* Madrid. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados.

BANDRÉS, J. M. (1999): *El principio de subsidiariedad y la Administración local.* Madrid. Marcial Pons. Diputació de Barcelona.

BARCELÓ SERRAMALERA, M. (2011): «Els decrets llei». En: BARCELÓ SERRAMALERA, M. y J. VINTRÓ CASTELLS (Coord.): *Dret públic de Catalunya*. Atelier, 2ª ed.

BARCELÓ SERRAMALERA, M. y F. DOMINGUEZ GARCÍA (2011): «Les relacions institucionals de la Generalitat amb l'Estat i amb la Unió Europea». En: BARCELÓ SERRAMALERA, M. y J. VINTRÓ CASTELLS (Coord.): *Dret públic de Catalunya*. Atelier, 2ª ed.

BARCELONA LLOP, J (1995): *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*. Universidad de Cantabria.

BARNÉS, J. (1997): «Subsidiariedad y autonomía local en la constitución». En FONT, T (Dir): *Anuario del Gobierno Local 1997*. Madrid. Marcial Pons. Diputació de Barcelona.

BARQUEROS SÁNCHEZ, I (2010): «Rescate de las radiales de acceso a Madrid». Ecomovilidad.net, 22.9.2010; accesible en <https://ecomovilidad.net/madrid/rescate-de-las-radiales-de-acceso-a-madrid/>

BARRANCO AVILÉS, M.C. (2008): «Nuria MAGALDI, Procura existencial, Estado de Derecho y Estado Social». *Derechos y libertades* núm. 19, época II, junio 2008, pág. 207-210. Accesible en: <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/8729/DyL-2008-19-Procura-Barranco.pdf?sequence=1>

BARRANCO VELA, R. y F. A. CASTILLO BLANCO (1999): «Asistencia y servicios sociales. Las competencias locales en la promoción y reinserción social». En BALLESTEROS, A y F. CASTRO (Coord.): *Derecho Local Especial. Tomo II*. Madrid. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados.

BARRERO RODRÍGUEZ, C. (2008): «La resolución del contrato por incumplimiento del contratista en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público». *Revista de Administración Pública*, ISSN: 0034-7639, núm. 176, Madrid, mayo-agosto. Accesible en: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2715844.pdf>

BARRERO RODRÍGUEZ, M.C. (2015): «Los efectos de la resolución de los contratos administrativos: resolución por concurso y por incumplimiento del contratista. La

conveniencia de una reforma normativa». *Revista de Administración Pública*, ISSN 0034-7639, Nº 196, págs. 61-95.

BASTARDO YUSTOS, F.M. (2016): «Efectos de la falta de transposición en plazo: normas de aplicación directa». *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 143 (mayo-junio 2016).

BATET JIMÉNEZ, M.P. (2009): «Diferenciación entre los contratos de servicios, los contratos de gestión de servicios públicos y los contratos administrativos especiales» *Contratación Administrativa Práctica. Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 82.

BAYLOS GRAU, A. (2013): «La contracción del Estado Social». *Revista de derecho social*, núm. 63.

BELADIEZ ROJO, M. (1997): *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios locales*. Madrid. Tecnos.

BELTRÁN AGUIRRE, J. L. (2000): «Los Servicios Sociales». *Revista Vasca de Administración pública*, nº 57, mayo-agosto.

BELLO PAREDES, S. A. (2015): «Las competencias locales: balance de situación». *REALA*, núm. extraordinario, enero.

BERENGUER, A. (1997): «La influència dels principis comunitaris en els serveis locals i la seva regulació en el Reglament d'obres, activitats i serveis». En: FONT, T. (coord.): *Dret local: Ordenances, activitats i serveis públics*. Barcelona. Marcial Pons / Ed. Universitat de Barcelona / Servei de Publicacions Universitat Autònoma de Barcelona.

BERMEJO VERA, J (2008):«El régimen de contratación pública en los sectores especiales del agua, la energía, los transportes y los servicios postales». *Revista de Administración Pública*, núm. 176, mayo-agosto.

BERMEJO VERA, J (2009):«Los sectores excluidos: Ley 31/2007, de 20 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales». En COLÁS TENAS, J. y M. MEDINA

GUERRERO: *Estudios sobre la Ley de contratos del sector público*. Fundación Democracia y Gobierno Local e Institución Fernando el Católico.

BERNAL BLAY, M.A (2010): *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas "paraconcesionales"*. Thomson Reuters.

BERNAL BLAY, M.A (2015): «Efectos jurídicos de las Directivas de contratación vencido el plazo de transposición». Ponencia impartida en el curso "El Derecho administrativo de la crisis", sesión del 24.9.2015. Escuela Gallega de Administración Pública. Accesible en vídeo en http://egap.xunta.es/egapaberta/ficha/aformativa/video/8643a6_12214

BERNAL BLAY, M.A (2016): «Hacia la unidad del sistema de recursos en materia de contratación pública». En LÓPEZ RAMÓN, F. (Coord.): *Las vías administrativas de recurso a debate*. INAP.

BLANCO LÓPEZ, F. (2016): «Cataluña se independiza en contratación pública». *Observatorio de la contratación pública*, 27.6.2016. Accesible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.248/reلمenu.3/chk.364c7316418039edc11ff821ce8591b4>

BLANQUER CRIADO, D (2012): *La concesión de servicio público*. Valencia. Tirant lo blanch.

BLANQUER CRIADO, D (2013): *Los contratos del sector público*. Valencia. Tirant lo blanch.

BOIX PALOP, A. (2014). «Sentido y orientación de la Ley 27/2013 de racionalización y sostenibilidad de la Administración local: autonomía local, recentralización y provisión de servicios públicos locales». *REALA*, núm. 2, julio-diciembre 2014.

BORDÓN IGLESIAS, E. y C. MOLINA PÉREZ (1991): «Consideraciones sobre los servicios que implican ejercicio de autoridad». En DE LA CUÉTARA, J.M (Dir.): *Introducción a los Servicios Locales. Tipos de prestación y modalidades de gestión*. Madrid. MAP

BOTELLA, J. (1992): «La galaxia local en el sistema político español». En: *Revista de Estudios Políticos*, núm. 76 (abril-junio).

BOUSO DARRIBA, G. y M. LOMAS MENÉNDEZ (2014): «Comentarios a la Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE». En Papilo Abogados. Nota informativa nº 3/2014. Accesible en: <http://www.papilioabogados.es/img/COMENTARIOS%20PAPILIO%20DIRECTIVA%202014%2025%20UE.pdf>

CAAMAÑO RODRÍGUEZ, F. (2003) (Coordinador): *La autonomía de los entes locales en positivo. La Carta Europea de la Autonomía Local como fundamento de la suficiencia financiera*. Barcelona. Fundación Democracia y Gobierno Local.

CABALLERO SÁNCHEZ, R. (2003): *Infraestructura en red y liberalización de servicios públicos*. Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública.

CALVO RUATA, P. (2012): «La zozobra de la modificación de contratos públicos. ¿Tiempos de hacer de la necesidad virtud?». *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2011*, núm. 3, 2012, pp. 369-441.

CAMINAL, J. (1998): «La política como ciencia». En: CAMINAL, J. (ed.): *Manual de ciencia política*. Barcelona. Tecnos / Ed. Universidad de Barcelona / Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Barcelona.

CAMPOS DAROCA, J.M. (2014): *La reforma de la Ley de Bases de Régimen Local*. Bosch.

CANALES, J. M. (1999): «El Pacto Local español en su contexto europeo» y «Nuevo entorno y perspectivas de las políticas públicas locales». En: *Gobierno y Pacto Local*. Madrid. MAP – Ministerio de la Presidencia.

CANO CAMPOS, T. (2003): «Las competencias de los municipios en materia de tráfico: evolución histórica y regulación actual». En MUÑOZ MACHADO, S (Dir.): *Tratado de Derecho Municipal. II. 2ª ed.* Madrid. Thomson. Civitas.

CANO LARROTCHA, J. (2012): «Las medidas del RDL 20/2012, de 13 de Julio, para que el personal de las contrataciones no pase a la Administración». <http://www.acalsl.com/blog/2012/11/las-medidas-del-rdl-202012-de-13-de-julio-para-que-el-personal-de-las-contratas-no-pase-a-la-administracion>, 19.11.2012.

CANO LARROTCHA, J. (2013): «Instrucciones sobre buenas prácticas para la gestión de las contrataciones de servicios para no incurrir en fraude del personal», 21.1.2013. Accesible en: <http://www.acalsl.com/blog/2013/01/instrucciones-sobre-buenas-practicas-para-la-gestion-de-las-contratas-de-servicios-para-no-incurrir-en-fraude-del-personal>,

CANTERA CUARTANGO, J.M. (2012): «La negociación de los contratos públicos en tiempos de crisis económica». *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 19, Quincena del 15 al 19.10.2012.

CAPO GIOL, J. (1990): *Ciencia política y derecho. Otro encuentro*. Barcelona, PPU.

CARBONELL PORRAS, E. (2014). «Sobre la reforma local y las competencias municipales propias». *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. especial 99-100: 765-781.

CARBONERO GALLARDO, J.M. (Dir. y Coord.) (2010): *Teoría y práctica para la gestión de los Servicios locales*. El Consultor de los Ayuntamientos. La Ley.

CARBONERO GALLARDO, J.M. (2016): «Cuadro sobre el efecto directo de las Directivas Europeas de Contratación Pública y Concesiones 2014, según el documento elaborado y publicado por los Tribunales Administrativos de Contratación Pública. *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 143 (mayo-junio 2016).

CARBONERO GALLARDO, J.M. y P. CÓRDOBA BELBEL (2015): «Contratación Pública». En CARBONERO GALLARDO, J.M. (Dir. y Coord.) *Administración Local Práctica. Casos Prácticos de Derecho Administrativo y haciendas locales*. El Consultor de los Ayuntamientos/La Ley.

CARRILLO DONAIRE, J.A. (2012): «A vueltas sobre la naturaleza jurídica tributaria o tarifaria de las contraprestaciones derivadas del servicio de abastecimiento de agua. Consecuencias de la derogación del inciso final del artículo 2.2.a) de la Ley General

Tributaria.» El Diario del Derecho Municipal, 19/10/2012. Accesible en: http://www.iustel.com/diario_del_derecho_municipal/noticia.asp?ref_iustel=1105085&titulo=a%20vueltas%20sobre%20la%20naturaleza%20jur%EDdica%20tributaria&texto=

CASARES MARCOS, A (2013): «Responsabilidad patrimonial de la Administración por daños causados a terceros con motivo de la ejecución de contratos». En *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública: estudio general y ámbitos sectoriales*. Vol. II. CASARES MARCOS, A (Coord.) y QUINTANA LÓPEZ, T (Dir.). 2ª ed. Tirant Lo Blanch.

CASASÚS AGUADO, S. (2004): «Los criterios objetivos de adjudicación de los contratos administrativos por concurso». En: *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 24.

CASTELAO RODRÍGUEZ, J. (1997): «Competencias sanitarias de las Entidades Locales. Las actividades clasificadas. Cementerios y servicios funerarios. Protección del medio ambiente». En BALLESTEROS, A y F, CASTRO (Coord.): *Derecho Local Especial. Tomo I*. Madrid. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados.

CASTILLO BLANCO, F. (2013): «Las garantías en la contratación administrativa y las responsabilidades a que están afectas (partes I y II)». INAP, Newsletter, 7.6.2013. Accesible en: <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1108183>
<http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1108314>

CASTILLO BLANCO, F.A. (2016): «Remunicipalización de servicios locales y situación del personal de los servicios rescatados». *El Cronista*, núm. 58-59, febrero-marzo 2016.

CEA AYALA, A (2012): «La nueva regulación de la modificación de los contratos». En: *Revista Contratación Administrativa Práctica*, La Ley, núm. 118, abril de 2012 (p. 46-53).

CEA AYALA, A. (2015): «Sobre la revisión de precios en los contratos públicos. Desindexación». *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 139, septiembre-octubre 2015.

CIUTAT CORONADO, A. (2016): «La necessitat d'un decret llei de mesures urgents en matèria de contractació pública». *Revista Catalana de Dret Públic* (Blog), 29.6.2016. Accesible en: <https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/?s=ciutat+coronado>

COBO OLVERA, T. (2003): *El procedimiento para la exigencia de responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas*. 3ª. ed. Barcelona. Bosch.

COLAS TENAS, J. (2009). «El contrato de concesión de obras públicas». En COLAS TENAS, J y M. MEDINA GUERRERO (Coord.): *Estudios sobre la Ley de Contratos del Sector Público*. Fundación Democracia y Gobierno Local, Institución Fernando El Católico.

