



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

**Los contratos de concesión
a la luz de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento
y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa
a la adjudicación de contratos de concesión: retos
y novedades**

M^a Eugenia López Mora



Aquesta tesi doctoral està subjecta a la llicència **Reconeixement- NoComercial – SenseObraDerivada 4.0. Espanya de Creative Commons.**

Esta tesis doctoral está sujeta a la licencia **Reconocimiento - NoComercial – SinObraDerivada 4.0. España de Creative Commons.**

This doctoral thesis is licensed under the **Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivs 4.0. Spain License.**



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

FACULTAT DE DRET



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

**LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN A LA LUZ DE
LA DIRECTIVA 2014/23/UE DEL PARLAMENTO Y
DEL CONSEJO, DE 26 DE FEBRERO DE 2014,
RELATIVA A LA ADJUDICACIÓN DE
CONTRATOS DE CONCESIÓN:
RETOS Y NOVEDADES**

Directores: Dr. José María Gimeno Feliú
Dra. Belén Noguera de la Muela
Tutor: Dr. José Esteve Pardo

M^a EUGENIA LÓPEZ MORA

BARCELONA, 2017

ÍNDICE

ABREVIATURAS	7
RESUMEN	9
PRESENTACIÓN	11
1. Elección del tema de la tesis.....	11
2. De lo que trata esta tesis.....	13
3. De lo que no trata esta tesis.....	17
4. Estructura del trabajo.....	17
INTRODUCCIÓN	21
<u>CAPÍTULO I. EL PROCESO DE INTEGRACIÓN DE LA REGULACIÓN COMUNITARIA</u>	31
<u>CAPÍTULO II. LA NUEVA DIRECTIVA 2014/23/UE RELATIVA A LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS DE CONCESIÓN</u>	39
1. CONSIDERACIONES PREVIAS	39
<i>1.1. Antecedentes</i>	40
<i>1.2. Tramitación</i>	44
<i>1.3. Objetivos de la Directiva</i>	47
<i>1.4. Ámbito de aplicación de la Directiva</i>	49
<i>1.5. Importancia de los principios de contratación en la nueva Directiva</i>	54
2. ÁMBITO SUBJETIVO DE LA DIRECTIVA	69
2.1. <i>Concepto de “poder adjudicador” y en especial del concepto de “organismo de derecho público” en la Directiva. Análisis normativo y jurisprudencial</i>	70
2.2. <i>Entidades adjudicadoras</i>	84
2.2.1. <i>Empresa pública</i>	86
2.2.2. <i>Derechos especiales y exclusivos. Evolución. Regulación actual</i>	89
2.3. <i>Operador económico</i>	94

3. EXCLUSIONES	97
3.1. Exclusiones aplicables a las concesiones adjudicadas por “poderes adjudicadores” y “entidades adjudicadoras”	98
3.2. Exclusiones específicas en el ámbito de las comunicaciones electrónicas	105
3.3. Exclusiones específicas en el sector del agua	108
3.4. Exclusiones adjudicadas a una empresa asociada	111
3.5. Exclusiones de las concesiones adjudicadas a una empresa asociada o a una “entidad adjudicadora” que forme parte de una empresa conjunta	113
3.6. Exclusiones de las concesiones adjudicadas por “entidades adjudicadoras” cuando el Estado miembro donde ejecuten las concesiones la actividad se vea directamente expuesta a la competencia	114
3.7. Relaciones entre entidades del sector público	115
4. ÁMBITO OBJETIVO DE LA DIRECTIVA	133
4.1. Concepto y delimitación del contrato de concesión	135
4.2. Elementos característicos de los contratos de concesiones: El riesgo operacional	153
4.2.1. Especial análisis del alcance del riesgo operacional.....	156
4.2.2. Clases de riesgo operacional: Riesgo de demanda y Riesgo de oferta: riesgo de suministro vinculado a la demanda.....	160
4.2.3. Reparto de los riesgos.....	179
4.2.4. Compatibilidad entre el riesgo operacional y el principio de equilibrio económico.....	182
4.2.5. Duración del contrato de concesión.....	186
4.2.6. Estudio del riesgo operacional en el sector de las infraestructuras.....	188
4.2.7. Análisis de la transposición de la Directiva efectuada por otros Estados miembros: la cuestión del riesgo operacional.....	192
4.3. Tipología de concesiones	196
4.3.1. Contratos de concesión de obras.....	196
4.3.2. Contratos de concesión de servicios.....	198

4.4. <i>Contratos de concesiones mixtos</i>	203
5. ASPECTOS NOVEDOSOS DE LAS NORMAS DE LA LICITACIÓN Y DE LA ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS DE CONCESIONES	206
5.1. <i>Principios de la licitación</i>	207
5.2. <i>Principios generales de procedimiento</i>	210
5.3. <i>Desarrollo del procedimiento</i>	216
5.3.1. <i>Requisitos técnicos y funcionales</i>	216
5.3.2. <i>Garantías procedimentales</i>	217
5.3.3. <i>Selección y evaluación cualitativa de los candidatos</i>	218
5.3.4. <i>Plazos de recepción de las solicitudes de participación y ofertas para la concesión</i>	221
5.3.5. <i>Comunicación a los candidatos y los licitadores</i>	222
5.3.6. <i>Criterios de adjudicación de los contratos de concesiones</i>	223
5.3.7. <i>Normas relativas a la ejecución de las concesiones</i>	227
5.3.7.1. <i>Subcontratación</i>	227
5.3.7.2. <i>Modificación</i>	228
5.3.7.3. <i>Resolución</i>	240
<u>CAPÍTULO III. LA FIGURA CONCESIONAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL</u>	243
1. ESTUDIO DE LA FIGURA CONCESIONAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO HASTA EL TRLCSP	243
1.1. <i>Regulación del contrato de concesión</i>	243
1.2. <i>Influencia de la jurisprudencia comunitaria en el contrato de concesión del TRLCSP</i>	254
1.3. <i>Otras figuras paraconcesionales</i>	260
2. IMPACTO DE LA DIRECTIVA DE CONCESIONES EN LA REGULACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN	263
2.1. <i>Situación actual: efecto directo de la Directiva</i>	263
3. REGULACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN EN EL PROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO	267
3.1. <i>Ámbito subjetivo</i>	267

3.2. <i>Ámbito objetivo</i>	271
3.2.1. <i>Regulación del riesgo operacional en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público</i>	273
3.2.1.1. <i>Duración del contrato de concesión</i>	278
3.2.1.2. <i>Riesgo y ventura versus riesgo operacional</i>	281
3.2.1.3. <i>Principio de mantenimiento de equilibrio económico</i>	284
3.2.1.4. <i>Especial estudio del contrato de concesión en el sector de las infraestructuras en España</i>	296
3.2.2. <i>El nuevo contrato de concesión</i>	299
3.2.3. <i>Alteración del contrato de servicios</i>	304
3.2.4. <i>Desaparición del contrato de colaboración público-privada</i>	311
3.2.5. <i>Afectación al contrato de gestión de servicios públicos</i>	315
3.2.5.1. <i>Sociedad de economía mixta</i>	318
3.2.5.2. <i>Gestión interesada</i>	327
3.2.5.3. <i>Concierto</i>	329
3.2.5.4. <i>Valoración</i>	339
3.3. <i>Otros aspectos importantes del nuevo contrato de concesión</i>	355
3.3.1. <i>Contratos de concesiones mixtas</i>	355
3.3.2. <i>Modificación de los contratos de concesión</i>	356
3.3.3. <i>Forma de pago del contrato de concesión: tarifa</i>	359
3.3.4. <i>Formas de finalización del contrato de concesión. El rescate</i>	360
CONCLUSIONES	363
BIBLIOGRAFÍA	377

ABREVIATURAS

ALCSP	Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público.
Art.	Artículo.
BOA	Boletín Oficial de Aragón.
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
BOIB	Boletín Oficial Illes Balears.
CC	Código Civil.
CE	Constitución Española de 1978.
CEE	Comunidad Económica Europea (Comunidad Europea).
CEOE	Confederación Española de Organizaciones Empresariales.
CPPI	Colaboración Público Privada Institucional.
DOGC	Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña.
DOGV	Diario Oficial Generalitat Valenciana.
DOUE	Diario Oficial Unión Europea.
EAPC	Escola d'Administració Pública de Catalunya.
INAP	Instituto Nacional de Administración Pública.
LRJSP	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
LCAP	Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.
LCOP	Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas.
LCSP	Ley 30/2007, de 30 de noviembre, de Contratos del Sector Público.
LRSAL	Ley 27/2013, de 30 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local.
OLAF	Oficina de Lucha Anti Fraude de la Unión Europea.
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.
Pág.	Página.
PEI	Plan Extraordinario de Infraestructuras.
PLCSP	Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público.
PPP	Public Private Partnerships.

RAP	Revista de Administración Pública.
REALA	Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica.
RD	Real Decreto.
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo
REGAP	Revista Galega de Administración Pública.
ROAS	Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales de Cataluña, aprobado por el Decreto 179/1995, de 13 de junio.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
TCE	Tratado de la Comunidad Europea.
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
TRLCSP	Texto Refundido de la Ley de contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.
TS	Tribunal Supremo.

RESUMEN

El presente trabajo tiene como finalidad el estudio de la nueva Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (*DOUE L* núm. 94 de 28.3.2014), en especial, el análisis de las novedades que introduce respecto de las Directivas de tercera generación, así como las repercusiones que tendrá respecto a la actual regulación de la figura concesional de nuestro ordenamiento jurídico.

Hasta el momento la regulación de los contratos de concesiones a nivel comunitario se limitaba al ámbito de aplicación, publicidad y subcontratación y normas aplicables a las concesiones de obras mientras que las concesiones de servicio quedaban excluidas de las directivas salvo el cumplimiento de los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. La principal razón por la que las concesiones de servicios quedaban fuera de la normativa de contratación pública europea se debía al diferente tratamiento jurídico que éstas tenían en los Derechos nacionales así como en la necesidad de dotar las autoridades contratantes de un margen de flexibilidad a estas figuras contractuales.

Por estas razones ha existido un problema de configuración conceptual en la delimitación de los contratos de concesiones y contratos públicos (especialmente en el ámbito de los servicios) del que se han hecho eco las propias instituciones comunitarias al existir un riesgo de inseguridad jurídica relacionado con las divergentes interpretaciones de los principios del Tratado por los legisladores nacionales y por las diferencias entre la regulación de las legislaciones de los diferentes Estados miembros.

Uno de los principales objetivos de Directiva es precisamente la necesidad de 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.

La correcta depuración de los contornos del contrato de concesión respecto a otras figuras contractuales no es una cuestión meramente dogmática, sino que resulta de especial interés práctico. El aspecto clave de la Directiva es la vinculación de la existencia del contrato de concesión a la efectiva transferencia al concesionario del riesgo operacional. La delimitación del riesgo operacional es fundamental a la hora de interpretar en nuevo concepto de contrato de concesión de la Directiva, su anclaje en la concepción tradicional del riesgo y ventura de las concesiones de nuestro ordenamiento así como las afectaciones que produce respecto al contrato de concesión de servicios públicos y al contrato de gestión de servicios públicos.

Por todo ello, es necesario el análisis de los principales rasgos caracterizadores del contrato de concesión tal y como está concebido en la Directiva, el estudio del concepto, alcance e impacto del riesgo operacional y, en consecuencia, la necesidad de depurar conceptualmente la figura del contrato de concesión frente a otras figuras contractuales tal y como están reguladas en nuestro ordenamiento jurídico.

PRESENTACIÓN

1. Elección del tema de la tesis

El presente trabajo tiene como finalidad el estudio de la nueva Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (*DOUE L* núm. 94 de 28.3.2014) -Directiva, en adelante- en especial, el análisis de las novedades que introduce respecto de las Directivas de tercera generación, así como las repercusiones que tendrá respecto a la actual regulación de la figura concesional de nuestro ordenamiento jurídico.

El origen de la elección del presente trabajo de investigación se debe a la necesidad de profundizar en la figura concesional por motivos principalmente profesionales, en especial, a la vista de los asuntos que he tenido la oportunidad de tratar en diversas asesorías jurídicas de departamentos de la Generalidad de Cataluña y actualmente como vocal en el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público de la Generalidad de Cataluña. Desde la perspectiva de la Administración Pública, donde desarrollo mi actividad profesional, he podido constatar la confusión existente en la calificación de determinados contratos de concesión de servicios públicos ocasionada por la falta de sometimiento, hasta el momento, de estos contratos a las Directivas comunitarias al estar expresamente excluidos salvo la sujeción a los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Esta situación de vacío normativo era especialmente grave por las dispares interpretaciones que hacían los Estados miembros, y generaba una evidente inseguridad jurídica.

Durante este periodo, ha sido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea quien ha ido fijando una jurisprudencia de delimitación de los contornos entre el contrato de servicios y el contrato de concesión de servicios públicos así como la determinación de los elementos esenciales de toda concesión, en especial el riesgo de las concesiones. Al respecto cabe destacar la Sentencia *Wasser*, de 10 de septiembre de 2009 (C-206/08), la Sentencia de 10 de marzo de 2011 *Privater Rettungsdienst* (C-274/09) y la Sentencia *Norma-A y Dekom*, de 10 de noviembre de 2011 (C-348/10) que fueron vinculando la

existencia de las concesiones a la explotación económica y a la presencia de un riesgo vinculado a las incertidumbres de mercado.