COLÁS TENAS, J (2011): «La reforma de la legislación de contratos del sector público en la ley de economía sostenible: el régimen de modificación de los contratos del sector público». En: *Revista El Derecho*, 1.06.2011, y también en *Boletín Derecho Local*, de la misma fecha.

COLÁS TENAS, J. (2015): «La contractació pública en relació amb l'àmbit bàsic de transparència». En VILLORIA MENDIETA, M. (Dir.) y X. FORCADELL ESTELLER (Coord.): *Bon govern, transparència i integritat institucional al govern local*. Diputació.

COLÁS TENAS, J. (2015b): «Contratación local». *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2014*, núm. 6, 2015, pp. 93-121.

COLEGIO DE INGENIEROS DE CAMINOS, CANALES Y PUERTOS (2006): «Recomendaciones referentes a los Pliegos del régimen de concesión de obra pública. Régimen de concesión de obra pública». *Cuadernos de la Comisión de construcción y financiación de infraestructuras*, diciembre 2006; accesible en: <http://www.csg-master.com/RECOMENDACION%20PLIEGOS%20CONCESIONOBRA%20PUBLICA.pdf>

COLET AREAN, N. (2016): «Directives de contractació pública 2014. Anàlisi de la seva aplicació directa i altres qüestions d'actualitat». Ponència impartida en la Jornada sobre “*Les directives sobre contractació del sector públic: efecte directe i altres qüestions d'actualitat. El decret llei 3/2016, de 31 de maig, de mesures urgents en matèria de contractació pública*”, celebrada el 21.6.2016 y organizada por la Associació Catalana de Municipis (ACM); referencia en:

<http://www.acm.cat/noticia/942/200/persones/interessen/directives/contractacio/sector/public>

COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA (CNC) (2010). *Guía sobre Contratación Pública y Competencia*. Accesible en:

http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Guias_y_recomendaciones/GUIA_CONTRATACION_v4.pdf

COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (2015): *Análisis de la contratación pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia*. PRO/CNMC/001/15: 5 de febrero. Accesible en:

http://www.cnmc.es/Portals/0/Notas%20de%20prensa/201502_Informe_ContratacionPublica.pdf

CORCUERA TORRES, A. (2015): «Aspectos financieros de la reforma local». *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, ISSN-e1989-8975, N°. Extra 1, 2015. Accesible en:

<http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=REALA&page=article&op=view&path%5B%5D=10224&path%5B%5D=10711>

CORCHERO PÉREZ, Miguel y Lucía SÁNCHEZ PÉREZ: «Breves apuntes sobre la Orden HAP/2075/2014, de 6 de noviembre, por la que se establecen los criterios de cálculo del coste efectivo de los servicios prestados por las entidades locales». *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, ISSN 0210-2161, N°. 23, 2014, págs. 2514-2534.

CORNET COLOM, J. (2000): «Serveis funeraris i cementiris». En MIR, J (Dir.): *Manual de Govern Local*. Barcelona. Federació de Municipis de Catalunya.

CORRAL GARCÍA, E. (1999): «Las competencias municipales en materia de enseñanza». En BALLESTEROS, A y F. CASTRO (Coord.): *Derecho Local Especial. Tomo II*. Madrid. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados.

CORRAL GARCÍA, E. y la Redacción de EL CONSULTOR DE LOS AYUNTAMIENTOS (2000): *Expropiación municipal*. Madrid. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados.

CORRETJA TORRENS, M. (2016): «Aspectes més importants del decret llei 3/2016, de 31 de maig, de mesures urgents en matèria de contractació pública». Ponència impartida en la Jornada sobre “*Les directives sobre contractació del sector públic: efecte directe i altres qüestions d’actualitat. El decret llei 3/2016, de 31 de maig, de mesures urgents en matèria de contractació pública*”, celebrada el 21.6.2016 y organizada por la Associació Catalana de Municipis (ACM); referencia en: <http://www.acm.cat/noticia/942/200/persones/interessen/directives/contractacio/sector/public>

CORATELO, R. (1990): *Del Estado del Bienestar al Estado de Malestar*. 2ª ed. Centro de Estudios Constitucionales.

COSCULLUELA MONTANER, L. (2011): *Manual de Derecho Administrativo*. Madrid. Civitas.

CUBA VILLA, B (2011): «Significado y aplicación de los criterios sociales en la contratación pública». *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 11/2011, p. 1367-1378.

DE ANDRES GUIJARO, F.J. y A. HERRERA PRIETO. «El contrato de concesión de obras públicas: análisis de su actual regulación». *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 3, mayo 2004, p 79- 146.

DE FUENMAYOR CHAMPÍN, AMADEO (1950): «La equivalencia de las prestaciones de la legislación especial de arrendamientos» *Anuario de derecho civil*, ISSN 0210-301X, Vol. 3, Nº 4, 1950, págs. 1189-1220. Accesible en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1950-40118901218_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_La_equivalencia_de_las_prestaciones_de_la_legislatura_especial_de_arrendamientos

DE LA CUÉTARA, J. M. (1986): *Las potestades administrativas*. Madrid. Tecnos.

DE LA CUÉTARA, J. M.; VILLAR, F. J.; BERNARDOS, J.; BORDÓN, E.; HERNÁNDEZ, F.; MOLINA, C. (1991): *Introducción a los Servicios Locales. Tipos de prestación y modalidades de gestión*. Madrid. MAP.

DE LA CUÉTARA, J. M. (2005): «De la cesión de los contratos». En ARIÑO Y ASOCIADOS: *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Tomo III. La gestión del contrato*. Granada. Comares

DE LA VILLA GIL, L.E. (1991): «Servicios mínimos en empresas prestatarias de servicios públicos». *Civitas. Revista española del trabajo*, núm. 47, 1991, pp. 441-450.

DE VICENTE DOMINGO, R.; ALONSO MAS, M.J.; GARCÍA GARCÍA, M.J.; MARTÍN MORÓN, L. y M.C. PARDO MOLERO (1998): *Los servicios públicos locales en la jurisprudencia*. Madrid: Institució Alfons el Magnànim/Civitas, 1998.

DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, M. (2008): «Derecho Comunitario Europeo» (p. 4165-4179) y «Primacía del Derecho Comunitario» (p. 9678-9685). En ARNALDO ALCUBILLA, E. (Coord.): *Enciclopedia Jurídica*. Ed. La Ley.

DIEZ SASTRE, S. (2013): «La modificación de los contratos en la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre contratación pública». Observatorio de Contratación Pública; Accesible en:
<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.121/relcategoria.208/relmenu.3/chk.8a5d39b0e13f6286e9d7a1b541eac53d>

DIPUTACIÓ DE BARCELONA (1996): *Gestió de serveis municipals. Formularis de dret local*, 1. Barcelona.

DOMÉNECH PASCUAL, G (2012): «El principio de indemnidad y sus excepciones». *Revista Española de Derecho Administrativo* 156, octubre-diciembre. Accesible en:
<http://www.uv.es/gadopas/2012.principio.indemnidad.pdf>

DOMINGUEZ OLIVERA, R. (2003): «Las zonas complementarias de explotación comercial». En MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (Dir.): *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas*. Thomson Civitas.

DOMINGUEZ OLIVERA, R. (2010): «Las zonas complementarias de explotación comercial». En MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (Dir.): *Instrumentos españoles de colaboración público-privada: el contrato de concesión de obras públicas*. Thomson Civitas.

DORREGO DE CARLOS, A (2015): «La desaparición de la garantía implícita de la RPA en las concesiones de infraestructuras y servicios públicos: retos y oportunidades para el sector». Ponencia impartida en la Jornada sobre «Responsabilidad Patrimonial de la Administración», celebrada el 26.11.2015 y organizada por ESADE Madrid; accesible en: <https://www.youtube.com/watch?v=gYRXgj3gMVo&feature=youtu.be>

EL DERECHO.COM (2014): «Naturaleza jurídica de la tarifa del agua: precio público o tasa». 25.7.2014. http://www.elderecho.com/actualidad/Naturaleza-juridica-tarifa-precio-publico_25_672125008.html

EMBIU IRUJO, A. y E. COLOM PIAZUELO (2003): *Comentarios a la Ley Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas*. Madrid. Thomson. Aranzadi.

ESCOLÀ I PONS, M.B. (2002): *Introducció a les formes de gestió dels serveis locals*. Universitat Internacional de Catalunya.

ESCRIHUELA MORALES, F.J. (2010): «La necesaria reforma de la modificación de los contratos públicos», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 95.

ESCRIHUELA MORALES, J (2012): «La contratación del Sector Público ante la crisis económica. Renuncia, desistimiento, suspensión, modificación y resolución de los contratos». En: *Revista Contratación Administrativa Práctica*, La Ley, núm. 119, mayo de 2012.

ESPUELAS, S. (2013): «La evolución del gasto social público en España, 1850-2005». *Estudios de Historia Económica*, nº 68. Banco de España; www.bde.es

ESTEVE PARDO, J. (2013): «La evolución del garantismo: de las garantías personales a la garantía del estado». *Revista catalana de dret públic*, núm. 46.

ESTEVE PARDO, J. (2014): «Perspectiva e impacto de la crisis desde la nueva correlación entre Estado y sociedad». *Documentación Administrativa*, núm. 43. Accesible en: <http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path%5B%5D=10168> .

ETXEZARRETA, J. C (1995): *La Privatización en la Administración Local*. Barcelona. Bayer Hnos, S.A

FANLO LORAS, A. (2003): Las prerrogativas locales». En MUÑOZ MACHADO, S (Dir.): *Tratado de Derecho Municipal. I*. 2ª ed. Madrid. Cívitas.

FERNÁNDEZ ACEBEDO, R. (2016): «Sistema nacional de recursos en materia de contratación y efecto útil de las directivas». En LÓPEZ RAMÓN, F. (Coord.): *Las vías administrativas de recurso a debate*. INAP.

FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J. M. (2003): *Contratación administrativa*. 3ª ed. Barcelona. Bosch.

FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J. M. (2005): *Los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios en la Unión Europea*. Barcelona. Bosch.

FERNÁNDEZ DORADO, D (2015): «Las radiales de Madrid y la que se avecina». Cinco Días, 18.5.2015; accesible en:
http://cincodias.com/cincodias/2015/05/18/empresas/1431972430_771972.html

FERNÁNDEZ FARRERES, G (2002): «El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía». *Justicia Administrativa*, núm. 18, enero 2003. Accesible en:
http://www.lexnova.es/Pub_In/indices_In/rja_articulo_doctrinal.pdf

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R (2008): *La sucesión de empresa en los supuestos de transmisión de concesiones administrativas de gestión de servicios públicos*. Sevilla. Instituto Andaluz de Administración Pública.

FERNÁNDEZ GARCÍA, J.F. (2014): «Equilibrio económico y revisión de precios en los contratos administrativos». *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 163, abril-junio.

FERNÁNDEZ MALLOL, A.L. (2015): *Análisis del contrato de servicios. Propuestas para garantizar la integridad de la contratación pública*. Thomson Reuters Aranzadi.

FERNÁNDEZ RANCAÑO, A. y J. MUGUERZA ODRIOZOLA (2015): «Análisis de la viabilidad jurídica de la cesión de los créditos futuros que pudieran corresponder a una concesionaria frente a una administración pública por razón del contrato de concesión». RECUERDA GIRELA, M.A. (Coord.): *Problemas prácticos y actualidad del derecho administrativo. Anuario 2015*. Thomson Reuters.

FERNÁNDEZ-ESPINAR LÓPEZ, L.C. (2014): «La nueva reforma local en relación a los servicios públicos y el régimen de intervención en las actividades de los ciudadanos». En: QUINTANA LÓPEZ, T: *La reforma del Régimen Local*. Tirant lo blanch.

FERRET, J. (1988): «El artículo 9.2 de la Constitución como parámetro del control de constitucionalidad». En: *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*. Madrid (Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia).

FLORES DOMÍNGUEZ, L.E. (2012): «Una primera lectura del Anteproyecto de Ley para la Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local. La reforma de nuestro régimen local», *Diario del Derecho Municipal*, Iustel, RI & 1103534; 7.8.2012.

FONT LLOVET, T. (1997); *et al.*: *Dret local: Ordenances, activitats i serveis públics*. Barcelona. Marcial Pons / Ed. Universitat de Barcelona / Servei de Publicacions Universitat Autònoma de Barcelona.