En nuestro ordenamiento jurídico interno, el principio de riesgo y ventura hace referencia de manera genérica a todos los contratos públicos y, de forma específica, al contrato de concesión de servicios frente al riesgo de la explotación de la obra o servicio invocado por la jurisprudencia del Tribunal respecto de los contratos de concesión. Esta jurisprudencia comunitaria se ha utilizado también para delimitar los contratos de gestión de servicios públicos, por lo que el encaje de estas figuras de gestión indirecta ha sido especialmente complicado. Al respecto, se han pronunciado las juntas consultivas de contratación y desde el año 2011 los tribunales y órganos resolutorios de recursos especiales en materia de contratación, que están generando una copiosa e interesante doctrina que ha permitido entrar a analizar gran variedad de supuestos, en muchos de los cuales se había calificado erróneamente el tipo de contrato por parte de los poderes adjudicadores. Confusión que, a su vez, se trasladaba a los operadores económicos o empresas licitadoras generando inseguridad jurídica amén de otras importantes consecuencias para el correcto desarrollo de la licitación en cuestión. Y es que la correcta calificación del *nomen iuris* trasciende a aspectos tan importantes como la posibilidad de la interposición del recurso especial en materia de contratación y la cuestión de nulidad, la exigencia de clasificación, la duración del contrato y la publicación.

Precisamente, el objetivo de la Directiva de concesiones es la regulación en bloque de las concesiones, tanto concesiones de obras como de servicios para intentar enderezar la situación y llevar a cabo una armonización normativa a nivel europeo. Ello no ha estado exento de problemas tal como se detalla en el trabajo, pues con anterioridad ya se había querido abordar esta cuestión pero la diferente regulación de las figuras contractuales existentes en otros Estados miembros y su diferente tratamiento normativo constituyó gran impedimento.

La Directiva de concesiones, recogiendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, define el contrato de concesión ya sea de obras o de servicios como aquel que implica la transferencia al concesionario de un riesgo que denomina “operacional” referido a la explotación de dichas obras o servicios. Sin

embargo, la Directiva no alcanza a zanjar todas las dudas existentes pues, como tendré ocasión de exponer, el riesgo operacional no queda determinado con suficiente concreción y detalle, en especial, falta la definición y alcance del riesgo de suministro u oferta como abordo en el Capítulo Segundo del presente trabajo de investigación.

Por todas estas razones, y con el objetivo de determinar los contornos y caracteres de la figura concesional respecto a otras figuras contractuales, a raíz de la publicación de la novedosa propuesta de la Directiva 2014/23/UE, consideré de gran interés, el estudio continuado de la tramitación de la misma, así como el análisis de los trabajos previos. Todo ello me ha permitido entender e interpretar muchos de los aspectos que introduce la Directiva y, principalmente, las novedades, los retos y el impacto que supone la Directiva en nuestro ordenamiento interno.

Y es que la contratación pública es un ámbito del Derecho Administrativo que en los últimos años ha ido posicionándose como uno de los ejes más importantes de la economía europea y dentro de este marco, los contratos de concesión de obras y servicios en los últimos años han incrementado su importancia por ser instrumentos fundamentales para el desarrollo estructural a largo plazo de infraestructuras y servicios y, contribuyen al desarrollo de la competencia en el mercado interior, aprovechando los conocimientos y recursos del sector privado y permiten lograr eficiencia y aportar innovación.

Ahora bien, dicho esto, y como ya tendré oportunidad de exponer en el Capítulo Tercero de este trabajo de investigación, las fórmulas de colaboración público-privada tampoco son un remedio absoluto ante la crisis, pues a largo plazo pueden condicionar las finanzas y presupuestos futuros limitando otras políticas que los Estados quieran desarrollar.

2. De lo que trata esta tesis

Esta tesis trata sobre la nueva Directiva de concesiones, las principales novedades y los retos que supone respecto del ordenamiento comunitario e interno. En especial, considero clave para el entendimiento de esta figura el estudio, delimitación y

examen del “riesgo operacional” como característica intrínseca del contrato de concesión que introduce el legislador comunitario.

Para ello, el primer objetivo de este trabajo de investigación es el estudio pormenorizado y detallado de la Directiva, en particular, de las razones por las que el legislador comunitario ha regulado los contratos de concesión de forma separada del resto de contratos y de la finalidad y efectos de la Directiva como instrumento jurídico, aspecto crucial para poder valorar las consecuencias que tiene en nuestro ordenamiento. Para ello, parto de la premisa que el objetivo de la Unión Europea es asegurar la implantación real de un mercado interior, siendo las Directivas de contratación el medio utilizado para garantizar la publicidad, los principios de igualdad y libre concurrencia en la participación de las licitaciones en el espacio europeo. Es importante también tener en cuenta que el contrato de concesión de obras fue tímidamente regulado en la Directiva 2004/18/CE, mientras que se excluía expresamente de su ámbito de aplicación el contrato de concesión de servicios. Por ello, la Directiva objeto de este trabajo de investigación se dirige precisamente a garantizar una uniformidad en cuanto a la forma de aplicar los principios constitutivos del Tratado por parte de los diferentes Estados miembros, lo que redundará en la mejora de la eficiencia del gasto público, facilitar la igualdad de acceso y la participación equitativa de las PYME en la adjudicación de los contratos de concesión, tanto a escala local como de la Unión, y favorecer la realización de objetivos sostenibles de interés público.

El segundo objetivo es determinar el alcance y los efectos de la vinculación de la existencia contrato de concesión con la transferencia al concesionario del “riesgo operacional”. Es fundamental entender y delimitar bien este requisito de tipo económico que introduce la Directiva que no tiene precedentes normativos y que el legislador comunitario no llega a definir y concretar del todo. El riesgo de las concesiones tiene su origen en la jurisprudencia del Tribunal y el legislador comunitario lo perfila en la redacción definitiva para que sea efectivo y para diferenciar esta figura contractual de otros contratos. Y para que exista la transferencia del riesgo operacional, el concesionario ha de asumir el riesgo operacional que es: riesgo de demanda, riesgo de suministro u ambos. De la redacción de la Directiva, resulta complicado y difícil comprender de manera precisa qué quiere el legislador que entendamos por riesgo de suministro o de oferta puesto el riesgo operacional ha de estar vinculado a las

incertidumbres del mercado y no puede depender de los actos del propio concesionario, por lo que de la redacción del articulado se llega a conclusiones enrocadas. Para ello, me detengo en el trabajo y me focalizo en este estudio que considero crucial y fundamental para el correcto entendimiento de lo que ha de ser la esencia del contrato de concesión comunitario, y analizo los riesgos del Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así como la transposición efectuada por otros Estados miembros.

Sin embargo, como expongo en el trabajo, si bien entre las razones por las que un poder adjudicador o entidad adjudicadora deciden recurrir a esta figura contractual para la realización de una obra o prestación de un servicio sea la de evitar que los gastos imputen como déficit, considero que los normas contables no deben sustituir a las jurídicas y estimo que el concepto de riesgo operacional supera los dictados del Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea (SEC 2010) en el caso de los contratos de concesiones. Llegados a este punto, me veo en la necesidad de proceder a un estudio comparativo de las transposiciones que han efectuado otros Estados miembros como Francia, Gran Bretaña, Alemania e Italia respecto al riesgo operacional, siendo la regulación aprobada en éste último país la que arroja más luz en mi propósito de dar un contenido al riesgo de suministro u oferta dada la parquedad de la Directiva.

Una vez delimitado dicho riesgo operacional, dotando de contenido el riesgo de suministro u oferta (labor que no realiza el legislador comunitario, por lo que cuestiono la pretendida y ansiada seguridad jurídica de la Directiva), el tercer objetivo de mi trabajo es estudiar cómo afecta la Directiva a nuestro ordenamiento y si el actual Proyecto de Ley de Contratos del Sector Privado recoge los rasgos y características del riesgo operacional.

En este análisis, cabe destacar la doctrina de los tribunales resolutorios en materia de contratación y de las juntas consultivas de contratación que han ido abordando el encaje del contrato de concesión de servicios en nuestro ordenamiento, pero no ha sido un tema pacífico sino que podríamos tildar de oscilante en cuanto a su afectación al contrato de gestión de servicios públicos. En efecto, la aplicación de la jurisprudencia comunitaria también para las otras formas de gestión indirecta del

servicios público junto con la tendencia de la huida del derecho presupuestario sobre la base que las concesiones, al trasladar el riesgo al concesionario, no consolidan en las cuentas de la Administración a efectos de deuda ni déficit público, han complicado los contornos del contrato de concesión servicios.

Con todo ello, llegamos al momento actual en el que el Proyecto de ley que se está debatiendo en las Cortes Generales, si bien anuncia que el contrato de concesión de servicios públicos desaparece, luego, en las disposiciones adicionales, recupera la sociedad de economía mixta y considera ciertos conciertos como contratos de concesión de servicios. En este punto, mi objetivo es comprobar si efectivamente éste es el resultado querido por las Directivas o si el legislador estatal ha ido más allá. Igualmente expongo los problemas que percibo en el Proyecto respecto a la configuración del contrato de servicios y contrato de concesión de servicios y ya adelanto que la definición dada por el legislador del Proyecto no responde fidedignamente a las características del contrato de concesión de la Directiva.

El análisis de todos estos aspectos, me llevará a concluir que la Directiva de concesiones, si bien novedosa en muchos aspectos como la necesaria transferencia del riesgo operacional, la importancia del cumplimiento y observancia de los principios de contratación, en especial, de los principios de transparencia e integridad; la previsión expresa de la publicidad en determinados supuestos de modificaciones y el carácter estratégico de la contratación, no debería suponer una alteración de las figuras de gestión indirecta como anuncia e informa el Proyecto. El riesgo operacional es más específico del riesgo y ventura tradicional, pues está vinculado al mercado y a la explotación económica de la obra o servicio objeto de los contratos de concesión, pero comparte junto con el riesgo y ventura muchos aspectos como la necesidad del reequilibrio económico y los límites a este reequilibrio. Y si bien este riesgo operacional va a determinar la existencia o no del contrato de concesión de servicios, en mi opinión ello no ha de suponer la eliminación de las figuras de gestión indirecta de servicio público tan consolidadas en nuestro ordenamiento jurídico.

3. De lo que no trata esta tesis

El presente trabajo no ahonda en aspectos específicos como el carácter estratégico de la Directiva desde el punto de vista social, ambiental y de innovación ya que estos aspectos sobrepasan de lo que es objeto del presente trabajo y bien merecerían ser objeto de otro trabajo de investigación.

Tampoco profundizo en determinados supuestos concretos de exclusión de la aplicación de la Directiva, ni trato de las modificaciones operadas a raíz del Título IV de la Directiva por el que se modifican las directivas reguladoras de los procedimientos de recurso en materia de contratos públicos, pues ello desviaría el verdadero objeto de mi trabajo que es el estudio de las características principales del contrato de concesión, en especial el riesgo operacional, centrándome en básicamente en el riesgo operacional, verdadera clave de bóveda sobre la que se construye el concepto de concesión.

4. Estructura del trabajo

Expuestos los motivos que justifican la elección del tema de investigación y de los objetivos apuntados, el presente trabajo de investigación se ha desarrollado mediante la sistemática que se describe a continuación. He estructurado el trabajo en tres partes:

En primer lugar, en el Capítulo Primero bajo el título “*Proceso de integración de la regulación comunitaria*” destaco el importante papel de las Directivas como elemento normativo fundamental para asegurar la uniformidad de las legislaciones de los diferentes Estados miembros. Analizado lo anterior, resultan de vital trascendencia para el correcto entendimiento y percepción de los dictados de la Directiva, el estudio de los efectos que la Directiva 2014/23/UE ya está desplegando al haber transcurrido el plazo para su transposición sin que el Estado español haya incorporado totalmente la Directiva. Igualmente, destaco la existencia de un derecho pretoriano que vertebra el sistema que dimana de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como fuente de derecho.

En el Capítulo Segundo bajo el título “*La nueva Directiva 2014/23/UE relativo a la adjudicación de contratos de concesión*” hago un repaso de los trabajos previos de la Directiva, su tramitación y la importancia de los principios de contratación, de constante mención a lo largo de todo el articulado y considerandos de la Directiva que han de inspirar toda la actuación de los poderes y entidades adjudicadoras. A continuación, estudio las novedades que la Directiva introduce desde el punto de vista subjetivo, en especial, al referirse tanto a los poderes adjudicadores como a las entidades adjudicadoras y el gran número de supuestos de exclusión de la Directiva destacando, por su incidencia, el supuesto de exclusión por la exclusividad del derecho, la exclusión operada durante la tramitación de la Directiva de determinados supuestos en el sector del agua, así como la regulación de los supuestos de exclusión de relaciones entre entidades del sector público o relaciones “*in house providing*”.