FONT LLOVET, T. (dir.) (1997): «1997: El estado del Gobierno Local». En: *Anuario del Gobierno Local 1997*. Madrid. Marcial Pons, Diputació de Barcelona.

FONT LLOVET, T. (2000): «Los órganos consultivos de las Comunidades Autónomas y la Administración Local». En SOSA WAGNER, F. (2000): *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramon Martín Mateo. Tomos I, II y III*. Valencia. Tirant Lo Blanch.

FONT LLOVET, T. (2002): «Los derechos de los usuarios en los servicios sociales de atención a la tercera edad». En: *Los servicios sociales de atención a la tercera edad: el caso de Cataluña*. Valencia. Tirant lo Blanch.

FUENTES I GASÓ, J.R. (2015): «Consecuencias de la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, en el régimen local de

Cataluña». *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 101, enero-abril 2015, págs. 55-88.

FUERTES LÓPEZ, M. (1999): «Personificaciones públicas y contratos administrativos. La última doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas». Madrid. En: *Revista de Estudios Autonómicos y Locales*, núm. 279.

FUERTES LÓPEZ, M. (2013): «Los riesgos del riesgo de explotación (Crítica a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea sobre las concesiones de servicio público y los contratos de servicios)». En GIMENO FELIÚ, J.M. (Dir.) y BERNAL BLAY, M.A. (Coord.): *Observatorio de Contratos Públicos 2012*. Ed. Aranzadi, 2013.

FUERTES LÓPEZ, M. (2015): «Discriminación territorial y una coda». *El blog de esPublico* 26.11.2015. Accesible en: <http://www.administracionpublica.com/discriminacion-territorial-y-una-coda/>

GALÁN GALÁN, A. (2015): «La aplicación autonómica de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local». *REALA*, núm. extraordinario enero 2015.

GALLEGO CÓRCOLES, I (2011): «Distinción entre el contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios (I y II)». *Revista Contratación Administrativa Práctica*. La Ley, núm. 111 y 112, septiembre y octubre de 2011.

GALLEGO CÓRCOLES, I. (2012): «Modificación “a la baja” del contrato público». *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 121.

GALLEGO CÓRCOLES, I. (2013): «Objeto, precio y cuantía del contrato». En CASTRO ABELLA, F: *Contratación del Sector Público Local. Tomo I*. 3ª ed. El Consultor de los Ayuntamientos/La Ley.

GALLEGO CÓRCOLES, I. (2015): «La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública» X Congreso de AEPDA. Accesible en: <http://www.google.es/url?url=http://www.aepda.es/AEPDAAdjunto-1163-La-modificacion-de-los-contratos-en-la-cuarta-generacion-de-Directivas-sobre-contratacion-publica-Prof-a-Gallego-Corcoles->

[.aspx&rct=j&frm=1&q=&esrc=s&sa=U&ved=0CBMQFjAAahUKEwj6-nO0eLGAhWRCNsKHfiAB2A&usq=AFQjCNE1-UVVI-VTS6UjIX0di26fqJV8ig](http://nadaesgratis.es/j-j-ganuz/una-propuesta-para-el-rescate-de-concesiones-publicas-lecciones-de-las-radiales-de-madrid)

GANUZA FERNÁNDEZ, J.J. y F. GÓMEZ (2014): «Una propuesta para el rescate de concesiones públicas: lecciones de las radiales de Madrid». Blog *Nada Es Gratis*, 18.3.2014; accesible en <http://nadaesgratis.es/j-j-ganuz/una-propuesta-para-el-rescate-de-concesiones-publicas-lecciones-de-las-radiales-de-madrid>

GARCÉS SANAGUSTÍN, A. (2000): «Administración Prestacional y Derechos Ciudadanos». *Revista Vasca de Administración pública*, nº 57, mayo-agosto.

GARCÉS SANAGUSTÍN, M (2012): «El nuevo régimen de la modificación de los contratos públicos». En: PAREJO ALFONSO, L y A. PALOMAR OLMEDA (Dir.): *El nuevo marco de la contratación pública*. L'Hospitalet de Llobregat (Barcelona). Bosch.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1981): «La Constitución como norma jurídica». En PREDIERI, A y GARCÍA DE ENTERRÍA (Comps.): *La Constitución española de 1978*. Madrid. Cívitas.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T. R. FERNÁNDEZ (1988): *Curso de derecho administrativo I*. Madrid. 5a. ed. Cívitas.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T. R. FERNÁNDEZ (2002): *Curso de Derecho Administrativo I*. 11ª Edición. Madrid: Cívitas.

GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F. (2004): *Manual de contratación y responsabilidad de la Administración*. Granada. Comares.

GARCÍA MORAGO, H. (2003): «Consideraciones sobre el servicio público local: el servicio público económico. Especial referencia a los aparcamientos públicos. La iniciativa local en la actividad económica». *Revista de Estudios Locales (CUNAL)*, núm. 66 – junio.

GARCÍA-PELAYO, M. (1989): *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. 3ª reimpression de la 2ª edición. Madrid. Alianza Universidad.

GARCÍA RAMOS, J. M (1997): «La defensa del consumidor». En BALLESTEROS, A y F, CASTRO (Coord.): *Derecho Local Especial. Tomo I*.

GARCÍA ROCA, F.J., EMBID IRUJO, A., ESTEVE PARDO J., BAÑO LEÓN, J.M. Y A.J. MÉNDEZ (2014): «Los efectos de la crisis económica sobre las instituciones públicas». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 43. Marzo 2014.

GARCÍA RUBIO, F. (2015): «La Directiva de concesiones y su impacto sobre la contratación local en España». *La Administración al día*, INAP, 6.2.2015.

GARRORENA MORALES, A. (1992): *El Estado Español como Estado social y democrático de Derecho*. 2ª ed. Madrid: Tecnos.

GIANNINI, M. S (1977): «Stato sociale: una nozione inutile». En *Aspetti e tendenze del Diritto Costituzionale. Scritti in onore di Constantino Mortati*. Roma.

GIEURE LE CARESSANT, J.A. (2010): «Capítulos VIII a XI. Gestión indirecta (I): el contrato de gestión de servicio público, (II): concesión de servicios, (III): gestión interesada, (IV): concierto». En: CARBONERO GALLARDO, J.M (Dirección y Coordinación). Madrid. El Consultor de los Ayuntamientos. La Ley.

GIMENO FELIÚ, J. M. (Coord.) (2004): *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*. Barcelona. Atelier.

GIMENO FELIÚ, J.M. (2005): «Las Directivas de contratos públicos y la Jurisprudencia: ámbito de aplicación: el problema de los entes institucionales. Ámbito objetivo. Los procedimientos de adjudicación y los criterios de selección. Las Directivas de recursos legales». Ponencia efectuada en el Curso *La nueva contratación pública europea: ¿cómo nos afecta? Escola d'Administració Pública de Catalunya, Institut Européen d'Administration Publique, European Institute of Public Administration*. Barcelona, 20 y 21.2.2005.

GIMENO FELIÚ, J.M. (2010): *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*. Cizur Menor (Navarra). Thomson-Aranzadi.

GIMENO FELIÚ, J.M. (2010b): «Nuevos escenarios de política de contratación pública en tiempos de crisis económica». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 9.

GIMENO FELIÚ, J.M. (2012): «Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contrato de servicios y el CPP». En: *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 156, octubre-diciembre 2012.

GIMENO FELIÚ, J.M. (2014): «Contratación pública estratégica. Transparencia y procedimientos. Las modificaciones del contrato». Conferencia impartida en el Seminario «La Contratación Pública bajo las Nuevas Directivas: ¿Cumplimos con Europa?» European Institute of Public Administration / Escola d'Administració Pública de Catalunya. Barcelona, 7-8.7.2014.

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

GIMENO FELIÚ, J.M. (2015): «La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad». Ponencia presentada en el X Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo; Madrid, 6.2.2015.

GIMENO FELIÚ, J.M. (2015b): «El valor interpretativo de las nuevas directivas de Contratación Pública antes del vencimiento del plazo de transposición». Observatorio de Contratación Pública, 30.3.2015. Accesible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.191/relcategoria.208/relemlenu.3/chk.b124558896f43f2d2997a872b828b959>

GIMENO FELIÚ, J.M. (2015c): «La nueva directiva de Contratación Pública». Jornada celebrada el 3.6.2015 en Castellón, organizada por la Diputación de esta provincia. El vídeo está disponible en <http://www.contratacionpublicacp.com/>; consulta efectuada el 8.8.2015.

GIMENO FELIÚ, J.M. (2015d): «La Contratación Pública en los contratos sanitarios y sociales». Observatorio Contratación pública. Accesible en:

<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.194/relcategoria.208/reلمenu.3/chk.fda916418919b4edadc19f1025462bf6>

GIMENO FELIU, J.M. (2015e): «Novedades introducidas en el anteproyecto de Ley de contratos del Sector Público». Observatorio Contratación Pública. Accesible en:

<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.196/relcategoria.121/reلمenu.3/chk.82c4e2ee0e6a5bef2833a42e3e930570>

GIMENO FELIU, J.M. (2015f): «La nueva reforma de la contratación pública», ponencia expuesta en el marco de la Jornada «El acceso de las PYMES a la contratación pública», celebrada en Barcelona el 26.2.2015 y organizada por la Federació de Municipis de Catalunya.

GIMENO FELIU, J.M. (2015g): «La “codificación” de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE». *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 172, juliol – setembre 2015. Pàgs. 81 – 122.

GIMENO FELIU, J.M. (2015h): «Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos públicos. La directiva de concesiones.» Ponencia impartida en el VI Seminario sobre nuevos escenarios de la contratación pública, Formigal, 23.9.2015. Disponible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.noticias/mem.detalle/id.850/relcategoria.118/reلمenu.2/chk.78e5ccf38cdde9e835bcb274aa8c7081>

GIMENO FELIU, J.M. (2016): «Novedades del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público. La transposición de las Directivas de Contratación Pública en España». Ponencia presentada en el Congreso Internacional sobre Contratación Pública celebrado en Cuenca los días 21 y 22 de enero de 2016. Accesible en el Observatorio de la Contratación Pública:

<http://www.obcp.es/index.php/mod.noticias/mem.detalle/id.935/relcategoria.118/reلمenu.2/chk.f4d6c6e3310631de42e822f20e39d925>

GIMENO FELIU, J.M. (2016b): «Remunicipalización de servicios locales y Derecho comunitario». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* núm. 58-59, febrero-marzo 2016.

GIMENO FELIU, J.M. (2016c): «Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público». Ponencia impartida en la Jornada sobre el impacto de las nuevas directivas de contratos de la UE en la regulación de las modificaciones de contratos del Sector Público organizada con la colaboración del Observatorio de Contratación Pública (ObCP), celebrada el 2.5.2016, Facultad de Derecho. Universidade da Coruña; accesible en:

[http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_Jose-Maria-Gimeno-Jornada-impacto-nuevas_directivas-UE-regulacion-modificaciones-contratos-sector-publico_3f13ca99%232E%23pdf/chk.d22a835b2474f60b57b9ef16dc46d47e](http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_Jose-Maria-Gimeno-Jornada-impacto-nuevas-directivas-UE-regulacion-modificaciones-contratos-sector-publico_3f13ca99%232E%23pdf/chk.d22a835b2474f60b57b9ef16dc46d47e)

GIMENO FELIU, J.M. (2016d): «Un paso firme en la construcción de una contratación pública socialmente responsable mediante colaboración con entidades sin ánimo de lucro en prestaciones sociales y sanitarias». *Observatorio Contratación Pública*, 9.2.2016; accesible en:

<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.232/chk.1771f46f118ba8be5949aec744423521>

GIMENO FELIU, J.M. (2016e): «El efecto directo de las directivas de contratación pública de 2014 en ausencia de transposición en plazo en España». *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 143 (mayo-junio 2016).

GIMERÁNS RUBIO, M. y A.I. MELLADO FRAILE (2010): «Capítulo XII. Gestión indirecta (V): Sociedad de economía mixta». En: CARBONERO GALLARDO, J.M. (Dir. y Coord.) (2010): *Teoría y práctica para la gestión de los Servicios locales*. El Consultor de los Ayuntamientos. La Ley.

GIRONÉS CEBRIÁN, M^a. E. (2005): *Los aparcamientos municipales. Nuevo régimen jurídico*. Barcelona Bayer Hnos. S.A.

GÓMEZ GUZMAN, J.C. (2016): «Oficina Nacional de Evaluación. Función financiera». *Novaglop. La red social de la Administración Pública*. Publicado el 9.5.2016. Accesible en: <http://www.novagob.org/blog/view/190982/oficina-nacional-de-evaluacion-funcion-financiera>

GÓMEZ-ACEBO & POMBO (2014): «El restablecimiento del equilibrio económico financiero del contrato al amparo de la doctrina del riesgo imprevisible». Núm. 26, de

octubre de 2011. Recopilado en *Patologías de la Contratación Pública*, enero de 2014; accesible en <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/patologias-de-la-contratacion-publica.pdf>

GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (Dir.) (1996): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Madrid. Cívitas.

GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, N., BOTELLA CARRETERO, J. y A. ARAÚJO BARCELÓ (2015): «La RPA en las concesiones de obra pública: ¿mito o realidad? (especial referencia a las autopistas de peaje)». RECUERDA GIRELA, M.A. (Coord.): *Problemas prácticos y actualidad del derecho administrativo. Anuario 2015*. Thomson Reuters.

GONZÁLEZ DE OLANO, G. y J.A. NAVARRO MANICH (2014): “Comentarios a la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación contratos de concesión”. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 37, 2014. Disponible en: <http://www.crisisycontratacionpublica.org/archives/2279>

GONZÁLEZ GÓMEZ, J.I (2005): «Los Costes. Concepto y Clasificación». Accesible en: http://ocw.uniovi.es/pluginfile.php/3088/mod_resource/content/1/Clasificacion_de_costes.pdf; consulta efectuada el 25.8.2015.

GONZÁLEZ PÉREZ, J. (2003): *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1993, de 13 de julio)*. 4ª ed. Madrid. Civitas.

GONZÁLEZ PÉREZ, J. (2004): *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*. 3ª ed. Madrid. Thomson. Cívitas.

GONZALEZ PEREZ, J (2016): *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*. 8ª ed. Civitas.

GONZÁLEZ PÉREZ, J.; GONZÁLEZ NAVARRO, F. (2004): *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*. Vol. I y II. 3ª ed. Madrid. Cívitas.

GONZÁLEZ TORROBA, P. (2009). Derecho de la competencia y servicio público local. Cuadernos de Derecho local. QDL, 20, junio. Fundación Democracia y Gobierno Local. Accesible en:

http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/455/qdl20_10_est07_gonzalez.pdf?sequence=1

GRIS GONZÁLEZ, JUAN CARLOS (2012): «La modificación de los contratos del sector público». *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 28. Septiembre de 2012. ISSN: 2254-3805

GUAYO CASTIELLA, I. del (2014): «Nuevo régimen jurídico de los servicios públicos locales, tras la Ley núm. 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local». *REALA*, núm. 2, julio-diciembre 2014.

HERNÁEZ SALGUERO, E. (2015): «El efecto directo de las Directivas de contratación pública de 2014». Ponencia impartida en el VI Seminario de contratación pública. Formigal, 16, 17 y 18 de septiembre de 2015. Disponible en: http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_7%232E%233_Elena_Hernaez_4c899516%232E%23pdf/chk.5eae2f582fe7768ec47687eb3a3c67d

HERNÁEZ SALGUERO, E. (2016): «Pautas, requisitos y límites para apreciar el efecto directo». *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 143 (mayo-junio 2016).

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. (1991): «La autonomía local y sus límites en materia de servicios». En DE LA CUÉTARA, J. M (Dir.): *Introducción a los Servicios Locales. Tipos de prestación y modalidades de gestión*. Madrid. MAP

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L. (2016): «La controvertida supresión del contrato de gestión de servicios públicos». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 60, abril 2016.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L. (2016b): «La controvertida supresión del contrato de gestión de servicios públicos». *La administración al día*. Publicado el 25.5.2016. Accesible en:

http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1506183&nl=1&utm_source=newsletter&utm_medium=email&utm_campaign=25/5/2016

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L. (2016c) (Dir.): *El impacto de la crisis en la contratación pública*. Aranzadi.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L. (2016d): «Sobre la controvertida naturaleza “jurisdiccional” de los tribunales administrativos de recursos contractuales». En LÓPEZ RAMÓN, F. (Coord.): *Las vías administrativas de recurso a debate*. INAP.

HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, H.M. (2015): «Modificación de los contratos del sector público». *Estudios de Jurisprudencia. Actualidad Administrativa* núm. 5.

HERNANDO RYDINGS, M. (2012): *La colaboración público privada. Fórmulas contractuales*. Thomson Reuters.

HERNANDO RYDINGS, M. (2015): «El nuevo marco jurídico comunitario aplicable a los contratos de concesión». En REBOLLO PUIG, M.; LÓPEZ BENITEZ, M. y E. CARBONELL PORRAS (Coord.): *Régimen jurídico básico de las Administraciones Públicas*. Iustel.

HURTADO LÓPEZ, G. (2014): «El rediseño y redimensionamiento del sector público local», en SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (Coord.): *La Reforma de 2013 del Régimen Local Español*. Fundación Democracia y Gobierno Local.

HURTADO LÓPEZ, G. (2015): «El coste efectivo de los servicios prestados por las entidades locales». En: FARFÁN PÉREZ, J.M. (Dir.). *La hacienda local ante la Ley de racionalización y sostenibilidad de la administración local. Dimensión económica-financiera de la Ley*. CEMCI, Granada 2015.

ITURRIOZ DEL CAMPO, J. (2015): «Tasa Interna de Retorno o Rentabilidad (TIR)». En Diccionario Económico. Expansión. Accesible en: <http://www.expansion.com/diccionario-economico/tasa-interna-de-retorno-o-rentabilidad-tir.html>

JIMÉNEZ ASENSIO, R (2013): «La reforma local: primer análisis de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la administración local: contexto, elementos estructurales y algunas pautas interpretativas para la aplicación de un marco

normativo complejo». *Anuario aragonés del gobierno local*, núm. 5, 2013, págs. 281-328.

JIMÉNEZ COMPAIRED, I. (2011): «Tasas, precios y tarifas: sobre la disposición final quincuagésima octava de la ley de economía sostenible». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Nº. 22, 2011, págs. 72-79.

JIMÉNEZ COMPAIRED, I. (2014): «Tasas o tarifas por servicios públicos obligatorios o monopolizados prestados mediante empresa pública, mixta o privada. ¿Y ahora qué?». *Tributos Locales*, n. 115, 2014, p. 11-36.

JIMENEZ MARCONI, A (2015): «Propuestas para potenciar la calidad del modelo concesional español». Intervención en la Mesa de debate en la Jornada sobre «Responsabilidad Patrimonial de la Administración», celebrada el 26.11.2015 y organizada por ESADE Madrid; accesible en:

<https://www.youtube.com/watch?v=gYRXgj3gMVo&feature=youtu.be>

JIMÉNEZ PLAZA, C. (2003): «Las competencias locales en materia de gestión de residuos». En MUÑOZ MACHADO, S (Dir.): *Tratado de Derecho Municipal. II. 2ª ed.* Madrid. Thomson. Civitas.

KONINCKX FRASQUET, A. (2003): «Comentarios a los artículos 85 y 88». En DOMINGO ZABALLOS, M.J. (Coordinador): *Comentarios a la Ley Básica de Régimen Local*. Madrid. Thomson. Civitas.

KONINCKX FRASQUET, A. Y M.J. ALONSO MAS (2014): «Iniciativa económica en la actividad económica». En: DOMINGO ZABALLOS, M.J.: *Reforma del Régimen local. La Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local: veintitrés estudios*. Thomson Reuters.

LACRUZ LÁZARO, M.T. (2009): «El contrato de suministros y el contrato de servicios. Notas prácticas aproximativas a su regulación en la Ley de contratos del sector público para su aplicación a las entidades locales» En COLÁS TENAS, J. y M. MEDINA GUERRERO (Coords.): *Estudios sobre la Ley de contratos del sector público*. Fundación, Democracia y Gobierno Local e Institución Fernando el Católico.

LAGO NÚÑEZ, G. (2013): «Contrato de servicios públicos» En CASTRO ABELLA, F. (Coord.) *Contratación del sector público local*. Consultor Ayuntamientos/La Ley.

LAGO NÚÑEZ, G. (2014): «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de Concesión. COM (2011) 897». En *LA LEY. Contratación Administrativa Práctica*, núm. 129, ene-feb 2014 (p. 10-14).

LAMO DE ESPINOSA, E. (1995): «Déficit fiscal y déficit de legitimidad». Artículo publicado en *EL PAÍS*, 8.5.1995, p. 24.

LAVILLA RUBIRA, J. J. (1996): «El contrato de gestión de servicios públicos». En GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Madrid. Cívitas.

LAVILLA RUBIRA, J. J. (1988): «Sobre el “case-method” para la enseñanza del derecho: la experiencia de la “Harvard Law School”». *Revista de Administración Pública*, núm. 117, septiembre-diciembre 1988. Accesible en: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/16977.pdf>

LAVILLA RUBIRA, J.J. (2014): «La adaptación del Derecho español a las directivas europeas: balance y perspectivas». *Jornadas sobre las nuevas directivas de contratación pública y su transposición*, EGAP, 18.9.2014. Accesible en http://egap.xunta.es/egapaberta/ficha/aformativa/video/7774a2_10822

LAZO VITORIA, X. (2013): «El futuro del mercado concesional en Europa». *Revista CEFLEGAL.CEF*, núm. 154.

LAZO VITORIA, X. (2014): «Contratos de concesión de obras y de servicios: las líneas fundamentales de la propuesta comunitaria». En *LA LEY. Contratación Administrativa Práctica*, núm. 129, ene-feb 2014 (p. 44-55).

LAZO VITORIA, X. (2015): «La Oficina Nacional de Evaluación: un control reforzado para las licitaciones públicas de la Administración General del Estado y de las Entidades locales». *Observatorio de contratación pública*, 14.12.2015.

LLISET BORRELL, F.; LLISET CANELLES, A. (1995): *Obres, activitats i serveis dels ens locals*. Barcelona. Bayer.

LLISET BORRELL, F.; LÓPEZ PELLICER, J.A.; y la Redacción de El Consultor de los Ayuntamientos (2002): *Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales*. 2ª ed. Madrid. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados.

LÓPEZ-IBOR MAYOR, V y J.M. GIMENO FELIU (2004): «La contratación de los sectores del agua, energía, transporte y telecomunicaciones». En GIMENO FELIU, J.M. (Coord.): *Contratación de las administraciones públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*. Atelier.

LÓPEZ GARCÍA, C. (2004): «El equilibrio económico-financiero de la concesión de servicio público: origen, evolución, y situación actual». En: *El Consultor*, núm. 15-16, 15/30 agosto.

LÓPEZ MENUDO, F.; GUICHOT REINA, E. y J. A. CARRILLO DONAIRE (2005): *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*. Valladolid. Lex Nova.

LÓPEZ PELLICER, J. A. (1976): *La concesión administrativa en la esfera local*. Madrid. Instituto de Estudios de Administración Local.

LÓPEZ PELLICER, J. A. (1997): «Vías públicas, usos y actividades de transporte, con referencia al ámbito local». En BALLESTEROS, A y F, CASTRO (Coord.): *Derecho Local Especial. Tomo I*. Madrid. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados.

LÓPEZ PELLICER, J. A.; F. LLISET BORRELL y la Redacción de El Consultor de los Ayuntamientos (2002): *Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales*. 2ª ed. Madrid. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados.

LÓPEZ-RAMÓN, F. (1991): «Los servicios públicos propios de la provincia». En GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: *La provincia en el sistema constitucional*. Madrid. Diputació de Barcelona, Civitas.

LORENTE, M.A. y J.R. CAPELLA (2009): *El crack del año ocho: un problema global congénito*. Trotta.

LOZANO CUTANDA, B (2015): «Nuevo régimen de resolución de las concesiones de obras públicas y drástica reducción de la RPA del concesionario en el Proyecto de Ley

de Régimen Jurídico del Sector Público». En: Gómez-Acebo & Pombo: *Análisis GA&P*. Septiembre. Accesible en:

<http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/nuevo-regimen-de-resolucion-de-las-concesiones-de-obras-publicas-y-drastica-reduccion-de-la-rpa-del-concesionario-en-el-proyecto-de-ley-de-regimen-juridico-del-sector-publico.pdf>

LOZANO CUTANDA, B y I. FERNÁNDEZ PUYOL (2015): «Efectos de la ley de desindexación en la contratación pública: el fin de la revisión de precios como derecho del contratista». *El Consultor. Diario La Ley*, núm. 8554.