A continuación, expongo que el ámbito de aplicación de la Directiva se ciñe a los Servicios de Interés Económico General (SIEG), apunte de gran importancia para valorar las consecuencias de la delimitación de esta figura contractual, en especial en los sectores educativos, sanitarios y sociales. Dicho lo anterior, como quiera que la Directiva se circunscribe a los servicios de carácter económico que comportan una explotación económica y un lucro, analizo el riesgo de las concesiones o “riesgo operacional”. En efecto, en esta parte del trabajo, para la correcta delimitación del contrato de concesión, resulta obligado y necesario detenerme en el análisis del riesgo operacional, su alcance y en las clases de riesgo, intentando dar una definición al riesgo de suministro dado el silencio inexplicable del legislador comunitario. En este punto considero oportuno ocuparme de la compatibilidad del riesgo operacional con el principio de equilibrio económico y particularmente me resulta de interés en el sector de las infraestructuras. Igualmente me detento en otros aspectos novedosos de la Directiva, destacando por su incidencia la regulación de la modificación y de la resolución de los contratos de concesiones, aspectos que trascienden a la adjudicación del contrato.

Por último, en el Capítulo Tercero bajo el título “*La figura concesional en el ordenamiento jurídico español*” me centro en la evolución de la figura concesional en nuestro ordenamiento, así como en las diferencias que presenta respecto a otras figuras paraconcesionales, en los efectos que ya despliega la Directiva, en el impacto de la limitación o contención de las prerrogativas administrativas por el principio de

competencia y de seguridad jurídica y en el contenido del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público que se encuentra en el momento de presentar este trabajo de investigación debatiéndose en las Cortes Generales. El análisis de todos estos aspectos, en especial del riesgo operacional, me permitirá valorar las repercusiones que la Directiva va a suponer en nuestro ordenamiento, principalmente, respecto al contrato de concesión de servicios regulado dentro de la figura tradicional del contrato de gestión de servicios públicos, en la alteración del alcance del contrato de servicios, en la desaparición del contrato de colaboración público-privada y en la posible afectación a otras figuras del contrato de gestión de servicios públicos.

En cuanto a la metodología seguida en este trabajo de investigación, cabe indicar que he seguido el procedimiento tradicional de investigación científica, adoptando como punto de partida la novedosa Directiva comunitaria de concesiones y el actual TRLCSP. Igualmente, ha sido necesario el análisis de las directivas, trabajos y disposiciones nacionales precedentes para el estudio de la incidencia que la Directiva va a tener en nuestro ordenamiento, especialmente en la nueva ley de contratos del sector público. Para la completa comprensión y entendimiento, he recurrido a los diversos estudios doctrinales realizados sobre esta cuestión, a la interpretación de la abundante jurisprudencia emitida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y órganos judiciales estatales, a los informes de las juntas consultivas en materia de contratación tanto estatales como autonómicos y a la copiosa doctrina existente de los tribunales y órganos resolutorios de recursos especiales en materia de contratación. He de destacar el estudio comparativo realizado en la concreta definición de riesgo operacional de las legislaciones de varios Estados miembros como Francia, Gran Bretaña, Alemania e Italia, siendo el estudio de la ley de transposición existente en este último estado la que me ha permitido completar el alcance y significado del riesgo operacional, eje sobre el que gira el trabajo de investigación.

De todo ello, la principal conclusión del trabajo es la necesidad de adaptar nuestro ordenamiento jurídico a las especiales características del contrato de concesión comunitario, en especial, al riesgo operacional, incidiendo en la necesidad que los contratos de concesión transfieran de manera efectiva el riesgo de demanda, o riesgo de oferta o ambos; pero sin que la adecuación de nuestro ordenamiento a la Directiva

suponga inexorablemente la desaparición de las figuras del contrato de gestión de servicios públicos.

INTRODUCCIÓN

La contratación pública es un ámbito del Derecho Administrativo que en los últimos años ha ido posicionándose como uno de los ejes más importantes de la economía europea y que representa hoy en día un gran peso en el diseño y efectividad de las políticas públicas de los Estados y para el buen funcionamiento de la Unión Europea. Si bien, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea no contenía ninguna mención expresa a la contratación pública, la progresiva implantación del Mercado Común evidenció la existencia de una serie de prácticas de los Estados que ponían en entredicho las tres libertades básicas del sistema comunitario: la libertad de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios. Con la finalidad de hacer efectivas dichas libertades, se aprobaron las primeras Directivas (70/32/CEE, 89/440/CEE, 92/50/CEE, 93/36/CEE, 93/37/CEE y 93/38/CEE) y, posteriormente, como consecuencia de su modificación para responder a las exigencias de simplificación y modernización en el marco de las respuestas al Libro Verde adoptado por la Comisión el 27 de noviembre de 1996, se refundieron en la Directiva 2004/17/CE y la Directiva 2004/18/CE.

Tradicionalmente ha existido un problema de configuración conceptual en la delimitación de los contratos de concesiones y contratos públicos (especialmente en el ámbito de los servicios) del que se han hecho eco las propias instituciones comunitarias al existir un riesgo de inseguridad jurídica relacionado con las divergentes interpretaciones de los principios del Tratado por los legisladores nacionales y por las diferencias entre la regulación de las legislaciones de los diferentes Estados miembros. Al respecto, hay que destacar el importante papel desempeñado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea quien ha ido delimitando los contornos entre el contrato de servicios y el contrato de servicios públicos. Si bien en un primer momento focalizó el criterio diferenciador en el modo de remuneración del contratista: pagado por los usuarios, en el contrato de concesión, y por la Administración, en el contrato de servicios, posteriormente fue introduciendo como elemento diferenciador el riesgo de la explotación de la obra o servicios o *riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado*, vinculado a la oferta y a la demanda, de manera que si no existe riesgo de explotación no habrá concesión sino contrato de servicios con

independencia de que la retribución del contratista proceda de la Administración o de los usuarios (Sentencia del Tribunal de 10 de septiembre de 2009, *Eurawasser* C-206/08 y Sentencia del Tribunal de 10 de marzo de 2011, *Privater*, C-274/09).

Sin embargo, han sido las Directivas aprobadas en el Consejo, el instrumento normativo utilizado para regular la contratación pública y conseguir la pretendida armonización entre los Estados miembros. En origen, el régimen jurídico aplicable a las concesiones quedó al margen de los Tratados como del derecho derivado. Las primeras Directivas sobre contratos públicos excluyeron a las concesiones de su ámbito de aplicación, por lo tanto, la licitación de estos contratos no quedaban sujetos a los procedimientos de selección de contratistas, a la obligación de publicidad, ni al respeto de unos criterios de adjudicación. Esta libertad otorgada a los Estados para elegir los procedimientos a seguir en materia de concesiones provocó diferentes consideraciones sobre la naturaleza y régimen jurídico que se hacía depender de criterios nacionales. Esta situación provocó que el legislador comunitario formalizase el concepto de concesión de obras públicas, si bien la Directiva 71/305/CEE, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, ya fijó sus principales caracteres. Posteriormente, la Directiva 89/440/CEE, de 18 de julio de 1989, fue donde el legislador, consciente de la creciente importancia de las concesiones de obras, reconoció su específica naturaleza contractual y destacó la importancia de establecer normas relativas a la publicidad a partir de un determinado umbral, pero quedaba pendiente el tratamiento de los contratos de concesión de servicios.

En esta evolución normativa respecto a los contratos de concesión, la Directiva 93/37/CEE, aprobada por el Consejo el 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, se limitó a refundir en un texto único las modificaciones de la Directiva 71/305/CE efectuadas por la Directiva 89/440/CEE.

Merece especial atención, destacar la regulación de la directiva de tercera generación, Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, aprobada

por el Parlamento Europeo y el Consejo el 31 de marzo de 2004¹. El artículo 1 de la Directiva 2004/18/UE contenía las definiciones de los contratos de concesión en el sentido que la "concesión de obras públicas" se definía como aquel 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, mientras que por "concesión de servicios" se entendía que era 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 en dicho derecho acompañado de un precio. Pero el artículo 17 de la Directiva disponía expresamente la inaplicación de la misma a las concesiones de servicios. Ello no significaba, sin embargo, que las concesiones quedasen fuera de las normas y principios del Tratado, sino que en la medida que resulten de actos del Estado que tengan por objeto la prestación de actividades económicas o el suministro de bienes, quedaban sometidas a las disposiciones del Tratado y a los principios del Derecho originario de la Unión Europea. En este sentido se pronunciaba expresamente la Sentencia del Tribunal de 7 de diciembre de 2000 (As. C-324/98)² al afirmar que: “...pese a que, en el estado actual del Derecho comunitario, tales contratos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 93/38, las entidades contratantes que los celebren están obligadas no obstante a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado y, en especial el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad” (apartado 60).

En esta Directiva se dedica por primera vez un Título –el Título III que comprende los artículos 56 a 65- dedicado a las “normas sobre concesiones de obras públicas”, que se estructura en tres capítulos dedicados a disposiciones generales sobre el ámbito de aplicación, publicidad y subcontratación (Capítulo 1), y a las normas aplicables a los contratos adjudicados por los concesionarios en función de que sean poderes adjudicadores (Cap. II) o no lo sean (Cap. III). Mientras que los contratos de

¹ Esta Directiva culmina el proceso iniciado con el Libro Verde de la Comisión, “La contratación pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro”, de 27 de noviembre de 1996 [COM (96) 583 final], e impulsando por la Comunicación de la Comisión sobre “La contratación pública de la Unión Europea”, de 11 de marzo de 1998 [COM (98) 143 final].

² Doctrina que posteriormente quedó reiterada en las Sentencias del Tribunal de 21 de julio de 2005 (As. C-231/03, *Coname*), de 13 de octubre de 2005, (As. C-458/03, *Parking Brixen*) y de 13 de septiembre de 2007 (As. C-260/04, *Comisión contra República Italiana*).

concesiones de servicios de interés transfronterizo se ajustaban a los principios del TFUE.

La principal razón por la que las concesiones de servicios quedaban fuera de la normativa de contratación pública europea se debía al diferente tratamiento jurídico que éstas tenían en los Derechos nacionales así como en la necesidad de dotar las autoridades contratantes de un margen de flexibilidad a estas figuras contractuales. Sin embargo, desde las instituciones comunitarias existían dudas en torno a la aplicación y alcance de los principios de contratación pública a las concesiones de servicios y esta situación llevó a la Comisión a abordar este tema en alguna de sus Comunicaciones y Libros Verdes. El primero de estos trabajos fue la *Comunicación interpretativa sobre las concesiones en el derecho comunitario* de 24 de febrero de 1999 que reforzó el objetivo de aclarar el modo en que las normas del Tratado y los principios generales del Derecho de la Unión Europea, debían ser aplicados a los contratos de concesión. Siguiendo esta línea, fue promulgada la *Comunicación interpretativa sobre las concesiones en el Derecho comunitario* (2000/C 121/02) que se dirigía a aquellas concesiones de servicios imputables al Estado por los que una autoridad pública confía a un tercero –ya sea mediante un acto contractual o mediante un acto unilateral con el consentimiento del tercero- la gestión total o parcial de servicios que normalmente son de su competencia y para los que dicho tercero asume el riesgo de explotación. En esta Comunicación se consideraba esencial para determinar la existencia de un contrato de concesión el modo de remuneración del operador, que debe provenir mayoritariamente de los pagos de los usuarios o receptores del servicio y la asunción por el concesionario del riesgo de explotación.

En los documentos posteriores, se fueron matizando las indicaciones contenidas en la Comunicación de 2000. En el *Libro Verde sobre la colaboración público privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones* publicado el 30 de abril de 2004, la Comisión propuso establecer la distinción entre operaciones de CPP de tipo puramente contractual, en las que la colaboración entre los sectores público y privado se basa en vínculos exclusivamente convencionales, y operaciones de CPP de tipo institucionalizado, que implican la cooperación entre los sectores público y privado en el seno de una entidad diferente.

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

Posteriormente, se aprobó la Comunicación de la Comisión de 2009 “*Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada*”. La Comisión, consciente de que la colaboración público-privada seguía estando poco extendida y que representaba una pequeña parte de la inversión total –alrededor de un 4% de todas las inversiones del sector público- y previo estudio de las razones por las cuales no estaba desarrollándose en todo su potencial, concluyó en este trabajo la necesidad que la Comisión crease un grupo de trabajo sobre la colaboración público-privada, que colaborase con el Banco Europeo de Inversiones (BEI) con la finalidad de aumentar la financiación disponible para la colaboración público-privada, revisase las normas y prácticas para garantizar la no discriminación en la asignación de fondos públicos

cuando exista financiación comunitaria, la creación de un marco más efectivo para la innovación y considerase una propuesta sobre un instrumento legislativo para las concesiones de servicios basada en la evaluación de impacto en curso.

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

De todos estos trabajos, se pone de relieve que para el legislador comunitario era necesario eliminar la inseguridad jurídica existente como consecuencia de la diferente interpretación de los principios del Tratado por los legisladores nacionales y de diferentes legislaciones de los Estados miembros y unificar conceptos y criterios que existían en el mercado interior. Según el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la propuesta de Directiva (C 191/84 DOCE 29 de junio de 2012) punto 5.1, seguían existiendo importantes dudas en relación con la necesidad de nueva directiva de la Unión Europea sobre la adjudicación de contratos de concesión y recuerda la resolución del Parlamento Europeo de 25 de octubre de 2011 sobre modernización de la contratación pública que afirma que solo estaría justificada si tiene por objeto corregir posibles distorsiones del funcionamiento del mercado interior.