LUNA QUESADA, J. (2014): «El control de las concesiones administrativas: instalaciones deportivas». *Auditoria Pública* núm. 62. Accesible en:

<http://www.auditoriapublica.com/hemeroteca/Paq%2063-81%20N%C2%BA%2062.pdf>

MACHO PÉREZ, A.B. y E. MARCO PEÑAS (2014): «El impacto de las colaboraciones público-privadas en los déficits y deuda públicos: análisis de los criterios de Eurostat». En *Revista de Administración Pública* núm. 194, pág. 437-474.

MAGALDI MENDAÑA, N (2011): «Los orígenes de la municipalización de servicios. El industrialismo público inglés (*Municipal Trading*) y la Sociedad Fabiana». *REALA. Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* núms. 313-314, mayo-diciembre 2010, pp. 11-53. Accesible en:

<http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=REALA&page=article&op=view&path%5B%5D=9921&path%5B%5D=10195>

MAGALDI MENDAÑA, N (2011b): «La primera doctrina española sobre la municipalización de servicios públicos: en particular, la recepción de la doctrina extranjera por el profesor Gascón y Marín» *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núms. 39-40, Zaragoza, 2012, pp. 165-219. Accesible en:

[http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/Organismos/InstitutoAragonAdministracionPublica/Documentos/docs2/Instituto%20Aragon%C3%A9s%20Adm%20P%C3%BAblica/Revista%20Aragonesa%20Adm%20P%C3%BAblica/Revista%20completa%2032%20jun%202008+/Numero_39-40/RArAP%2039-40%20\(04%20Nuria%20Magaldi\).pdf](http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/Organismos/InstitutoAragonAdministracionPublica/Documentos/docs2/Instituto%20Aragon%C3%A9s%20Adm%20P%C3%BAblica/Revista%20Aragonesa%20Adm%20P%C3%BAblica/Revista%20completa%2032%20jun%202008+/Numero_39-40/RArAP%2039-40%20(04%20Nuria%20Magaldi).pdf)

MAGALDI MENDAÑA, N (2011c): *El origen italiano de la municipalización de servicios públicos en España*. Accesible en:

<http://deje.ua.es/es/derecho-administrativo/documentos/comunicaciones/el-origen-italiano-de-la-municipalizacion-de-servicios-publicos-en-espana.pdf>

MAGALDI MENDAÑA, N. (2012): *Los orígenes de la municipalización de servicios en España. El tránsito del Estado liberal al Estado social a la luz de la municipalización de servicios públicos*. Instituto Nacional de Administración Pública (INAP).

MAGARIÑO, J.F. «El gobierno rebaja la factura de rescatar concesiones». Cinco Días, 24 de agosto de 2015.

http://cincodias.com/cincodias/2014/01/24/empresas/1390568840_515285.html

MAGRE FERRAN, F. (1999): *L'alcalde a Catalunya*. Barcelona: Institut de Ciències Polítiques i Socials.

MAHILLO GARCÍA, P. y J.L. MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS (2014): «La prestació coordinada dels serveis locals mínims per les diputacions». Conferencia impartida en el Seminario «Los efectos de la Ley de racionalización y sostenibilidad en los gobiernos locales de Catalunya». Associació Catalana de Municipis i Comarques. Barcelona, 7.3.2014.

MALARET GARCÍA, E. (1993): *Público y privado en la organización de los Juegos Olímpicos de Barcelona 1992*. Madrid. Cívitas.

MALARET GARCÍA, E. (1998): «Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de los cometidos, transformación del contexto». *Revista de Administración Pública*, 145.

MALARET GARCÍA, E. (2002): «Administración pública y servicios públicos: la creación de una red de servicios sociales a ancianos en la transformación del estado de bienestar». En: *Los servicios sociales de atención a la tercera edad: el caso de Cataluña*. Tirant lo Blanch. Valencia.

MALARET GARCÍA, E. (2003): «Servicio público, actividad económica y competencia: ¿presenta especificidades la esfera local?». *Revista de Estudios de la Administración Local*, n. 291, p 567-608.

MALARET, E. y M. TIMÓN (2004): «Comentario al artículo 25. Otras obligaciones de servicio público». En GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T. DE LA CUADRA SALCEDO (Coord.): *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones. Ley 32/2003, de 3 de noviembre*. Madrid. Thomson Civitas.

MANGAS MARTÍN, A. (1995): «Derecho comunitario. Derecho comunitario y Derecho español» (p. 2195-2204). *Enciclopedia Jurídica Básica*. Civitas.

MARTÍN DE HIJAS, J. L y L. RIVAS (1997): «Cementerios y Servicios Funerarios». En BALLESTEROS, A. y F. CASTRO (Coord.): *Derecho Local Especial. Tomo I*. Madrid. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados.

MARTÍN DE PABLOS, M.A. (2015): «¿Remunicipalizar los servicios públicos que prestan los ayuntamientos?». En: *¿Hay Derecho?*, 24 de julio de 2015. Accesible en: <http://hayderecho.com/2015/06/24/remunicipalizar-los-servicios-publicos-que-prestan-los-ayuntamientos-depende/>

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (1962): «La configuración jurídica de la Administración pública y el concepto de *Daseinvorsorge*». *Revista de Administración Pública*, núm. 38.

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J. L. (1996): «El Real Decreto-Ley 7/1996 y las medidas para la liberalización y fomento de la economía en el ámbito de los servicios públicos locales». *El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 18.

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J. L. (1998): «L'organització territorial i els governs locals de Catalunya». En: CAMINAL, M. y MATAS, J. (ed.). *El sistema polític de Catalunya*. Barcelona. Tecnos / Ed. Universitat de Barcelona / Servei de Publicacions Universitat Autònoma de Barcelona.

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J. L. (1999): «El subsistema local; una proposta d'anàlisi amb vista al futur». *Revista de serveis personals*, núm. 11. CIFA / Patronat Flor de Maig de la Diputació de Barcelona.

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J. L. y T. YSA FIGUERAS (2003): *Las personificaciones instrumentales locales en Cataluña: organismos autónomos,*

consorcios, mancomunidades y sociedades públicas. Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública. Escola d'Administració Pública de Catalunya.

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J. L. (2004): «Las personificaciones instrumentales y la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local». En FONT LLOVET, T.: *Anuario del Gobierno Local 2003*. Barcelona. Madrid. Fundación Democracia y Gobierno Local.

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L (2007): *Los servicios públicos locales: concepto, configuración y análisis aplicado*. Barcelona. Bayer Hnos., S. A.

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L (2008): *La nova llei de contractes del sector públic*. Territori i ciutat. Boletín digital de la Oficina Técnica de Cooperació de la Diputación de Barcelona. Marzo de 2008, núm 36. Accesible en:

www.diba.cat/territoriiciutat/butlleti.asp?Ens=OTC&butlleti=36

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L (2009): «Els serveis públics locals (I): introducció i prestació directa. Els serveis públics locals (II): prestació indirecta». En *Règim jurídic dels governs locals de Catalunya*, Gifreu, J. y J.R. Fuentes (dir.). Valencia. Tirant Lo Blanch.

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L (2013): «Los sistemas locales de bienestar ante el Proyecto de ley de racionalidad y sostenibilidad de la administración local». *Diario del Derecho Municipal*, 31.10.2013, Iustel.

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L. (2013b). «Les personificacions instrumentals locals: estat de la qüestió». *Revista catalana de dret públic*, núm. 47, desembre, EAPC.

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L (2014): «El sector público local: redimensionamiento y gestión de actividades y servicios públicos». En CARRILLO DONAIRE, J.A. Y P. NAVARRO RODRÍGUEZ (Dir.): *La Reforma del régimen jurídico de la Administración Local. El nuevo marco regulatorio a la luz de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*. La Ley/El Consultor de los Ayuntamientos.

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L. (2015): «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, 2015 y revista *La Administración al Día* del INAP, 5.11.2015. Accesible en:

<http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1505401>

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L. (2016a): «La Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local y su incidencia en los Sistemas Locales de Bienestar». *Ciudad y Territorio, Estudios Territoriales*, núm. 188, Ministerio de Fomento.

MARTÍNEZ-ALONSO-CAMPS, J.L. (2016b): «La concessió de serveis locals després de l'aplicació de les directives de contractació i les seves conseqüències respecte de la gestió contractual dels serveis públics locals». Ponencia impartida en la Jornada “L'aplicació directa de les directives de contractació públic”, celebrada el 14.4.2016 y organizada por la Federació de Municipis de Catalunya; referencia en:

http://formacio.fmc.cat/09/fitxers/seminaris/16.0002/programa/FEDE_SDL_ESPECIAL_14_ABRIL.pdf

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M. (2012): «Ejecución de los Planes de Ajuste y gestión del patrimonio municipal». *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 11.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M. (2013): «Cesión de los contratos». En CASTRO ABELLA, F: *Contratación del Sector Público Local*. 3ª ed. El Consultor de los Ayuntamientos. La Ley.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M. (2014): «Disposiciones sobre contratación pública dictadas en el año 2013». En: *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, nº 3, 15-27.2.2014; ref. 265/2014.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M. (2014b): «Las nuevas Directivas sobre contratación pública. Apuntes sobre su aplicación directa y para su transposición.» *El Consultor de los Ayuntamientos, La Ley*. 30.4-14.5.2014, ref. 881/2014.

MARTÍNEZ LAGUNA, L (2015): «Amortización contable». En *Diccionario de Expansión*. Accesible en:

<http://www.expansion.com/diccionario-economico/amortizacion-contable.html>; consulta efectuada el 15.10.2015.

MARTÍNEZ MARÍN, A. (1990): *El buen funcionamiento de los servicios públicos*. Madrid. Tecnos.

MARTÍNEZ MENÉNDEZ, A (2015): «La reforma del régimen de RPA en la Ley de Contratos del Sector Público». Ponencia impartida en la Jornada sobre «Responsabilidad Patrimonial de la Administración», celebrada el 26.11.2015 y organizada por ESADE Madrid; accesible en:

<https://www.youtube.com/watch?v=gYRXgj3gMVo&feature=youtu.be>

MARTÍNEZ PALLARÉS, P.L. (2013): «Servicios públicos y contratos de servicios». En *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2012*, 04. ISSN 2172-6531.

MARTÍNEZ PALLARÉS, P.L. (2015): «Servicios públicos y contratos de servicios». *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2014*, núm. 6, 2015, pp. 123-149.

MAURI, J. (1996): «Vigència i aplicació del Reglament del personal al servei de les entitats locals». En: Revista *Autonomies*, núm. 21. Barcelona.

MAYOR MENÉNDEZ, P. (2015): «Algunas reflexiones sobre el principio del equilibrio económico-financiero en las concesiones de autopistas». RECUERDA GIRELA, M.A. (Coord.): *Problemas prácticos y actualidad del derecho administrativo. Anuario 2015*. Thomson Reuters.

MEDINA ARNÁIZ, T (2011): «La nueva definición del contrato de gestión de servicios públicos y sus consecuencias prácticas». *Observatorio Contratación Pública*. 27/9/2011. Accesible en:

<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.24/relcategoria.208/relmenu.3/chk.4bacb2b65b08ca9b77ae6c284ba6e58e>

MELLADO RUIZ, L. (2015): «El intento de clarificación de las competencias municipales de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre». En: GARCÍA RUBIO, F. *Análisis de las repercusiones de la reforma local sobre la organización, competencias y servicios de las entidades locales*. INAP.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (Dir.) (2003): *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas*. Madrid. Thomson. Civitas.

MENÉNDEZ REIXACH, Ángel (2004): «La concesión de obra pública: análisis de la nueva legislación». Seminari de Dret Local 2003/2004. Federació de Municipis de Catalunya. Ejemplar fotocopiado.

MENÉNDEZ SARRIES, N (2014): «El rescate de autopistas: un cúmulo de errores que costará 2.400 millones de dinero público». 20minutos economía, 28.3.2014; accesible en:

<http://www.20minutos.es/noticia/2096562/0/claves-rescate-gobierno/autopistas/peaje/>

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.M. (2009): *Los contratos de servicios del sector público. Prestaciones intelectuales, asistencias y consultorías*. Thomson Civitas.

MERLOS ROMERO, S. (2015): «Los efectos de la desindexación en la contratación pública (I y II)». *CUNAL*, núm. 184 y 185.

MESA VILA, M. (2012): «La aplicación de medidas de estabilidad presupuestaria como causa de modificación de los contratos del sector público andaluz», *Observatorio de Contratos Públicos*. Accesible en:

<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.68/relcategoria.121/relmenu.3/chk.50f80350b334379ed56734498a49abe2>

MESTRE DELGADO, J. F. (1992): *La extinción de la concesión de servicio público*. Madrid. La Ley.

MESTRE DELGADO, J. F (1997): «Alumbrado público». En BALLESTEROS, A y F. CASTRO (Coord.): *Derecho Local Especial. Tomo I*. Madrid. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados.

MESTRE DELGADO, J. F (2003): «Las formas de prestación de los servicios públicos locales». «La contratación local». «El servicio público de distribución de aguas». En MUÑOZ MACHADO, S (Dir.): *Tratado de Derecho Municipal II*. 2ª ed. Madrid. Thomson. Civitas.

MESTRE DELGADO, J.F. (2011): «Las formas de prestación de los servicios públicos locales». «La contratación local». «El servicio público de distribución de aguas». En MUÑOZ MACHADO, S (Dir.): *Tratado de Derecho Municipal II*. 3ª ed. Madrid Iustel.

MÍGUEZ, L. (1999): *Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios*. Barcelona. Cedecs.

MIGUEZ, L.; M. ALMEIDA y D. SANTIAGO (2012): «Crisis del estado del bienestar y servicios públicos locales: ¿de los servicios sociales a la asistencia social primaria?». Actas del XIX Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo; 18-20.10.2012.

MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD (2014): «Catálogo de Referencia de Servicios Sociales». Centro de Publicaciones.

MIR BAGÓ, J. (2000): *Manual de Govern Local*. Barcelona. Federació de Municipis de Catalunya.

MIR PUIGPELAT, O. (2003): «La jurisdicción competente en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración: una polémica que no cesa (Comentario a los Autos de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2001 y 21 de octubre de 2002 y propuesta de reforma legislativa).» En MONTORO CHINER, M.J. (Coord.): *La Justicia Administrativa. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*. Barcelona. Atelier.

MOLLINEDO CHOCANO, J. J. y J. L. MARTÍN DE HIJAS GARCÍA (2000): «Comentarios al contrato de gestión de servicios públicos». En *Contratos de las Administraciones Públicas. Comentarios al Texto refundido de la Ley*. 3ª ed. Madrid. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados.

MONTOYA MARTÍN, E. (2005): «La Reforma de las Formas de Gestión de los Servicios Públicos Locales. La contratación de las Sociedades Públicas Locales». *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 57.

MONTOYA MARTÍN, E. (2006): *Las Entidades Públicas Empresariales en el Ámbito Local*. Madrid. Iustel.

MONTOYA MARTÍN, E. (2010): «Algunas notas sobre la Ley de autonomía local de Andalucía: los servicios públicos y la iniciativa económica local». Cuadernos de Derecho Local, 24.10.2010, Fundación Democracia y Gobierno Local.

MONTOYA MARTÍN, E. (2010b): «Los servicios locales de interés general y la iniciativa económica local en la Ley 5/2010, de 11 de Junio, de Autonomía Local de Andalucía». Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas, ISSN-e 1699-7026, Nº. 6, 2010 (Ejemplar dedicado a: *La Administración Local renovada de Andalucía*), págs. 135-151.

MONTOYA MARTÍN, E. (2011): «La gestión de los servicios públicos locales a través de sociedades de economía mixta». En: MUÑOZ MACHADO, S (Dir.): *Tratado de Derecho Municipal II*. 3ª ed. Madrid. Iustel.

MONTOYA MARTÍN, E. (2012): «Título II. Los servicios y la iniciativa económicas locales». En *Derecho local de Andalucía: la Ley 5/2010, de 11 de Junio de Autonomía Local de Andalucía*, 2012, ISBN 978-84-9890-195-5, págs. 157-202.

MONTOYA MARTÍN, E. (2014): «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, Iustel, mayo 2014.

MONTOYA MARTÍN, E. (2015): «Ordenación del sector público instrumental local después de la LRSAL». En: GARCÍA RUBIO, F. *Análisis de las repercusiones de la reforma local sobre la organización, competencias y servicios de las entidades locales*. INAP.

MORENO FERNÁNDEZ, L. (2012): *Tienio de mudanzas. España, Europa y el mundo, 2013-2015*. Catarata.

MORENO GIL, O. (2002): *Contratos administrativos. Legislación y jurisprudencia*. 3ª ed. Madrid. Cívitas.

MORENO MOLINA, J. A. y F. PLEITE GUADAMILLAS (2002): *El nuevo Reglamento de Contratación de las Administraciones Públicas*. Madrid. La Ley.

MORENO MOLINA, J.A. (2011): *La reforma de la Ley de contratos del sector público en materia de recursos*. Wolters Kluwer, La Ley, Madrid.

MORENO MOLINA, J.A. (2014): «La nueva Directiva sobre contratación pública y su incorporación al Derecho español». *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 129.

MORENO MOLINA, J.A. (2015): «El Anteproyecto de nueva Ley de Contratos del Sector Público y su imprescindible aprobación». *Observatorio Contratación Pública*. Accesible en:

<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.197/relcategoria.121/reلمenu.3/chk.f633a638b5538548e935e92988045f2a>

MORENO MOLINA, J.A. (2016): «El efecto directo de las nuevas Directivas de la Unión Europea sobre contratación pública». *Contratación Administración Práctica*, núm. 143 (mayo-junio 2016).

MORENO MOLINA, J.A. y J. PINTOS SANTIAGO (2015): «El sistema español de contratación pública». En PINTOS SANTIAGO, J. (Coord.): *Derecho comparado de la Contratación Pública*. Cuadernos Críticos del Derecho. 1-2015 ISSN: E 1887-0929. Accesible en: http://www.liberlex.com/archivos/SCP_ES.pdf

MORENO MOLINA, J.A. y A. VILLANUEVA CUEVAS (2014): «El régimen de los servicios mínimos locales tras la reforma efectuada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local». En: DOMINGO ZABALLOS, M.J.: *Reforma del Régimen local. La Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local: veintitrés estudios*. Thomson Reuters.

MORILLO-VELARDE PEREZ, J.I. (2014). «Las competencias de las entidades locales». En: QUINTANA LÓPEZ, T: *La reforma del Régimen Local*. Tirant lo blanch.

MOTA SÁNCHEZ, E y M.L. MEDRANO GARCÍA (2015): «Costes efectivos de los servicios públicos». En: GARCÍA RUBIO, F. *Análisis de las repercusiones de la reforma local sobre la organización, competencias y servicios de las entidades locales*. INAP.

NAVARRO MUNUERA, A. (2003): «El papel de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en la galanía de la eficacia en el funcionamiento de los servicios

públicos a través de la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración». En MONTORO CHINER, M. J. (Coord.): *La Justicia Administrativa. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*. Barcelona. Atelier.

NAVARRO, C.J. y M.J. RODRÍGUEZ (2009): *Gobernanza Multi-nivel y sistemas locales de bienestar en España. El caso de las Diputaciones Provinciales*. Valencia. Tirant lo Blanch.

NAVARRO YÁNEZ, C. (2014): «Regímenes locales de Bienestar: rasgos principales y algunos efectos». *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 34, febrero.

NORES TORRES, L.E. (2014): «El empleo público en tiempos de crisis: la descentralización productiva en las AA.PP». *La Administración al día*. INAP. 12.2.2014. Accesible en: <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1502684>

ORTEGA BERNARDO, J. (2006): «Competencias, servicios públicos y actividad económica de los municipios». *Revista de Administración Pública*, nº 169, p. 55-98.

ORTEGA BERNARDO, J. (2007): «Servicios públicos y actividad económica de los municipios». *Anuario de Derecho Municipal 2007*. Accesible en: https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/664225/ADDM1_11.pdf?sequence=4

ORTEGA BERNARDO, J. (2014): La aplicación de las normas de la competencia a los gobiernos y administraciones locales y sus excepciones al amparo de la legislación de régimen local. Accesible en: http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE_876_57-74_4FF04CC7F178698B4A561201E342C7AC.pdf

ORTEGA JIMENEZ, P. (2013): «Extinción de los contratos». En CASTRO ABELLA, F: *Contratación del Sector Público Local*. 3ª ed. El Consultor de los Ayuntamientos. La Ley.

ORTEGA JIMENEZ, P (2014): «Prestación de los servicios sociales por las corporaciones locales: su externalización». *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 162, 15.11.2014, p 2311-2327.

ORTEGA MONTORO, R.J. (2013): «Lo mejor de la Doctrina Consultiva en materia de contratación administrativa 2012 (con especial incidencia en el ámbito de la contratación administrativa local)». 1.2.2013. Accesible en:

http://www.elderecho.com/tribuna/administrativo/Doctrina-Consultiva-contratacion-administrativa-incidencia_11_514930006.html

ORTIZ GARCÍA, M (2015): «La iniciativa económica local o la gestión de la común para el bien común». En: GARCÍA RUBIO, F. *Análisis de las repercusiones de la reforma local sobre la organización, competencias y servicios de las entidades locales*. INAP.

PADRÓS CASTILLÓN, X (2016): «La transposició de les Directives de contractes. Precedents, exemples i alternatives». Seminario del Gabinete Jurídico Central, Generalitat de Catalunya (abril de 2016). Texto facilitado por el propio autor.

PAGÉS I GALTÉS, J (1999): *La memoria económico-financiera de las tasas y precios públicos por servicios y actividades*. Madrid. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.

PAREJO ALFONSO, L. (2003): «La autonomía local en la Constitución». En MUÑOZ MACHADO, S (Dir.): *Tratado de Derecho Municipal*. I. 2ª ed. Madrid. Cívitas.

PAREJO ALFONSO, L (2004): «Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros». *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 7. 2º semestre 2004. Accesible en:

<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:19684&dsID=SpcosEintgen.pdf>

PARRA MUÑOZ, J.F. (2015): «Gestión de Servicios Locales». En CARBONERO GALLARDO, J.M. (Dir. y Coord.) *Administración Local Práctica. Casos Prácticos de Derecho Administrativo y haciendas locales*. El Consultor de los Ayuntamientos/La Ley.

PASTOR LÓPEZ, M (2015): «La responsabilidad de los contratistas de la Administración por los daños causados a terceros». En: ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO. DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO: *Manual de Responsabilidad Pública*. 2º ed. Thomson Reuters Aranzadi.

PEMÁN GAVIN, J. (2001): «La configuración de las prestaciones sanitarias públicas cuestiones abiertas y retos pendientes». *DS: Derecho y salud*, ISSN 1133-7400, Vol. 9, Nº. 1, 2001, págs. 91-132. <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3177933.pdf>

PEMÁN GAVIN, J. (2005): «La asistencia social en España delimitación conceptual y marco jurídico general». *Documentación administrativa*, ISSN 0012-4494, Nº 271-272, 2005 (Ejemplar dedicado a: El Derecho público de la acción social), págs. 39-80. Accesible en:

<http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path%5B%5D=5665&path%5B%5D=5717>

PERDIGÓ SOLÀ, J. (1997): «Les tarifes dels serveis locals». En: FONT LLOVET, T. (coord.): *Dret local: Ordenances, activitats i serveis públics*. Barcelona. Marcial Pons / Ed. Universidad de Barcelona / Servicio de Publicaciones Universidad Autónoma de Barcelona.

PERDIGÓ SOLÀ, J. (2003): *El Servei públic d'abastament d'aigua*. Barcelona. Federació de Municipis de Catalunya. En: FONT, T. (Coord.): *Dret local: Ordenances, activitats i serveis públics*. Barcelona. Marcial Pons / Ed. Universidad de Barcelona / Servicio de Publicaciones Universidad Autónoma de Barcelona.

PERDIGÓ SOLÀ, J. (2016): «La transmisión de acciones o participaciones en sociedades concesionarias: continuidad o extinción del contrato». *Observatorio Contratación Pública*, 23.5.2016; accesible en:

http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_Transmision-de-acciones-o-participaciones-de-una-sociedad-concesionaria_d03b1982%232E%23pdf/chk.83077c43a183069d694dcd4ce3f194dd

PÉREZ AMORÓS, J. (2013): «Contrato de gestión de los servicios públicos». En CASTRO ABELLA, F. (Coord.) *Contratación del sector público local*. El Consultor de los Ayuntamientos/La Ley. 3ª ed.

PÉREZ DELGADO, M. y R.P. RODRÍGUEZ PÉREZ (2016): «Las 10 claves de la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre el efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias en materia de contratación pública

(Resolución de 16 de marzo de 2016. BOE de 17 de marzo). *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 143 (mayo-junio 2016).