Dentro de este marco, los contratos de concesión de obras y servicios en los últimos años han incrementado su importancia por ser instrumentos fundamentales para el desarrollo estructural a largo plazo de infraestructuras y servicios y, contribuyen al

desarrollo de la competencia en el mercado interior, aprovechando los conocimientos y los recursos del sector privado y favorecen una mayor eficiencia y aportar innovación. Además, en principio, permiten por parte de los poderes y entidades adjudicadoras dar respuesta a las necesidades cumpliendo con el principio de estabilidad presupuestaria y, al mismo tiempo, evitar el endeudamiento.

No obstante, la confusión existente sobre la figura del contrato de concesión, sus contornos y sus posibilidades, reclama la necesaria depuración conceptual respecto entre los contratos de servicios y de concesión y, entre éstos y las diferentes formas de gestión indirectas de servicio público de nuestro ordenamiento.

La Directiva de concesiones aprobada junto con el nuevo paquete de directivas de cuarta generación, se fundamenta en la necesidad por parte de las instituciones comunitarias de 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; impulsar esta forma de colaboración pública privada frente a las restricciones presupuestarias derivadas del modelo de estabilidad diseñado en Europa; la consecución de mejor eficacia y eficiencia en la actividad privada al aprovechar de forma dinámica los conocimientos y metodologías del sector privado; así como el nuevo papel del Estado en la prestación de servicios actuando como regulador.

La correcta depuración de los contornos del contrato de concesión respecto a otras figuras contractuales no es una cuestión meramente dogmática, sino que resulta de especial interés práctico pues la incorrecta tipificación de un contrato público, puede alterar las normas y principios esenciales en una licitación pública y el régimen jurídico que se apliquen. Precisamente, aquí radica la principal virtualidad de esta Directiva, al regular de forma autónoma la cuestión de las concesiones respecto al resto de contratos y definir los aspectos caracterizadores de la figura contractual.

El aspecto clave de la Directiva es la vinculación de la existencia del contrato de concesión a la efectiva transferencia al concesionario del riesgo operacional, de manera

que no tenga asegurado 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 (artículo 5.1). Se trata de un riesgo de carácter económico, que ha de ser efectivo aunque no total.

La delimitación del riesgo operacional es fundamental a la hora de interpretar en nuevo concepto de contrato de concesión de la Directiva y su anclaje en la concepción tradicional del riesgo y ventura de las concesiones de nuestro ordenamiento. Es importante incidir en los cambios operados durante la tramitación de la Directiva ya que se eliminó la referencia al riesgo de disponibilidad del riesgo operacional sustancial que se sustituyó por el “riesgo operacional” constituido por el riesgo de demanda, riesgo de suministro o los dos. En la redacción final de la Directiva, el legislador comunitario ha perfilado la definición del riesgo operacional, de manera que recupera la vinculación al riesgo de construcción, elimina la referencia al riesgo de disponibilidad y aumenta la importancia de la demanda en la concepción del riesgo operacional, configuración que como tendré ocasión de exponer en el trabajo, no queda correctamente reflejada en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público que se debate en las Cortes Generales.

Desde el punto de vista interno, cabe destacar que la transposición de la Directiva ha avivado de nuevo el debate doctrinal que trae causa en la jurisprudencia del Tribunal que vincula la existencia del contrato de concesión a la efectiva transferencia del riesgo de explotación respecto a la afectación a las formas de gestión indirecta de servicio público.

El Proyecto que se debate en las Cortes Generales suprime el contrato de gestión de servicios públicos dejando subsistente únicamente el contrato de concesión de servicios, si bien mantiene la sociedad de economía mixta y determinados conciertos como concesión de servicios. En este escenario, resulta necesario analizar si el riesgo operacional introducido por la Directiva exige tal sacrificio, pues las diversas figuras de gestión indirecta de servicios públicos responden a necesidades concretas de los servicios públicos.

En definitiva, la necesidad de transposición plena de la Directiva de concesiones supone una oportunidad para zanjar la situación de inseguridad jurídica existente y regular el contrato de concesión adoptando los dictados comunitarios, dada la situación de vacío normativo del contrato de concesión de servicios. Por ello, entiendo que estas circunstancias justifican un estudio como el presente, que tiene como objetivo el análisis de los principales rasgos caracterizadores del contrato de concesión tal y como está concebido en la Directiva, el estudio del concepto y alcance del riesgo operacional, el impacto de dicha regulación en nuestro ordenamiento y, con ello, la necesidad de depurar conceptualmente la figura del contrato de concesión frente a otras figuras contractuales.

CAPÍTULO I. PROCESO DE INTEGRACIÓN DE LA REGULACIÓN COMUNITARIA

En el proceso de integración, las Directivas son, sin duda alguna, el elemento normativo fundamental para lograr la completa y plena armonización de las legislaciones de los distintos Estados miembros y asegurar la uniformidad en la aplicación de la regulación comunitaria. El principio esencial que informa las Directivas comunitarias sobre contratación pública es garantizar la igualdad de oportunidades entre las empresas nacionales y no nacionales organizando una competencia lo más eficaz posible³. El propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, Tribunal) ha insistido en el carácter instrumental de las Directivas respecto a los grandes principios del Tratado⁴ que afectan a la contratación pública, a la vez que ha destacado la necesidad que estas Directivas se interpreten de manera conforme a los principios del Tratado⁵.

Recordemos que las Directivas vinculan al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado, dejando en manos de las autoridades nacionales la facultad de escoger la forma y los medios para conseguirlo⁶. Al respecto, el Tribunal -Sentencia del Tribunal *Felicitas* de 15 de julio de 1982 (As. 270/81) y Sentencia de 22 de junio de

³ MORENO MOLINA, J. A., “Las concesiones de obra pública en el Derecho Comunitario Europeo”, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, núm. 39, 2005, págs. 22 a 35.

⁴ MORENO MOLINA, J. A., *Claves para la aplicación de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública*, Ed. Wolters Kluwer, 2016, págs. 29 y ss; *Los principios generales de la contratación de las administraciones públicas*, Bomarzo, Albacete, 2006, págs. 25 y ss; MICHEL, N., “La jurisprudence de la Cour de Justice sur les marches publics: instrument essentiel pour leur ouverture à la concurrence”, *Revue du Marché Unique Européen*, núm. 3, 1994, págs. 135 y ss. Al respecto, puede acudirse también a la Comunicación interpretativa sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o solo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (Diario Oficial núm. C 179 de 01/08/2006).

⁵ El propio Tribunal en la Sentencia de 1 de febrero de 2001, *Comisión contra Francia* (As. 237/99) afirmó que: “*el objeto de las Directivas consiste en excluir tanto el riesgo que se dé preferencia a los licitadores o candidatos nacionales en cualquier adjudicación de contratos efectuada por las entidades, como la posibilidad de que un organismo financiado o contratado por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público se guíe por consideraciones que no tengan carácter económico*”.

⁶ En este sentido, se ha pronunciado el Consejo de Estado entre otros cabe destacar: el Dictamen núm. 1.651/1993, de 28 de diciembre y el Dictamen núm. 48.979/1986 de 13 de marzo al afirmar que las Directivas obligan al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguir dejando a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios, el Dictamen núm. 781/1991, de 27 de junio que afirma toda Directiva obliga al Estado miembro (destinatario) a dictar una norma que efectúe la transposición de los principios de aquella, incorporándolos al ordenamiento interno mediante la norma adecuada, el Dictamen núm. 968/1994, de 9 de junio al entender que la transposición es un acto debido cuyo cumplimiento corresponde siempre a las Cortes Generales o al Gobierno de la Nación, según los casos, a tenor del artículo 93 de la Constitución, sin perjuicio de que al efectuar la transposición haya de respetarse el reparto de competencias derivado del bloque de la constitucionalidad y el Dictamen núm. 52.753, de 30 de marzo de 1989, sobre efecto directo de las Directivas cumplidas determinadas condiciones y en defecto de medidas de aplicación adoptadas dentro de plazo.

1989 *Fratelli Constanzo/Ayuntamiento de Milán*⁷ (As. 103/88)- ha reconocido que las Directivas tienen un efecto directo vertical al ser directamente invocables si, transcurrido el plazo de transposición, no ha sido transpuesta al ordenamiento interno y siempre que su contenido sea claro, preciso e incondicional. La Sentencia del Tribunal de 2 de junio de 2005 *Koppensteiner GMBH* (C-15/04) afirmaba que cuando una norma comunitaria establece previsiones que son “*incondicionales y suficientemente precisas para conferir un derecho a favor de un particular que éste puede invocar, en su caso, frente a una entidad adjudicadora como BIG. En estas circunstancias, el órgano jurisdiccional competente debe dejar sin aplicar las normas nacionales que le impiden cumplir la obligación que se desprende de los artículos 1, apartado 1, y 2, apartado 1, letra b) de la Directiva 89/665*”. Además, en caso de conflicto, colisión o contradicción entre el ordenamiento interno y el comunitario priman estas últimas y, por ende, deben ser aplicados por la Administración y los jueces, descartando la disposición interna sea del rango que sea⁸. El efecto directo de las directivas ha sido reiterado tanto por la jurisprudencia comunitaria⁹ como por la doctrina¹⁰.

⁷ Véase la Sentencia del Tribunal de 17 de febrero de 1981, *Comisión contra Italia* (As. 133/80).

⁸ En este sentido, cabe destacar la Sentencia del Tribunal de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*, (As. 106/77), y la Sentencia del Tribunal de 2 de junio 2005, *Koppensteiner GMBH* (C-15/04) y el artículo de MUÑOZ MACHADO, S. “La integración europea: nuevos problemas jurídicos de consolidación desde la perspectiva de los Ordenamientos internos”, *Revista andaluza de administración pública*, núm. 7, 1991, págs. 9 a 38.

⁹ Sobre el efecto directo de las Directivas se ha pronunciado el Tribunal en la Sentencia de 10 de abril de 2008, *Ing. Aigner/Fernwärme* (C-393/06); en la Sentencia de 20 de septiembre de 1988, *Gebroeders Beetjes/Países Bajos* (31/87); en la Sentencia de 24 de febrero de 1998 *Walter Tögel* (C-76/97) y en la Sentencia de 16 de septiembre de 1999 *Metalmecanica Fracasso* (C-27/98).

¹⁰ Como ponen de relieve, GIMENO FELIÚ, J. M., en “La transposición de las Directivas de contratación pública en España y el efecto directo por vencimiento del plazo de incorporación. Consecuencias prácticas”, *Revista Gallega de Administración Pública (REGAP)*, núm. 52, 2016, págs. 9 a 60; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “El orden europeo e interno de los derechos fundamentales y a su protección jurisdiccional”, *RAP* núm. 165, 2004, págs. 7 a 28; MORENO MOLINA, J. A., “Efecto directo de las directivas sobre contratación pública y principio de interpretación conforme al derecho de la UE”, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, núm. 147, 2017, págs. 94 a 95, *IDEM*, “Las nuevas directivas de la Unión Europea sobre contratación pública y su necesaria incorporación al derecho español”, *Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, núm. Extra 2, 2015, págs. 227 a 256; *IDEM*, La cuarta generación de directivas de la Unión Europea sobre contratos públicos, *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, GIMENO FELIÚ (dir.) y BERNAL BLAY, M. A. (coord.), Cívitas, Cizur Menor, págs. 115 a 163; EDWARD, D.A.O., “Efecto directo y primacía del Derecho comunitario. El problema especial de las directivas”, *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 42, 1995; NOGUERA DE LA MUELA B., “Las Directivas comunitarias de “sectores excluidos” y la Ley 48/1998, de 30 de diciembre: ámbito de aplicación y procedimientos de conciliación”, *Noticias de la Unión Europea* núm. 205, febrero 2002, págs. 121 a 138; TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., “El efecto directo de las Directivas comunitarias: el papel de la Administración y los jueces en su aplicación”, *RAP* núm. 125, 1991, págs. 227 a 280; *IDEM*, “Consecuencias inmediatas que sobre la legislación española de contratación administrativa provoca la declaración de incumplimiento realizada en la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de noviembre de 1993”, *Noticias de la Unión Europea* núm. 121, 1995, págs. 99 a 114; LEZERTUA RODRÍGUEZ, M., “La doctrina jurisprudencial sobre el efecto directo de las directivas comunitarias”, *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 11, 1985, págs. 275 a 304; JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., “El efecto directo de las directivas de la Comunidad Europea”, *RAP* núm. 109, 1986, págs. 119 a 140.

Al respecto, como bien ha señalado GIMENO FELIÚ¹¹, la jurisprudencia del Tribunal entiende que el carácter obligatorio de la Directiva es el fundamento del efecto directo y dicho carácter solo existe respecto del Estado destinatario de la misma, por lo que una norma no puede crear, por sí sola, obligaciones a cargo de un particular ni puede alegarse contra él; se trata de “evitar que el Estado pueda sacar partido de su incumplimiento del Derecho de la Unión”.