PÉREZ PEÑA, A.; PÉREZ UREÑA, F.J.; J.A. MÁRQUEZ PICÓN (2013): «Los contratos de concesión en España. Las autopistas de peaje desde 1997. Aciertos, errores y lecciones aprendidas para el futuro». Director: Gerardo Gavilanes Ginerés. Trabajo presentado en el Master en Gestión de Infraestructuras, Equipamientos y Servicios. Universidad Politécnica de Madrid. Accesible en: <http://www.csg-master.com/proyectos2013/3LOS%20CONTRATOS%20DE%20CONCESION%20EN%20ESPA%C3%91A.%20LAS%20AUTOPISTAS%20DE%20PEAJE%20DESDE%201997.%20ACIERTOS.%20ERRORES%20Y%20LEC.pdf>

PINTOS SANTIAGO, J. (2016). «El Documento Europeo Único de Contratación (DEUC)». *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 143 (mayo-junio 2016).

PLAZA, A. L y A, VÁZQUEZ DEL REY (2003): «Tributos locales». En MUÑOZ MACHADO, S (Dir.): *Tratado de Derecho Municipal II*. 2ª ed. Madrid. Thomson. Cívitas.

PONCE SOLÉ, J. (2013): *El derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos*. INAP.

PONS DUAT, M. (2014): «Los contratos típicos de recogida de residuos sólidos y de limpieza viaria a la luz de la jurisprudencia comunitaria y del Derecho interno». *Revista de Estudios Locales*, núm. 171.

PUERTA SEGUIDO, F. (2016): «Las novedades introducidas por la Directiva 2014/24/UE en la ejecución de los contratos públicos». *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 143 (mayo-junio 2016).

QUINTANA, T. (1987): *El derecho de los vecinos a la prestación y establecimiento de los servicios públicos municipales*. Madrid. Cívitas

QUINTANA, T. (1990): «Justicia administrativa, medio ambiente y servicios municipales». *REDA*, núm. 65, p.113 y ss.

QUINTANILLA NAVARRO, R.Y. (2008): «El Derecho de huelga en la doctrina del Tribunal Constitucional: propuestas para una Ley Orgánica». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* n 73.

RAZQUÍN LIZÁRRAGA, J.A. (2012): «La distinción entre contrato de servicios y concesión de servicios en la reciente jurisprudencia comunitaria y su incidencia en el ámbito interno». *Revista Aranzadi Doctrinal*, junio 2012, núm. 3 (p. 171-190).

RAZQUIN LIZARRAGA, M.M. (2011): «La Ley de contratos del sector público: balance crítico, aplicación y novedades, en especial, para los entes locales» *Revista de Administración Pública*, núm.186.

RAZQUÍN LIZÁRRAGA, M.M. (2012): «Contratos públicos y recursos» en <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.39/relcategoria.208/relmenu.3/chk.9c6f9fa4fdc7a8a8e3cd785b27d35a88>. Visitado el 19/01/2015.

RAZQUÍN LIZÁRRAGA, M.M. (2014): «Contratos de gestión de servicios públicos y recursos especiales en materia de contratación (presente y propuestas de reforma)». *Revista española de derecho administrativo*, nº 161, pp. 37-74.

REBOLLO FUENTE, A (2015): «Impacto de la nueva regulación sobre la bankability y repercusiones sobre el mercado». Ponencia impartida en la Jornada sobre «Responsabilidad Patrimonial de la Administración», celebrada el 26.11.2015 y organizada por ESADE Madrid; accesible en: <https://www.youtube.com/watch?v=gYRXgj3gMVo&feature=youtu.be>

REBOLLO PUIG, M. y M. IZQUIERDO CARRASCO (1999): «Aspectos administrativos de la protección de los consumidores». En BOTANA, G y M. RUIZ (Coord.): *Curso sobre Protección jurídica de los consumidores*. Madrid. MacGraw-Hill.

REBOLLO PUIG, M. (2014): «Sobre el adelgazamiento de la administración, sus dietas y sus límites». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 48. Noviembre 2014.

REBOLLO RICO, A. (2003): «Derechos y obligaciones del concesionario». En MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (Dir.): *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas*. Thomson Civitas.

REBOLLO RICO, A. (2010): «Derechos y obligaciones del concesionario». En MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (Dir.): *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas*. Thomson Civitas.

RIDAO I MARTÍN, J. (2012): «La col·laboració publicoprivada en la provisió d'infraestructures de servei públic. Revisió crítica i alternatives al marc regulador actual». Núm. 45. *Revista Catalana de Dret Públic*. Diciembre. Accesible en: <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/article/view/109/111>

RIDAO I MARTÍN, J. (2012b): «La colaboracion público-privada en la dotación de infraestructuras públicas. La situación actual en España y las alternativas al actual marco regulador». *R.V.A.P.* núm. 94. Septiembre-Diciembre. Págs. 177-207, ISSN: 0211-9560. Accesible en: <https://www.euskadi.net/r61-s20001x/es/t59aWar/t59aMostrarFicheroServlet?t59aldRevista=2&R01HNoPortal=true&t59aTipoEjemplar=R&t59aSeccion=38&t59aContenido=5&t59aCorrelativo=1&t59aVersion=1&t59aNumEjemplar=94>

RIDAO MARTÍN, J. y A. GARCIA MARTINEZ (2013): «La financiación de la colaboración público-privada en la provisión de infraestructuras de interés público en España. Marco actual y propuestas de revisión (parte I)». *Diario del Derecho Municipal*, 27.3.

RIDAO MARTÍN, J. y A. GARCIA MARTINEZ (2013b): «La precaria viabilidad de determinadas concesiones de autopistas de peaje en España. Lecciones estructurales para el modelo de colaboración público-privada y una propuesta de solución coyuntural.» *Revista Andaluza de Administración Pública*. Núm. 87. Septiembre-Diciembre (p 95-137). Accesible en: <http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/institutodeadministracionpublica/servlet/download?up=97919>

RIVERA OTERO, Xosé Manuel, María PEREIRA LÓPEZ y Erika JARÁIZ GULÍAS: «El índice de cobertura de servicios como instrumento de gestión. Su utilización en el proceso de construcción de cuadros de mando integrales». *Cuadernos de Gobierno y Administración Pública*, ISSN 2341-3808, Vol. 2, Nº. 1, 2015. Accesible en: <http://revistas.ucm.es/index.php/CGAP/article/view/49427>

RIVERO ORTEGA, R. (2013): «La reforma del régimen local en España: necesidad, alcance, orientación y contenidos básicos». *Revista de Estudios locales CUNAL*, núm. 162, pág. 10.

RIVERO YSERN, J. L. (1993): *Manual de Derecho local*. Madrid. Cívitas.

RIVERO YSERN, J.L. (2014). *Manual de Derecho Local*. 7ª ed. Civitas- Thomson Reuters.

RIVERO ORTEGA, R. y V. MERINO ESTRADA (2013): «La reforma del régimen local en España: necesidad, alcance, orientación y contenidos básicos», *Revista de Estudios locales CUNAL*, nº 162.

ROBINSON, J. A. y R. TORVIK (2004): «White Elephants». *Journal of Public Economics*, 13.4.2004; accesible en:

<http://www.svt.ntnu.no/iso/ragnar.torvik/whiteelephantsnb.pdf>

ROBLES MIGUEL, C. (2000): «La distribución de competencias normativas sobre contratación pública.» En *Contratos de las Administraciones Públicas. Comentarios al Texto Refundido de la Ley (aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio)*. Madrid. 3ª ed. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados.

RODRÍGUEZ BEAS, M. y J.R. FUENTES i GASÓ (2015): «La organización territorial del estatuto de 2006 y el impacto de la Ley 27/2013 de racionalización y sostenibilidad de la administración local en la interiorización del régimen local en Cataluña ». En: GARCÍA RUBIO, F. *Análisis de las repercusiones de la reforma local sobre la organización, competencias y servicios de las entidades locales*. INAP.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S (2006): *Subcontratación de concesiones administrativas: problemas laborales*. Madrid. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.

RODRIGUEZ RODRIGUEZ, L (2011): «El equilibrio económico de los contratos». *Revista Derecho PUCP* (Facultad de Derecho Universidad Pontificia de Perú) núm. 66, p 55-87. Accesible en:

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/download/3126/3463el>

ROMAR VILLAR, J.C. «Contrato de obras. Web de contratación pública en España». <http://contratodeobras.com/contacto/>

ROMAR VILLAR, J.C. (2016): «Efectos respecto a los contratos de valor estimado inferior a los umbrales comunitarios». *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 143 (mayo-junio 2016).

ROMERO HERNÁNDEZ, F. (1999): «La actividad turística de los municipios». En BALLESTEROS, A y F. CASTRO (Coord.): *Derecho Local Especial. Tomo II*. Madrid. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados.

ROMERO VACAS, A (2013): «Autopistas hacia la quiebra». 22.9.2013, El País, 22.9.2013; accesible en: http://economia.elpais.com/economia/2013/09/21/actualidad/1379790507_165001.html

RUANO ALBERTOS. S. (2002): «Control jurisdiccional de la decisión gubernativa sobre servicios mínimos». *Aranzadi social*, núm. 4, 2002, págs. 3304-3312.

RUBIO DE URQUÍA, J. L. (1998): *El nuevo régimen de las tasas y precios públicos locales*. Valencia. CISS, SA.

RUIZ COLOMÉ, M.A. (1995): «Directiva» (p. 2512-2514). *Enciclopedia Jurídica Básica*. Civitas.

RUÍZ OJEDA, A.; GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, J.; PALMA FERNÁNDEZ, J.L.; BENÍTEZ MORCILLO, G.; HERNÁNDEZ DEL CASTILLO, A. y H. MARÍN HORTELANO (2004): *Derecho de la contratación pública y regulada*. Madrid. Thomson. Civitas.

RUS MENDOZA, G. de (2010): «Elefantes blancos». El País, 18.5.2010.

RUS MENDOZA, G. de (2015): «La política de infraestructuras en España. Una reforma pendiente». Fedea Policy Papers - 2015/08; accesible en: <http://documentos.fedea.net/pubs/fpp/2015/10/FPP2015-08.pdf>

SABIOTE ORTIZ, A.M. (2014): «La nueva directiva clásica de contratación pública». En Foro de Actualidad/Uría, pág. 141-147; Accesible en:

<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4272/documento/e11.pdf?id=5464>

SAINZ MORENO, F. (1978): «La *exceptio non adimpleti contractus* en la contratación administrativa». *Revista española de derecho administrativo (REDA)*, nº 16, enero-marzo, págs. 13-20.

SÁIZ RAMOS, Macarena (2012): «Reflexiones prácticas sobre la diferencia entre los contratos de servicios y de gestión de servicios públicos». *Revista Contratación Administrativa Práctica*. La Ley, núm. 118, abril 2012.

SALA CANTARELL, A. (2016): «Decreto Ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública». En Tornosabogados: *Comentarios legales*, núm. 17/2016. Accesible en: <http://www.tornosabogados.com/no172016-decreto-ley-32016-de-31-de-mayo-de-medidas-urgentes-en-materia-de-contratacion-publica/>

SALAZAR BENÍTEZ, O. (2014): «La autonomía local devaluada: La dudosa «racionalidad» de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local». *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 34, 2014, pp. 369-394. Accesible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4914413.pdf>

SÁNCHEZ ISAC, J. (1992): *Teoría y práctica de las concesiones locales*. Barcelona. Bayer.

SÁNCHEZ MORÓN, M. (2003): «La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Administración local». En MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.): *Tratado de Derecho Municipal*. I. 2ª ed. Madrid. Cívitas.

SÁNCHEZ PICANYOL, J. (1996): «El Estado de Bienestar». En CAMINAL, M: *Manual de Ciencia Política*. Madrid. Tecnos.

SANTAMARÍA, J. A. y L. PAREJO (1989): *Derecho Administrativo. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Madrid. Centro de Estudios Ramón Areces, SA.

SANTAMARÍA, J. A. (1991): *Fundamentos de Derecho Administrativo*, I. Madrid. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, SA.

SANTIAGO IGLESIAS, D. (2010): *Las sociedades de economía mixta, como forma de gestión de los servicios públicos locales*. Iustel. Madrid.

SANTIAGO IGLESIAS, D (2011): «La gestión de los servicios locales a través de empresas municipales y mixtas». En MUÑOZ MACHADO, S (Dir.): *Tratado de Derecho Municipal II*. 3ª ed. Madrid. Iustel

SANZ GANDÁSEGUI, F. (2003): «El concepto de contrato de concesión de obras públicas». En MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (Dir.) (2003): *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas*. Madrid. Thomson. Cívitas.

SARASOLA GORRITI, S. (2003): *La concesión de servicios públicos municipales*. Bilbao. Instituto Vasco de Administración Pública.