La jurisprudencia comunitaria se ha ido pronunciando en el sentido que la obligación general de interpretación nace a partir de la expiración de la fecha para su transposición. En la Sentencia del Tribunal 4 de julio de 2006, *Adeneler* y otros (C-212/04) se señala que una Directiva produce efectos jurídicos frente al Estado miembro destinatario a partir de su publicación pues las Directivas despliegan su eficacia desde que entran en vigor. Llegados a este punto, tanto desde el sector doctrinal como jurisdiccional¹² se llega a la conclusión que durante el período de transposición, las nuevas Directivas tienen fuerza interpretativa ya que solo así puede preservarse el efecto útil de la normativa comunitaria y más cuando las nuevas Directivas están imponiendo una determinada interpretación de las normas nacionales, una interpretación *secundum directivam*. Incluso los órganos jurisdiccionales nacionales estarán obligados a realizar una interpretación del Derecho nacional lo más conforme posible al Derecho comunitario.

Teniendo en cuenta que el artículo 54 de la Directiva fija la entrada en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), que la presente Directiva no se aplicará a la adjudicación de concesiones ofrecidas o adjudicadas antes del 17 de abril de 2014 y que el artículo 51 de la Directiva establece que los Estados miembros pondrán en vigor a más tardar el 18 de abril de 2016 las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva, a partir de dicha fecha, aunque no se haya transpuesto, ya se puede invocar directamente ante los tribunales nacionales la nueva

¹¹ GIMENO FELIÚ, J. M., “Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público”, en el libro colectivo GIMENO FELIÚ, J. M., (dir.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2015*, Civitas, Cizur Menor, 2016, págs. 31 a 127, *IDEM*, *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Civitas, Madrid, 2006; “La incorporación del Derecho comunitario al ordenamiento nacional”, *Noticias de la Unión Europea* núm. 267, 2007, págs. 61 a 67.

¹² Existe reiterada jurisprudencia del Tribunal: en particular, las Sentencias de 10 de abril de 1984, *Von Colson* y *Kamann* (14/83), apartado 26; de 5 de octubre de 2004, *Pfeiffer* y otros, (C-398/01) apartados 113 a 119 y la jurisprudencia allí citada, y de 4 de julio de 2006, *Adeneler*, (C-212/04) apartados 108, 109 y 111.

Directiva sin perjuicio de la posible responsabilidad patrimonial¹³ por incumplimiento de Derecho comunitario¹⁴.

Sobre el valor interpretativo de las nuevas Directivas¹⁵, como bien apunta GIMENO FELIÚ¹⁶ durante el período de transposición de dos años -hasta el 18 de abril de 2016- las normas nacionales se debían reinterpretar de acuerdo con las nuevas Directivas. De manera que los preceptos de la Directiva que fuesen claros, precisos e incondicionados desplegaban efectos jurídicos de obligada aplicación por los operadores jurídicos y, por ello, eran parámetro de control por parte de los órganos administrativos de recursos contractuales y la jurisdicción contencioso-administrativa¹⁷. La institución del efecto directo preserva la nota de primacía propia del ordenamiento jurídico de la Unión Europea y garantiza el efecto útil del Derecho de la Unión Europea, admitiéndose el efecto denominado “vertical ascendente” excluyendo el efecto directo “vertical descendente”¹⁸.

De ahí que durante este período se debían “reinterpretar” las normas nacionales todavía no modificadas o adaptadas en el sentido de “rechazar” las que suponen ir en contra de lo que ahora se regula. Como acertadamente describe GIMENO FELIÚ “*se trataría, en definitiva, de un deber jurídico de abstención, a realizar interpretaciones que puedan comprometer gravemente el éxito de las Directivas ya en vigor. Este*

¹³ Es importante destacar que a nivel estatal, se regula *prima facie* la responsabilidad por incumplimiento de normas de Derecho comunitario en la Disposición Adicional segunda de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera en el sentido que las Administraciones Públicas y cualesquiera entidades integrantes del sector público que motiven como consecuencia de su incumplimiento de obligaciones derivadas de normas de derecho de la Unión Europea que el reino de España sea sancionado, asumirán en la parte que les sea imputable, las responsabilidades que se devenguen de tal incumplimiento, de conformidad con lo previsto en esta disposición y en las de carácter reglamentario que se dicten.

¹⁴ Al respecto, cabe citar la Sentencia del Tribunal de 19 de noviembre de 1991v *Francovich y otros* (As. C-6/90 y 9/90) la Sentencia de 5 de marzo de 1996 *Brasserie du Pêcheur y Factortame* (C-46/93 y C-48/93); la Sentencia de 26 de marzo de 1996 *British Telecommunications* (As. C-392/93); la Sentencia de 23 de mayo de 1996, *Hedley Lomas*, (As. C-5/94); y la Sentencia de 2 de abril de 1998, *Norbrook Laboratories* (As. C-127/95).

¹⁵ A su vez, el Tribunal ha insistido en la necesidad de que las Directivas sobre contratos públicos se interpreten conforme a los principios del Tratado (Sentencia de 20 de marzo de 1990, *Du Pont de Nemours* (C-21/1988).

¹⁶ GIMENO FELIÚ, J. M., en “El valor interpretativo de las nuevas directivas de Contratación Pública antes del vencimiento del plazo de transposición”, www.obp.es, de 30 de marzo de 2015, *IDEM*, en el trabajo “El efecto directo de las directivas de contratación pública de 2014 en ausencia de transposición en plazo en España”, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, núm. 143, 2016, págs. 8 a 19, *IDEM*, “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”, *VI Seminario de Contratación Pública*, Formigal, septiembre de 2015; www.obcp.es

¹⁷ La Sentencia del Tribunal de 16 de junio de 1987, *Comisión Italia* (As. 118/85) reitera el principio de que los Estados miembros no pueden invocar disposiciones de su propio ordenamiento para limitar el alcance de las disposiciones y nociones comunitarias.

¹⁸ En el documento de trabajo de los tribunales administrativos de recursos contractuales de 1 de marzo de 2016 “*Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público*”, de 1 de marzo de 2016.

principio de interpretación conforme, en sentido negativo de abstención, debe operar como criterio exegético desde el mismo momento de entrada en vigor de las Directivas en tanto normas directamente aplicable. Es la consecuencia que se deduce de la doctrina fijada en la STJUE la sentencia de 18 de diciembre de 1997, As. 129/96 Inter Environnment Wallonie, al advertir que durante el plazo de transposición “debe abstenerse de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente el resultado prescrito por la Directiva”. En el mismo sentido, como ha indicado BELLIDO BARRIONUEVO¹⁹: “desde que la directiva comunitaria es publicada o notificada a los Estados miembros produce efectos jurídicos, en primer lugar y tal y como indicaba el TJCE en la jurisprudencia Kolpinguis, las autoridades nacionales deben interpretar su Derecho nacional a la luz de la directiva comunitaria, en segundo lugar, los Estados deben abstenerse de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente el resultado prescrito por la directiva comunitaria”.

Sentado lo anterior, cabe destacar que esa reinterpretación tendrá como límite, el principio de seguridad jurídica ya que la interpretación conforme no puede conducir a una interpretación *contra legem* en el sentido de anticipar el efecto directo derivado del deber de incumplimiento de transposición y tal opción no es admisible dentro del sistema de articulación de ordenamientos jurídicos comunitario/nacional (sirva de ejemplo la Sentencia del Tribunal de 24 de octubre de 2013, *Comisión/España*, C-151/12)²⁰.

De lo expuesto cabe concluir que esa “reinterpretación” a la luz de las nuevas Directivas será en aquellos aspectos que desarrollan o refuerzan las previsiones de las anteriores Directivas o, si son plasmación de doctrina del Tribunal, siempre que no se produzca una interpretación *contra legem*.

¹⁹ BELLIDO BARRIONUEVO, M., “La eficacia interpretativa de la Directiva comunitaria durante el periodo de transposición. El efecto anticipación de la Directiva en conexión con el efecto bloqueo”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 24, 2005, págs. 159 a 174

²⁰ En este asunto, la Comisión reprochaba a España una inadecuada transposición de la Directiva marco de aguas. En especial, la problemática se centraba en que la Orden ARM/2656/2008 limitaba expresamente su aplicación a las cuencas hidrográficas intercomunitarias, por lo que el argumento del gobierno español (obviamente, para evitar la condena) postulando una aplicación extensiva de la referida Orden a las cuencas hidrográficas intracomunitarias, suponría una aplicación que excedía del tenor de la citada norma (así parece inferirse de la Sentencia y, con mucha más claridad, de las conclusiones del abogado general).

Así lo ha entendido también la Abogacía del Estado, en su Informe 3/2015, de 27 de enero de 2015, en relación a la posibilidad de que la Empresa Nacional de Residuos Radioactivos SA (ENRESA) utilice a la Empresa para la Gestión de Residuos Industriales SA (ENGRISA) como medio propio y servicio técnico, donde se defiende la aplicación de las previsiones del artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, en el sentido que por el hecho de que no haya concluido el plazo de transposición no impide aplicar determinados artículos²¹ una vez ya ha entrado en vigor siempre que no produzcan perjuicios a terceros.

²¹ La Abogacía afirma en el Informe que: “...el hecho de que no haya concluido todavía el plazo de transposición, no impide, una vez que la Directiva 2014/24/UE ha entrado en vigor, que pueda aplicarse el régimen dispuesto en su artículo 12, y ello en razón de la ponderación conjunta de las siguientes consideraciones: a) En primer lugar, es reiterada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea la cual durante el plazo de adaptación del Derecho interno a una Directiva, los Estados miembros destinatarios de esta deben abstenerse de adoptar disposiciones que puedan comprometer el resultado prescrito por ésta (Sentencias del TJUE de 18 de diciembre de 1997, *Int&-Environnement Wallonie*, C-129/96, EU:C:1997:628, apartado 45; de 8 de mayo 2003, *ATRAL*, C-14102, EU:C:2003:265, apartado 58; de 23 de abril de 2009, *VTB-VAB y Galatea*, C-261/07 y C-299/07, EU:C:2009:244, apartado 38 y de 26 de mayo de 2011, *Stichting Natuur en Milieu y otros*, C-65/09 y C-167/09, EU:C:2011:348, apartado 78). Puesto que tal obligación de abstención se impone a todas las autoridades nacionales (Sentencia de 4 de julio de 2006, *C-212/04, Adeneler y otros*, EU:C:2006:443, apartado 2, y jurisprudencia allí citada), debe entenderse que se refiere a la adopción de cualquier medida, general o específica, que pueda producir ese efecto comprometedor. b) En segundo lugar, es también criterio del TJUE que durante el periodo de transposición de una Directiva los Estados miembros están autorizados a seguir aplicando sus sistemas nacionales, aun cuando no sean conformes con la directiva en cuestión (sentencias de 10 de noviembre de 2005, *Stichting Zuid- Hollandse Milieufederatie*, C-316/04, EU:C:2005:678, apartado 42, y de 14 de septiembre de 2006, *Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie*, C-138/05, EU:C:2006:577, apartado 42). Ahora bien, el hecho de que los Estados miembros estén autorizados, durante el periodo de transposición de la Directiva, a seguir aplicando sus normas nacionales, aun cuando no sean conformes con la Directiva pendiente de transposición, no impide que, no haciendo uso de esa facultad de seguir aplicando sus normas internas (la autorización para aplicar sus normas nacionales no es sino una facultad de la que pueden renunciar), puedan aplicar las previsiones de la Directiva, a condición, obviamente, de que no se produzcan perjuicios a terceros. En relación con esta última exigencia —que no se produzcan perjuicios a terceros—, debe indicarse que la aplicación del régimen dispuesto por el artículo 12 de la Directiva de continua referencia no da lugar, a juicio de este Centro Directivo, a que se produzcan perjuicios a terceros. En efecto, la admisión de las “encomiendas de gestión horizontal” podría suponer, prima facie, un perjuicio para la libre competencia en la medida en que la posibilidad de que un medio propio y servicio técnico de un poder adjudicador pueda conferir encargos a otra persona jurídica controlada por el mismo poder adjudicador supondría excluir o excepcionar esos encargos de los procedimientos de adjudicación de los contratos basados en los principios de publicidad y concurrencia; ahora bien, esta afectación a la libre competencia ha de entenderse inexistente desde el momento en que si la Directiva 2014/24/UE admite esa posibilidad, ello es debido precisamente a que el legislador comunitario ha entendido que no se distorsiona la competencia, pues, en otro caso no la hubiera reconocido, c) El plazo de transposición de una Directiva impone obligaciones de carácter positivo a los Estados destinatarios. En relación con estas obligaciones, la jurisprudencia del TJUE tiene declarado que la obligación de los Estados miembros de adoptar todas las medidas necesarias para alcanzar el resultado prescrito por una directiva es una obligación imperativa impuesta por el artículo 288 TUE, apartado 3, y por la propia Directiva (sentencias de 26 de febrero de 1986, *Marshall*, 152/84, EU:C:1986:84, apartado 48; de 24 de octubre de 1996, *Kraaijeveld y otros*, C-721/95, EU:C:1996:404, apartado 55, e *Inter-Environnement Wallonie*, antes citada, apartado 40). De esta obligación se deriva que, durante el plazo de adaptación del Derecho interno, los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para que, al expirar dicho plazo, se haya alcanzado el resultado prescrito por la Directiva (sentencias *Inter- Environnement Wallonie*, antes citada, apartado 44 y *Stichting Natur Milieu y otros*, anteriormente citada, apartados 84 y 85). Por otra parte existe una obligación de todos los operadores jurídicos de proceder a una interpretación conforme del Derecho nacional con las directivas. Pues bien, si, una vez que ha entrado en vigor una Directiva y durante su plazo de transposición, los Estados miembros deben abstenerse de realizar actuaciones que comprometan el resultado previsto por esa nueva norma de Unión Europea, si han de adoptar las medidas necesarias para alcanzar ese resultado y si, y esto es muy relevante, la autorización a seguir aplicando sus normas internas (aun cuando éstas no sean conformes con la nueva Directiva) es en realidad una facultad de la que pueden no hacer uso, lo razonable es entender que, habiendo entrado en vigor la Directiva

Junto a este valor interpretativo de las Directivas comunitarias, cabe destacar la existencia de un derecho pretoriano que vertebra el sistema²². En efecto, en la contratación pública existe una importante “fuente de derecho” que dimana de la jurisprudencia²³ del Tribunal que ha configurado un sólido y coherente derecho pretoriano que sirve de fuente interpretativa y que limita aquellas opciones que puedan contravenir las reglas de la Unión Europea²⁴. De hecho, son una especie de codificación, que dota de coherencia y seguridad jurídica al sistema. De esta manera los conceptos “comunitarios” deben ser interpretados de conformidad con la doctrina fijada por el Tribunal. Doctrina que debe ser conocida y respetada por los distintos intérpretes o aplicadores de las reglas de la contratación pública, limitando interpretaciones o prácticas nacionales que pretendan una visión “local” de las normas de contratos públicos²⁵. Así se consigue una “armonización” a escala de la doctrina del Tribunal que impide que se laminen los principios de la contratación pública y que exige una

2014/24/UE y aunque esté pendiente de transposición, es jurídicamente admisible aplicar las previsiones contenidas en su artículo 12, especialmente cuando, como acontece en el caso que se examina y según lo dicho, el régimen dispuesto en ese precepto es un régimen muy detallado que no hace necesaria la promulgación de una norma de Derecho nacional para posibilitar su efectiva aplicación y cuando, como se ha razonado, la aplicación del repetido precepto no causa perjuicio a terceros”.

²² Para un estudio doctrinal detallado me remito a los trabajos de GIMENO FELIÚ, J. M., “El valor interpretativo de las directivas comunitarias sobre contratación pública y del derecho “pretoriano”. Las opciones de transposición en España en la propuesta de reforma”, en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, GIMENO FELIÚ, J. M., (dir.) y BERNAL BLAY, M. A., Civitas, Cizur Menor, 2015, págs. 19 a 31, *IDEM*, “La “codificación” de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE”, en *REDA* núm. 172, julio-septiembre 2015, págs. 81 a 122; GÁLLEGO CÓRCOLES, I., “Las relaciones “contractuales” entre entes públicos no sometidas a la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública”, ALMEIDA M., y MARTÍN, I. (dirs.), *La nueva contratación pública, Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo* (Toledo, 13 y 14 noviembre de 2014), págs. 111 a 116.

²³ GIMENO FELIÚ, J. M., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública: de la burocracia a la estrategia*, Aranzadi, Cizur Menor, Ed. Thomson Reuters, (Navarra) 2014, pág. 207, *IDEM*, El nuevo paquete legislativo comunitario de contratación pública: principales novedades (La orientación estratégica de la contratación pública) en RODRÍGUEZ-CAMPOS, S. (coord.), *Las nuevas directivas de contratos públicos y su transposición*, Marcial Pons, 2016, pág. 15 a 127; GONZÁLEZ VARAS, S., *Tratado de Derecho administrativo, Tomo II, El Derecho administrativo europeo*, Thomson, Pamplona, 2012, 2ª ed., págs. 36 y ss.

²⁴ En relación con el impacto de la jurisprudencia en el proceso de creación de las reglas sobre contratación pública, vid. COZZIO M., “La función de la jurisprudencia en el proceso de europeización de las reglas de contratación pública”, en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, GIMENO FELIÚ (dir.), BERNAL BLAY, M. A. (coord.), Civitas, Cizur Menor, 2013, págs. 89 a 116; en el libro colectivo BENACHIO, A., COZZIO, M. y TITOMANLIO, F., *I contratti pubblici nella giurisprudenza dell’Unione Europea*, Tomo I, publicación del Osservatorio di Diritto comunitario e nazionale sugli appalti pubblici, Universidad de Trento, 2016; CHINCHILLA MARÍN, C., “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (I). Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de las Directivas”, en la obra colectiva *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011, págs. 33 a 79 y SÁNCHEZ MORÓN, M., “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (II). Adjudicación de los contratos y recursos en materia de contratación”, en la obra colectiva *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011, págs. 81 a 102.

²⁵ Para conocer cómo se ha realizado la transposición de la normativa de contratación pública en los distintos Estados miembros es de especial interés la monografía dirigida por SÁNCHEZ MORÓN, M., *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros...*, op. cit.

interpretación funcional (y no formal)²⁶. Esto explica porque los órganos de control nacionales, en tanto “juez comunitario” aplican esta doctrina²⁷.

Es importante también hacer especial mención a determinadas disposiciones *soft law*²⁸ - mediante comunicaciones y libros verdes, como tendré ocasión de desarrollar en el capítulo II- que han servido como avance o anticipo de una intervención imperativa vía *hard law* y, en otros como, complemento o parámetro de interpretación del Derecho vigente, al recoger y sistematizar los pronunciamientos jurisprudenciales sobre una determinada materia.

²⁶ Como explica muy bien CHINCHILLA MARIN, C., “La jurisprudencia del TJUE sobre sobre contratos públicos (I)...”, *op. cit.*, la interpretación del derecho comunitario de los contratos públicos debe respetar tres reglas: a) se debe realizar desde la lógica del derecho comunitario y no desde los derechos nacionales, b) la interpretación debe tener un alcance funcional/finalista y c) debe practicarse una interpretación amplia del derecho comunitario cuando se pretende determinar, en clave positiva, el ámbito de aplicación de esta normativa y, por el contrario, estricta, si se trata de “excluir” su aplicación.

²⁷ Esta jurisprudencia es parámetro interpretativo de los derechos nacionales, pero su influencia se extiende también al cuerpo normativo. Lo destaca SÁNCHEZ MORÓN, M., “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (II)...”, *op. cit.*, pág. 82.

²⁸ Según ALONSO GARCÍA, R., el *soft law* cumple una función de avance, anticipo o “sondeo” cuando este tipo de textos tienen como misión la de explorar, antes de una intervención de naturaleza imperativa, posibles reacciones de las autoridades públicas nacionales y de los operadores privados. Estos instrumentos cumplen también una función alternativa en los casos en que resulta dudosa la competencia de las Instituciones de la Unión para intervenir en una materia, de modo que se expresa su opinión a través de decisiones políticas de naturaleza programática. Otras veces, aparece como complemento del *hard law* o derecho duro, imperativo, cuando en el mismo aparecen condicionamientos que dificultan e impiden una intervención completa por vía imperativa. Por último, el *soft law* actúa como parámetro de interpretación del derecho imperativo, en aquellos casos en que resulta preciso orientar la conducta de administraciones y operadores privados en la dirección considerada por la Comisión como compatible con el ordenamiento comunitario, en “El soft law comunitario”, *RAP* núm. 154, 2001, págs. 63 a 94.

CAPÍTULO II. LA NUEVA DIRECTIVA 2014/23/UE RELATIVA A LA ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Hasta el momento, respecto a la regulación de la figura de la concesión y, a pesar de que las concesiones públicas representan el 60% de las colaboraciones público-privadas, el derecho comunitario no preveía una regulación propia²⁹ de la figura contractual ya que la Directiva 2004/18/UE³⁰ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro y de servicios (en adelante Directiva 2004/18/UE) únicamente regulaba ciertos aspectos del contrato de concesión de obras y excluía expresamente el contrato de concesión de servicios, mientras que la Directiva 2004/17/CE³¹ 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 (en adelante, Directiva 2004/17/UE) no regulaba esta figura contractual tan solo el artículo 18 hacía referencia a la exclusión de

²⁹ Las primeras Directivas sobre contratos públicos –Directiva 71/304/CEE del Consejo de 26 de julio de 1971, relativa a la supresión de restricciones a la libre prestación de servicios en el sector de los contratos públicos de obras y a la adjudicación de contratos públicos de obras por medio de agencias o sucursales (*DO L* 185, de 16 de agosto de 1971) y Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los mercados públicos de obras (*DO L* 185 de 16 de agosto de 1971)- excluyeron a las concesiones de obras públicas de su ámbito de aplicación, si bien, ésta última, perfilaba las características del contrato de concesión al especificar que la nota característica de la remuneración de las concesiones consistía en el derecho de explotación de la obra o bien en dicho derecho acompañado de un precio. El 26 de julio de 1971 fue aprobada por los representantes de los gobiernos de los Estados Miembros, una *Declaración acerca de los procedimientos a seguir en materia de concesión de obra*, que establecía la obligación por parte de los “poderes adjudicadores” cuando el importe global de las obras sobrepasase un determinado umbral económico –un millón de las “unidades de cuenta”- de publicar un anuncio en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, precisando las condiciones personales, técnicas y financieras que debían cumplir los candidatos, así como los criterios principales para la atribución del contrato. Posteriormente, la Directiva 89/440/CEE formalizó el concepto de concesión de obras públicas –como aquel contrato que presente los caracteres contemplados en la letra a) con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio- y, en el Considerando 10 reconoce la creciente importancia de las mismas y su naturaleza contractual así como la conveniencia de establecer normas relativas a su publicidad. La propuesta de 13 de diciembre de 1990 y la propuesta modificada de Directiva 91/C 250/05 del Consejo, de 28 de agosto de 1991, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios (*DO C* 250) que desembocaron en la adopción de la Directiva 92/50 relativa a los contratos públicos de servicios en general, la Comisión había propuesto expresamente incluir las “concesiones de servicios públicos” en el ámbito de aplicación de dicha Directiva. No obstante, en el transcurso del procedimiento legislativo, el Consejo suprimió toda referencia a las concesiones de servicios públicos, principalmente a causa de las diferencias existentes entre los Estados miembros en materia de delegación de la gestión de servicios públicos y en las modalidades de dicha delegación, que podrían crear una situación de enorme desequilibrio en la apertura de los mercados de concesiones de servicios públicos.

³⁰ Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (*DO L* 134, de 30 de abril de 2004).

³¹ 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 (*DO L* 134, de 30 de abril de 2004).

la aplicación de la Directiva a determinadas concesiones de obras o de servicios adjudicadas por las entidades adjudicadoras que ejerzan una o varias de las actividades de los artículos 3 a 7.

La principal novedad de esta Directiva es la regulación autónoma de las concesiones y su carácter de mínimos y de consenso, respondiendo a la necesidad de zanjarse de una vez la inseguridad existente debido a la ausencia de unas normas claras a nivel de la Unión Europea en el ámbito de la adjudicación de contratos de concesión (Considerandos 1 y 4). Así, la actual Directiva ha sido fruto de diversos trabajos previos que a continuación paso a exponer.

1.1. Antecedentes

Como ya se ha apuntado, la importancia del *soft law* ha tenido un papel fundamental en la configuración del contrato de concesión. La Comisión Europea mediante la *Comunicación interpretativa sobre las concesiones en el derecho comunitario* de 24 de febrero de 1999³² reforzó el objetivo de aclarar el modo en que las normas del Tratado y los principios generales del Derecho de la Unión Europea, debían ser aplicados a los contratos de concesión. Siguiendo esta línea, fue promulgada la *Comunicación interpretativa sobre las concesiones en el Derecho comunitario* (2000/C 121/02)³³ publicada con el propósito de que tanto operadores como poderes públicos estuviesen informados de las disposiciones que resultaban de aplicación en el ámbito de las concesiones, así como proporcionar una mayor concreción del concepto de concesión, y delimitar o depurar las nociones de contrato público de obras y de concesión de obras.

³² Proyecto de comunicación interpretativa sobre las concesiones en el derecho comunitario de 24 de febrero de 1999 (DO C 94 de 7.4.1999).