SEPÚLVEDA GÓMEZ, MARÍA (2011): «Competencias autonómicas para la fijación de servicios mínimos en huelgas que afecten a servicios esenciales». En: *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado estado de las autonomías: XXI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2011*, ISBN 978-84-9876-946-3, págs. 359-372.

SERRANO CHAMIZO, J. (2015): «El efecto directo de las directivas de contratación pública de 2014». Ponencia impartida en el VI Seminario sobre nuevos escenarios de la contratación pública, Fomigal, 16 a 18 de diciembre de 2015. Disponible en: http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_7%232E%232_Javier_Serrano_86a7bec9%232E%23pdf/chk.6f54056704dfc825e5bc33dae03861a4

SERRANO TRIANA, A. (1990): *Fundamentos del servicio público II*. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho.

SOSA WAGNER, F. (1992): *La gestión de los servicios públicos locales*. Madrid. Cívitas.

SOSA WAGNER, F. (1997): *La gestión de los servicios públicos locales*. 3a. ed. Madrid. Cívitas.

SOSA WAGNER, F. (2000): *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramon Martín Mateo. Tomos I, II y III*. Valencia. Tirant Lo Blanch.

SOSA WAGNER, F. (2003): «Los principios del régimen local». En MUÑOZ MACHADO, S (Dir.): *Tratado de Derecho Municipal. I*. 2ª ed. Madrid. Cívitas.

SOSA WAGNER, F. (2004): *La gestión de los servicios públicos locales*. 6ª ed. Madrid. Thomson. Cívitas.

SOSA WAGNER, F. (2004b): «Los servicios públicos en Europa». *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 6, 1r semestre 2004; accesible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:19145/SPcos.pdf>

SOSA WAGNER, F. (2008): *La gestión de los servicios públicos locales*, 7ª ed., Cívitas, Madrid.

SOUVIRÓN MORENILLA, J. M. (1998): *La actividad de la Administración y el servicio público*. Granada. Comares.

TOLIVAR, L. (2003): «Los servicios mortuorios locales: cementerios y servicios funerarios». En MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.): *Tratado de Derecho Municipal II*. 2ª ed. Madrid. Thomson. Cívitas.

TORNOS MAS, J (1990): «Competencias municipales para la ordenación y gestión de servicios públicos». *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 245, p. 23-36.

TORNOS MAS, J (2002): «El sistema catalán de servicios sociales y la atención a la tercera edad: marco general.» En: *Los servicios sociales de atención a la tercera edad: el caso de Cataluña*. Tirant lo Blanch. Valencia.

TORNOS MAS, J (2006): «Las cartas de Servicios». *Cuadernos de derecho local*, nº 10, p. 72-82.

TORNOS MAS, J. (2011): «Contratación administrativa en época de crisis, La visión del contratista». En FONT LLOVET, T. y A. GALÁN GALÁN (Dir.): *Anuario del Gobierno Local 2011*. Fundación, Democracia y Gobierno Local.

TORNOS MAS, J. (2011b): «La tarifa como forma de retribución de los concesionarios una figura constitucional y necesaria». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Nº. 24, 2011, págs. 22-29.

TORNOS MAS, J (2015): «Municipalización de servicios y rescate de concesiones». Ponencia impartida en el *Seminari de Dret Local*, organizado por la *Federació de Municipis de Catalunya*, el *Ajuntament* y la *Diputació de Barcelona*, el *Àrea Metropolitana de Barcelona* y la *Generalitat de Catalunya*, Barcelona, 10.10.2015.

TORNOS MAS, J (2016): «Informe sobre la contraprestación del servicio de abastecimiento domiciliario de agua: La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2015». *Diario de Derecho Municipal*, 11.3.2016, Iustel. Accesible en: http://www.iustel.com/diario_del_derecho_municipal/noticia.asp?ref_iustel=1151068&utm_source=DDM&utm_medium=email&utm_campaign=11/3/2016

TORNOS MAS, J. (2016b): “La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales”. *El Cronista*, núm. 58-59, febrer-març 2016.

TORNOS MAS, J (2016c): «Los órganos administrativos independientes de resolución de recursos administrativos. La *Proportionate Dispute Resolution*». En LÓPEZ RAMÓN, F. (Coord.): *Las vías administrativas de recurso a debate*. INAP.

TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA, J. (2015): «Indemnización de daños y perjuicios en los expedientes de resolución de concesiones administrativas». RECUERDA GIRELA, M.A. (Coord.): *Problemas prácticos y actualidad del derecho administrativo. Anuario 2015*. Thomson Reuters.

TORRENT RIBERT, P. J. (1995): *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*.

TOSCANO GIL, F. (2014): «Las competencias municipales». En J.A. CARRILLO & P. NAVARRO: *La Reforma del Régimen Jurídico de la Administración Local*. El Consultor de los Ayuntamientos (La Ley).

VAZQUEZ DEL REY VILLANUEVA, R. (2012): «Proyecto de Directiva de Concesiones». Foro de actualidad. Actualidad Jurídica Uría Menéndez / 32-2012. Accesible en:
<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3482/documento/art04.pdf?id=4266>

VAZQUEZ DEL REY VILLANUEVA, R. (2013): «La resolución de los contratos públicos en tiempos de crisis. Mutuo acuerdo e insolvencia de los contratistas». Foro de actualidad. Actualidad Jurídica Uría Menéndez / 34-2013. Accesible en:
<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3806/documento/foro02.pdf?id=4598>

VAZQUEZ LACUNZA, E. (2015): *El equilibrio económico del contrato de servicios como garantía de su correcta ejecución*. Programa de Doctorado, Universidad de Castilla La Mancha. Accesible en
<https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/7733/TESIS%20V%C3%A1zquez%20Lacunza.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

VÁZQUEZ LACUNZA, E. «El impacto del concepto europeo de concesión en el derecho español». En: ALMEIDA CERREDA, M. e I. MARTÍN DELGADO (Dir.). *La nueva contratación pública*. Accesible en: <http://www.aepda.es/AEPDAPublicaciones-1282-Publicaciones-de-los-miembros-Monografias-y-articulos-doctrinales-La-nueva-contratacion-publica.aspx>

VÁZQUEZ MATILLA, F.J. (2013): «Modificación de los contratos». En CASTRO ABELLA, F: *Contratación del Sector Público Local*. 3ª ed. El Consultor de los Ayuntamientos. La Ley.

VÁZQUEZ MATILLA, F.J. (2015): *La modificación de los contratos públicos*. Thomson Reuters ARANZADI.

VELASCO CABALLERO, F. (2013): «Nuevo régimen de competencias municipales en el Anteproyecto de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local». En: *Anuario de Derecho Municipal 2012*. Núm. 6. Madrid.

VELASCO CABALLERO, F. (2014): «Títulos competenciales y garantía constitucional de autonomía local en la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local». En SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (Coord.): *La Reforma de 2013 del Régimen Local Español*. Madrid. Barcelona. Fundación Democracia y Gobierno Local.

VELASCO, F. (2014b): «Aplicación asimétrica de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local». *Anuario de Derecho Municipal* 2013, núm. 7. Marcial Pons. UAM.

VERA JURADO, D.J. (1986): «El régimen jurídico del patrimonio de destino en la concesión administrativa de servicio público». *Revista de administración pública*, ISSN 0034-7639, Nº 109, págs. 217-246.

VICENTE IGLESIAS, J. L. (2005): *Aspectos prácticos sobre la contratación de las Corporaciones Locales*. 2ª. ed. Madrid. Tecnos.

VILLALBA PÉREZ, F. (2000): «El arrendamiento de servicios públicos como modalidad de gestión indirecta en el ámbito local». *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, 2000, ISBN 84-8442-099-X, págs. 791-820

VILLALBA PÉREZ, F. (2005): «Responsabilidad extracontractual del contratista por los daños causados a terceros en la ejecución del contrato». *Revista de estudios de la administración local y autonómica*, ISSN 1699-7476, Nº. 296-297, 2005, págs. 87-127

VILLALBA PÉREZ, F.L. (2005b): «La figura del concierto de servicios públicos locales como modalidad de gestión indirecta». *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 12.

VILLALBA PÉREZ, F. (2010): «Evolución de los servicios públicos locales». En: RUIZ OJEDA, A. (Coord.). *El Gobierno local*. Madrid, Iustel.

VILLALBA PÉREZ, F. (2010b): «Adaptación de los servicios públicos locales al actual contexto jurídico y social». *Revista iberoamericana de estudios municipales*, año I, núm. 1, primer semestre, marzo 2010, págs. 169-196.

VILLALBA PÉREZ, F (2014): «La concesión de servicios, nuevo objeto de regulación del Derecho Comunitario. Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión». *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 2, julio-diciembre 2014 (p. 73-92).

VILLAR EZCURRA, J. L. (1980): *Servicio público y técnicas de conexión*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

VILLAR EZCURRA, J. L. y R. ARIÑO SÁNCHEZ (2003): «Artículo 24 Uniones de Empresarios». En ARIÑO y ASOCIADOS: *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Tomo II. La gestación del contrato*. Granada. Comares.

VILLAR PALASÍ, J.L. y J.L. VILLAR EZCURRA (2004): «El principio de riesgo y ventura». En GÓMEZ-FERRER MORANT, R: *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Madrid. 2ª ed. Civitas.

VILLAR PALASÍ, J.L. y J.L. VILLAR EZCURRA (2005): «Artículo 98. Principio de riesgo y ventura». En: ARIÑO Y ASOCIADOS: *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Tomo III. La gestión del contrato*. Granada. Comares.

VILLAR ROJAS, F. (2014): «Razones y contradicciones de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 46. Junio 2014.

VILLAR ROJAS, F.J. (2016): "Principios de sostenibilidad y estabilidad presupuestaria en la gestión de los servicios públicos locales". *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* núm. 58-59, febrer-març 2016.

VILLAR ROJAS, F.J. (2016b): «La resiliencia del contrato de gestión de servicio público frente a las normas europeas de contratación pública». En HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L. (Dir.): *El impacto de la crisis en la contratación pública*. Aranzadi.

VILLORIA, I; FERNÁNDEZ-DAZA, J.M. y J.L. ZAMARRO/CLIFFORD CHANCE (2014): «La Administración se adelanta a los acreedores para recuperar los justiprecios en los concursos de concesionarias». En *DIARIOJURIDICO.com*, 30.1.2014; accesible en: <http://www.diariojuridico.com/la-administracion-se-adelanta-a-los-acreedores-para-recuperar-los-justiprecios-en-los-concursos-de-concesionarias/>

VIVERO SERRANO, J.B. (2014): «¿Hay que regular los servicios mínimos?». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 45. Mayo 2014.

YÁÑEZ DÍAZ, CARLOS (2013): «La garantía definitiva en la legislación de contratos públicos. Su problemática incautación en la doctrina de los consejos consultivos». Jornada sobre contratación pública Madrid, 25 de abril de 2013. Accesible en: http://www.madrid.org/ccmadrid/images/adjuntos/terceramesaredonda_garantia_definitiva_carlos_yanez.pdf

ZAMARRO PARRA, J.L./CLIFFORD CHANCE (2015): «Modificación del régimen de la RPA en concesiones». *Briefing note*, abril 2015. http://www.cliffordchance.com/briefings/2015/04/modificacion_delregimendelarpaenconcesiones.html

ZAFRA VÍCTOR, M. (2013): «Esta reforma local empobrece la democracia». *El País*, 1.8.2013.

ZAFRA VÍCTOR, M. (2015): *Respaldo político para buenas ideas. Mi experiencia en dos direcciones generales sobre gobiernos locales*. Iustel.

ZAFRA VÍCTOR, M y A. CALDERÓ CABRÉ (2003): «El concejal que inspeccionaba barcos». *El País*, 24.2.2003, accesible en: http://elpais.com/diario/2003/02/24/catalunya/1046052443_850215.html

ZAFRA VÍCTOR, M y P. NAVARRO RODRÍGUEZ (2014): «El pretendido blindaje autonómico de competencias municipales tras la reforma de la Administración Local.» *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 2, julio-diciembre de 2014. Accesible en: <http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=REALA&page=article&op=view&path%5B%5D=10192>

ZAMARRO PARRA, J.L. (2015): «Se acelera y ajusta la modificación del régimen de la RPA en concesiones y la prenda de derechos de crédito futuros». En Clifford Chance, *Briefing note*, julio. Accesible en: http://www.cliffordchance.com/briefings/2015/07/se_acelera_y_ajustalamodificaciondelregime.html