³³ Esta Comunicación interpretativa de la Comisión fue publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas C-121/2, de 29 de abril de 2000, indicaba a este respecto lo siguiente: “*Las concesiones no están definidas en el Tratado. La única definición que aporta el Derecho derivado comunitario aparece en la “Directiva de obras”, que establece un régimen particular para la concesión de obras. Las otras formas de concesión, en cambio, no se contemplan explícitamente en las directivas de contratos públicos. Esto no significa, sin embargo, que las concesiones queden fuera de las normas y principios del Tratado. En efecto, en la medida en que estas concesiones resulten de actos del Estado que tengan por objeto la prestación de actividades económicas o el suministro de bienes, están sometidas a las disposiciones pertinentes del Tratado, así como a los principios establecidos por la jurisprudencia del Tribunal.*”

En el *Libro Verde sobre la colaboración público privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones* publicado el 30 de abril de 2004, la Comisión consultó sobre la conveniencia de una iniciativa legislativa a nivel europeo destinada a regular el procedimiento de adjudicación de concesiones. En dicho documento, la Comisión consciente de la falta de régimen específico que englobase el fenómeno de Colaboración Público-Privada (en adelante, CPP)³⁴ y de la existencia de divergencias de enfoques respecto a la selección del socio privado, propuso establecer la distinción entre:

- operaciones de CPP de tipo puramente contractual, en las que la colaboración entre los sectores público y privado se basa en vínculos exclusivamente convencionales, y

³⁴ BRUNETE DE LA LLAVE, M. T., “Colaboración público-privada: presente y futuro” en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, GIMENO FELIÚ, J. M., (dir.), BERNAL BLAY, M. A., (coord.), Civitas, Cizur Menor, 2011, págs. 321 a 349, *IDEM*, *Los contratos de colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2009; NOGUERA DE LA MUELA, B. “La colaboración público-privada en las obras hidráulicas”, en *Tributos, aguas e infraestructuras*, Ed. Atelier. 2012, págs. 223 a 252; DORREGO DE CARLOS A. y MARTÍNEZ VAZOSA, F., *La colaboración pública privada en la Ley de contratos del sector público. Aspectos administrativos y financieros*, La Ley, Madrid, 2009; HERNANDO RYDINGS, M., *La colaboración público-privada. Fórmulas contractuales*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pág. 123 y ss; PALOMAR OLMEDA, A., *Colaboración público privada: análisis avanzado de los problemas prácticos de esta modalidad contractual*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011; GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., “El contrato de colaboración público-privado”, *RAP* núm. 170, 2006; CHINCHILLA MARÍN, C., “El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado”, *REDA*, núm. 132, 2006, págs. 609 a 644; ARIMANY LAMOGLIA, E., “La colaboración público-privada en la provisión de infraestructuras y equipamientos locales”, *Cuadernos de Derecho Local(QDL)* núm. 11, 2006, págs. 23 a 26; CARLÓN RUIZ, M., “El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado”, *REDA*, núm. 132, de 2008; y el monográfico de la *Revista Presupuesto y Gasto Público* núm. 45, 2006, dedicado a la Colaboración Público-Privada para la realización de infraestructuras públicas o prestación de servicios; VALDIVIESO SAÑAS, A., “El marco legal de la colaboración público-privada en el proyecto de Ley de Contratos del Sector Público”, *Presupuesto y Gasto Público* núm. 45, 2006, págs. 11 a 29; MÍGUEZ MACHO, L., “Fórmulas de colaboración público-privada contractual y crisis financiera del sector público” en *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Rafael Fernández y Acevedo, Patricia Valcárcel Fernández (coords.), Civitas, Cizur Menor 2014, págs. 165 a 198; VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., “Colaboración público-privada, estabilidad presupuestaria y principio de eficiencia de los fondos públicos”, en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, GIMENO FELIÚ (dir.) y BERNAL BLAY, M. A. (coord.), Civitas, Cizur Menor, 2012, págs. 435 a 462, *IDEM*, “La colaboración público-privada como fórmula de externalización de cometidos públicos”, *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense* núm. 1, 2007, págs. 645 a 662; MARTÍNEZ VILA, J. “La colaboración público-privada en infraestructuras como fórmula para contribuir a la salida de la crisis”, *Economistas*, núm. 126, marzo, 2011, págs. 267 a 270; COLÓN DE CARBAJAL FIBLA, B. “Presente y futuro de la colaboración público-privada a nivel europeo: aspectos determinantes de su importancia como instrumento eficaz para salir de la crisis”, *Noticias de la Unión Europea* núm. 316, 2011, págs. 25 a 29, *IDEM*, “El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado como instrumento eficaz para salir de la crisis”, *Contratación administrativa práctica: Revista de la Contratación práctica y de los contratistas*, Ed. La Ley, núm. 110, 2011, págs. 40 a 45; GONZÁLEZ-VARAS, S., “Nuevos desarrollos de la idea de colaboración privada empresarial de las funciones públicas”, *Presupuesto y Gasto Público* núm. 45, 2006, págs. 31 a 40; GARCÍA DE BUSTOS, F. “Asignación de riesgos en la colaboración público-privada: nueva decisión de Eurostat”, *Análisis local*, núm. 52, 2004, págs. 43 a 48; FERNÁNDEZ LLERA, R., “Colaboración público-privada como elusión de la estabilidad presupuestaria. *Public-private partnership as a circumvention of budgetary stability*”, *Revista de Estudios Regionales*, Vol. Ext. VIII, 2009, pág. 341; RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., “Los sistemas de colaboración público-privada para la provisión de bienes y servicios públicos. Su incidencia en el sistema de ingresos públicos”, *Revista española de control externo*, Vol. 10, núm. 28, 2008, págs. 111 y 124 y ss; FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M. A., “El necesario cambio de configuración del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado ante su escaso empleo en la práctica”, *REDA*, núm. 167, 2014, págs. 293 a 326.

- operaciones de CPP de tipo institucionalizado, que implican la cooperación entre los sectores público y privado en el seno de una entidad diferente.

En la Comunicación sobre Colaboración público privada y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones de 15 de noviembre de 2005 [COM(2005) 569 final], quedó reflejada la oposición de las partes interesadas a una nueva legislación que regulase todas las CPP³⁵ de tipo contractual mientras que la Comisión sí puso de manifiesto el interés de la gran mayoría de las partes interesadas que participaron en la consulta lanzada con el Libro Verde, que las disposiciones comunitarias que rigen la adjudicación de concesiones ofrecieran una mayor seguridad jurídica, sin embargo, las opiniones en cuanto al modo de alcanzar dicha seguridad jurídica estaban divididas entre hacerlo por medio de la legislación o de un instrumento interpretativo no vinculante. En dicho texto se expone cómo la Comunicación interpretativa, no logró explicar de manera suficientemente clara las implicaciones de los principios del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCE)³⁶, para la adjudicación de concesiones y el grado de seguridad que podía aportar era limitado, mientras que la opción legislativa era la opción preferible. Respecto al contenido de una posible iniciativa legislativa sobre concesiones, se establecía la necesidad de ofrecer una explicación clara de los principios generales derivados del TCE, la inclusión tanto de las concesiones de obras como las de servicios, la delimitación entre contratos públicos y concesiones, una publicidad adecuada, la fijación de normas que rijan la selección de los concesionarios a partir de criterios objetivos y no discriminatorios, y la aplicación del principio de igualdad a todos los participantes en la adjudicación de concesiones así como los problemas de la larga duración de las concesiones.

³⁵ La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo, y al Comité de las Regiones, sobre la colaboración público-privada, y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones, de fecha 15 de noviembre de 2005; [COM (2005) 569] final afirmaba que: *“Todas las fórmulas de CPP- siempre y cuando entren en el ámbito del Tratado CE- se consideran contratos públicos o concesiones. Sin embargo, dado que la adjudicación de contratos públicos y de concesiones se rige por normas diferentes, no existe un procedimiento de adjudicación que uniforme en Derecho comunitario pensado específicamente para la CPP. En este contexto, la Comisión preguntó a las partes interesadas si estarían de acuerdo en que se adoptara nueva legislación que regulase todas las CPP de tipo contractual, independientemente de que se consideraran contratos públicos o concesiones, sometiéndolas a regímenes de adjudicación idénticos (pregunta 7 del Libro Verde). La consulta puso de manifiesto una posición significativa de las partes interesadas al establecimiento de un régimen que regule todas las CPP, independientemente de que se trate de contratos o de concesiones. Por consiguiente, la Comisión no pretende establecer disposiciones de adjudicación idénticas para ambas”*.

³⁶ Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957 [No publicado] [Instrumento de Ratificación del Tratado: *BOE* núm. 1, de 1 de enero de 1986].

En cuanto a las CPP institucionalizadas o CPPI, se optaba por una comunicación interpretativa como opción para impulsar la competencia real y proporcionar seguridad jurídica, abordando, entre otros aspectos, las relaciones “*in house*”.

Posteriormente, se aprobó la Comunicación de la Comisión de 2009 “*Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada*”. La Comisión, consciente de que la colaboración público-privada seguía estando poco extendida y que representaba una pequeña parte de la inversión total –alrededor de un 4% de todas las inversiones del sector público- y previo estudio de las razones por las cuales no estaba desarrollándose en todo su potencial, concluyó en este trabajo la necesidad que la Comisión crease un grupo de trabajo sobre la colaboración público-privada, que colaborase con el Banco Europeo de Inversiones (BEI) con la finalidad de aumentar la financiación disponible para la colaboración público-privada, revisase las normas y prácticas para garantizar la no discriminación en la asignación de fondos públicos cuando exista financiación comunitaria, la creación de un marco más efectivo para la innovación y considerase una propuesta sobre un instrumento legislativo para las concesiones de servicios basada en la evaluación de impacto en curso.

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

1.2. Tramitación

La Directiva de concesiones se ha tramitado en paralelo a la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DOUE L núm. 94 de 28.3.2014) –en adelante Directiva 2014/24/UE- y Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 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 (DOUE L núm.94 de 28.3.2014) -en adelante Directiva 2014/25/UE-, sin que se haya adoptado ninguna nueva iniciativa respecto a las formas de CPPI.

Las nuevas Directivas se caracterizan por pretender un escenario de contratación pública más competitivo y ligado a concretas políticas públicas³⁷, en concreto, como bien ha señalado MORENO MOLINA, pretenden un doble objetivo: *“incrementar la eficiencia del gasto público para garantizar los mejores resultados posibles de la contratación en términos de relación calidad/precio (lo que implica, en particular, simplificar y flexibilizar las normas sobre contratación pública vigentes) y permitir que los compradores utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes como la protección del medio ambiente, una mayor eficiencia energética y en el uso de los recursos, la lucha contra el cambio climático, la promoción de la innovación, el empleo y la integración social y la prestación de servicios sociales de alta calidad en las mejores condiciones posibles”* especialmente tras la época de

³⁷ RAZQUÍN LIZÁRRAGA, M. M., “Las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación”, *RAP* núm. 196, 2015, págs. 97 a 135; GIMENO FELIÚ, J. M., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública...*, *op. cit.*; IDEM, “Las nuevas Directivas –cuarta generación- en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública”, *REDA*, núm. 159, 2013, págs. 25 a 89, IDEM, “Novedades en la nueva normativa comunitaria sobre contratación pública”, en *Revista de Estudios Locales*, núm. 161, 2013, págs. 15 a 44; MORENO MOLINA J. A. y DOMÍNGUEZ ALONSO, A. P., “El nuevo Derecho de la Unión Europea sobre contratación pública”, en *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Rafael Fernández y Acevedo, Patricia Valcárcel Fernández (coords.), Civitas, Cizur Menor, 2014, págs. 139 a 164; MORENO MOLINA, J. A., “La nueva legislación europea sobre contratación pública y su impacto en las administraciones locales”, *Revista de Estudios Locales*, núm. 161, 2013, págs. 45 a 65, IDEM, “La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos públicos”, en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, GIMENO FELIÚ, J. M. (dir.) y BERNAL BLAY, M. A., (coord.), Aranzadi Cizur Menor, 2013, págs. 115 a 163; RUIZ DE CASTAÑEDA, A. y BERNAL BLAY, M. A., “La contratación pública y el Derecho comunitario. Cuestiones pendientes”, en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, GIMENO FELIÚ, J. M., (dir.) y BERNAL BLAY, M. A., (coord.), Civitas, Cizur Menor, 2011, págs. 23 a 42; SANTAMARÍA PASTOR, J., “Contratos del sector público y derecho de la Unión”, *RAP* núm. 200, 2016, págs. 83 a 102; COLÓN DE CARVAJAL, B., “Hacia una nueva Directiva de Contratos Públicos”, revista digital Noticias jurídicas, mayo 2012 (http://noticias.juridicas.com/articulos/10-Derecho%20Comunitario/20120511-hacia_una_nueva_directiva_de_contratacion_publica.html).

crisis³⁸. Igualmente, se pretende simplificar las normas, incrementar su eficiencia y eficacia y hacer que se adapten mejor a la evolución del contexto político, social y económico. Es evidente, pues, que el carácter transversal de la contratación pública permite que la nueva Directiva actúe en los ámbitos social y medioambiental³⁹.

Asimismo, para la redacción de la Directiva se realizaron durante el año 2010 dos consultas públicas al público en general⁴⁰ en la que se concluyó la falta de seguridad jurídica y los obstáculos con que se enfrentaban las empresas para acceder al mercado. Esta información recopilada, sirvió de base al Informe de evaluación de impacto aprobado por el Comité de Evaluación de Impacto el 21 de marzo de 2011. Entre las recomendaciones del Comité, destacaban la necesidad de abordar las diferencias de trato entre los contratos públicos y las concesiones, y profundizar en determinados aspectos de la evaluación de impacto y la comparación de las opciones. El informe final confirmó la necesidad de adoptar una nueva legislación basada en las disposiciones actualmente vigentes a las concesiones de obras públicas, oportunamente reajustada y complementada con disposiciones científicas y recogiendo la jurisprudencia del Tribunal.

Los problemas detectados a raíz de las consultas versaban en el hecho que hasta el momento a los contratos de concesiones de servicios públicos únicamente se les aplicaba los principios generales⁴¹ del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁴² de 13 de diciembre de 2007 (TFUE): principios de libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación. Ello propiciaba inseguridad jurídica

³⁸ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L., “La problemática de la contratación pública de la crisis”, en HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L., (dir.), *El impacto de la crisis en la contratación pública: España, Italia, Francia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, págs. 21 a 28.

³⁹ GIMENO FELIÚ, J. M., “Nuevos escenarios de política de contratación pública en tiempos de crisis económica”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 9, 2010.

⁴⁰ Entre el 12 de mayo y el 9 de junio, la Comisión llevó a cabo una consulta pública en línea dirigida al público en general y entre el 5 de agosto y el 30 de septiembre de 2010 se desarrolló otra consulta pública dirigida a las empresas, los interlocutores sociales y las entidades adjudicadoras.

⁴¹ El Tribunal ha enjuiciado sobre la base de los parámetros del Tratado supuestos de prácticas nacionales de contratación que no estaban sujetas a las Directivas sobre contratos públicos. En este sentido, cabe destacar la Sentencia 22 de septiembre de 1988, *Comisión contra Irlanda*, (Asunto C-45/87), en el que el Tribunal, tras declarar que dicho contrato quedaba claramente fuera del ámbito de aplicación de la Directiva, sin embargo aplica el artículo 34 del TFUE sobre libre circulación de mercancías; la Sentencia de 5 de diciembre de 1989, *Comisión contra Italia*, Rec. 1989 (Asunto C-3/88) en la que el Tribunal apreció que la normativa italiana aplicable al supuesto incumplía las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 49 y 56 del TFUE relativas al derecho de establecimiento y libre prestación de servicios.

⁴² Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 (*DO* núm. C 306, de 17 de febrero de 2007) [Instrumento de Ratificación del Tratado: *BOE* núm. 286, de 27 de noviembre de 2009].

(como reconoce el legislador en el Considerando 1), falseamientos graves del mercado interior, limitando el acceso de las empresas europeas a las oportunidades económicas que ofrecen los contratos de concesión, ello generaba costes y resultaba perjudicial para los competidores establecidos en otros Estados miembros.

El valor de la nueva Directiva es, por tanto, principalmente el sometimiento del contrato de concesión de servicios públicos a las obligaciones que actualmente se aplican al resto de contratos públicos, junto con otros aspectos importantes que se trataran en el presente trabajo.

En el momento actual de la contratación pública, condicionado por la crisis económica, se acentúa la necesidad de la asignación eficiente del capital en los contratos de concesión pública. Con esta finalidad, es básica la fijación de un marco legislativo adecuado en el ámbito de la adjudicación de contratos de concesión para estimular la inversión pública y privada en infraestructuras y servicios estratégicos⁴³ con la mejor relación calidad-precio, junto con la nueva Directiva 2014/24/UE y la Directiva 2014/25/UE. Estas tres Directivas de cuarta generación tienen como objetivo “estratégico” para poder contribuir a la consecución de los objetivos de la estrategia

⁴³ GIMENO FELIÚ, J. M., “Compra pública estratégica”, libro colectivo *Contratación pública estratégica*, PERNAS GARCÍA, J. J., (coord.), Civitas, Cizur Menor, 2013, págs. 45 a 80, *IDEM*, *La nueva contratación pública europea y su incidencia...*, *op. cit.*, *IDEM*, “Nuevos escenarios de política de contratación pública...”, *op. cit.*, *IDEM*, *El nuevo paquete legislativo comunitario...*, *op. cit.*, pág.147; RUIZ DE CASTAÑEDA, A. y BERNAL BLAY M. A., abordan las líneas estratégicas de las nuevas directivas en el trabajo “La contratación pública y el Derecho comunitario...” *op. cit.*; BERNAL BLAY, M. A., “El desarrollo de las políticas activas de empleo a través de los contratos públicos”, en libro colectivo coordinado por PERNAS, J. J., *Contratación pública estratégica*, Civitas, Cizur Menor, 2013, págs. 163 a 166; MEDINA ARNÁIZ, T., “Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea”, en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, GIMENO FELIÚ, J. M. (dir.) y BERNAL BLAY, M. A., (coord.), Civitas, Cizur Menor, 2011, págs. 43 a 104; *IDEM*, “Social Considerations in Spanish Public Procurement Law”, *Public Procurement Law Review*, vol. 20, núm. 2, 2011; MELERO ALONSO, E., “El contrato administrativo como instrumento para ejercer políticas públicas. Fomento del empleo estable y contratación con empresas de trabajo temporal”, *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 1, 1999; MESTRE DELGADO, J. F., “Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 291, 2003, págs. 705 a 730; MORENO MOLINA, J. A., Crisis económica y contratos públicos: el Real Decreto Ley 9/2008 por el que se crean un fondo estatal de inversión local y un fondo especial del Estado para la dinamización de la economía del empleo”, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, núm. 83, 2009, pág. 37 y ss; ORTEGA ÁLVAREZ, L., “El equilibrio entre los principios de interés público y el de libre competencia en la contratación pública local”, *Revista electrónica CEMCI*, núm. 3 de 2009; BLAZQUEZ ROMÁN, J. A. y RAMÍREZ HORTELANO, P., “Las cláusulas sociales en la contratación administrativa”, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, núm. 42, 2005, pág. 39; PERNAS GARCÍA, J. J., “El uso estratégico de la contratación pública como apoyo a las políticas ambientales”, en *Observatorio de políticas ambientales 2012*, coord. LÓPEZ RAMÓN, F., Civitas, Cizur Menor, 2012, págs. 299 a 323 y su monografía *Contratación Pública Verde*, La ley, Madrid, 2011; VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA, R., “Proyecto de Directiva de concesiones”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, núm. 32, mayo-agosto 2012, págs. 55 a 65; GONZÁLEZ GARCÍA, J., “Sostenibilidad social y ambiental en la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública”, *Revista Española de Derecho Europeo* núm. 56, 2015, págs. 13 a 42 y ORDÓÑEZ SOLÍS, D., *La Contratación pública en la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 2002, págs. 162 a 182.

Europa 2020⁴⁴ para ser más eficientes y diseñar políticas que permitan un mayor crecimiento en un contexto de globalización económica.

En el caso de la Directiva de concesiones, además, se pretende dotar de mayor seguridad jurídica y uniformidad a la figura y definición del contrato de concesión tanto de obras como de servicios con el fin de facilitar el acceso a este mercado al mayor número de operadores económicos.

1.3. Objetivos de la Directiva

Las razones por las cuales se ha tramitado dichas Directivas en paralelo y no en un único texto legal se debe a las notas de especial singularidad de los contratos de concesión que, en todo caso, al ser contratos se regirán en determinados aspectos procedimentales generales por la Directiva de contratos (Directiva 2014/24/UE).

En primer lugar, y como tendré ocasión de analizar, la característica principal de las concesiones es la transferencia al contratista de la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo operacional de la concesión, a diferencia de lo que sucede en el resto de los contratos públicos⁴⁵.

En segundo lugar, y de acuerdo con los Considerandos⁴⁶, la finalidad de la Directiva es garantizar la uniformidad en cuanto a la aplicación por parte de los

⁴⁴ La presente iniciativa de reforma de la contratación pública se enmarca en la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador [COM(2010) 2020], así como las iniciativas emblemáticas de Europa 2020 “Una Agenda Digital para Europa” [COM(2010) 245], “Unión por la innovación” [COM(2010) 546], “Una política industrial integrada para la era de la globalización» [COM(2010) 614], “Energía 2020” [COM(2010) 639] y “Una Europa que utilice eficazmente los recursos» [COM(2011) 21]. Aplica también el Acta del Mercado Único [COM (2011) 206], y en particular su duodécima medida clave: “Revisión y modernización del marco normativo de los contratos públicos». Sobre la transposición de las anteriores Directivas en los Estados miembros me remito al trabajo ya comentado de SÁNCHEZ MORÓN, M., *El Derecho de los contratos públicos en la Unión europea...*, op. cit.

⁴⁵ Comunicación Interpretativa 2000/C 121/02, de 29 de abril, sobre concesiones en el Derecho Comunitario (DO C 121, de 29 de abril), y Sentencias del Tribunal de 10 de noviembre de 2011, *Norma-A y Deckom*, (As. C-348/10) apart. 44 y 45 citando la Sentencia del Tribunal de 10 de marzo de 2011, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler* (As. C-274/09). En el mismo sentido, la Sentencia de 27 de octubre de 2005 *Contse y otros* (As. C-234/03), Sentencia de 18 de julio de 2007, *Comisión/Italia* (As. C-382/05), y Sentencia de 13 de noviembre de 2008, *Comisión/Italia* (As. C-437/07).

⁴⁶ En concreto, el Considerando 1 de la Directiva hace referencia a: “*La ausencia de unas normas claras a nivel de la Unión en el ámbito de la adjudicación de contratos de concesión acarrea problemas de inseguridad jurídica, obstaculiza la libre prestación de servicios y falsea el funcionamiento del mercado interior*” y el Considerando 4: “*Existe un riesgo de inseguridad jurídica relacionado con las divergentes legislaciones nacionales y de grandes disparidades entre las legislaciones de los diferentes Estados miembros*”.

diferentes Estados miembros de los principios del TFUE y aumentar la seguridad jurídica en la adjudicación de los contratos de concesión en beneficio de las autoridades públicas y de los operadores económicos, aumentar el acceso a las pequeñas y medianas empresas (PYME) y garantizar la transparencia, y seguridad jurídica en la adjudicación de nuevas oportunidades de inversión para lograr así obras y servicios variados y de calidad limitando la arbitrariedad de los poderes y entidades adjudicadores en aspectos tales como: la publicación previa y posterior, la salvaguarda de los procedimientos, los criterios de selección y adjudicación y los plazos a los que tienen que atenerse los licitadores, también se prevén mayores mecanismos de actuación a la hora de impedir o compensar las infracciones.

El artículo 3 de la Directiva hace hincapié en los principios generales que deberán presidir en los contratos de concesión: trato igualitario y no discriminatorio, transparencia y proporcionalidad. Añade que, en ningún caso, el procedimiento de adjudicación de la concesión, incluida la estimación del valor, será concebido con la intención de excluirlo del ámbito de aplicación de la presente Directiva ni de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos o determinadas obras, suministros o servicios. Y, como cláusula de cierre, los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras tendrán como objetivo garantizar la transparencia del procedimiento de adjudicación y de la ejecución del contrato, respetando al mismo tiempo la confidencialidad.

En tercer lugar, la necesidad de regular una definición precisa y única del contrato de concesión frente a la dispersión existente hasta el momento en el resto de los ordenamientos de los Estados comunitarios⁴⁷ favorecerá la seguridad jurídica.

En cuarto lugar, es importante destacar que la Directiva positiviza la jurisprudencia comunitaria⁴⁸ tal y como queda plasmado en los Considerandos⁴⁹ y en la regulación posterior como se tendrá ocasión de analizar en este trabajo.

⁴⁷ El Informe emitido por el Center for Strategy & Evaluation Services previo a la elaboración de la Directiva de concesiones, estudia exhaustivamente los diferentes conceptos de concesión de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Además, ponía de relieve que la definición de las concesiones de servicios existente en la legislación de la Unión Europea presentaba dificultades para ser transpuesta a los ordenamientos internos en los mismos términos operacionales.

⁴⁸ En el texto de la Directiva se ha recogido la copiosa jurisprudencia del Tribunal, que, como bien apunta GIMENO FELIÚ, J. M. es “auténtica fuente del Derecho y dinamizadora en la plasmación efectiva de los principios referidos en esta materia”, en “La “codificación” de la contratación pública...”, *op. cit.* págs. 81 a 122. Resulta también de

Es necesario también destacar, la libertad que la nueva Directiva reconoce a los Estados miembros y autoridades públicas para determinar los medios administrativos que consideren más adecuados para la realización de obras y la prestación de servicios⁵⁰ y para definir los Servicios de Interés Económico General (artículo 4). En todo caso, las normas del marco legislativo aplicable a la adjudicación de concesiones deben ser claras y sencillas, y deben reflejar adecuadamente la especificidad de las concesiones en relación con los contratos públicos y no generar una burocracia excesiva (Considerando 2).

Y se prevé expresamente que la Directiva no debe afectar la legislación de los Estados miembros en materia de seguridad social, ni 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 7).

Por último, cabe señalar que si bien el título de la Directiva hace referencia a la adjudicación, como se tendrá ocasión de analizar, regula aspectos más allá de la adjudicación, tales como la modificación y resolución del contrato de concesión. Igualmente es importante destacar la flexibilidad con que se regula el proceso de adjudicación.

1.4. Ámbito de aplicación de la Directiva

Sentado lo anterior, cabe adentrarnos en lo que es propiamente el ámbito de aplicación de la nueva Directiva. Para ello, se debe de partir que, como indica el legislador comunitario en el Considerando 6, la Directiva hace referencia a los Servicios

interés el trabajo de COZZIO, M. “La función de la jurisprudencia en el proceso de europeización...”, *op. cit.*, págs. 89 a 116.

⁴⁹ De constante referencia en los Considerandos 4, 18, 21, 29, 45, 64 y 75 de la Directiva.

⁵⁰ El Considerando 5 de la 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. De forma que la 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. Y continua afirmando que 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 precio, de conformidad con el Derecho de la Unión, con el fin de lograr sus objetivos de interés público.

de Interés Económico General (SIEG)⁵¹ mientras que quedan fuera los Servicios No Económicos de Interés General (SNEIG)⁵². Reconociendo también que corresponde a los Estados miembros decidir organizar la prestación de servicios, ya sea como Servicios de Interés Económico General, como servicios no económicos de interés general o como combinación de ambos.

Recordemos que el pilar básico de la Unión Europea es la consecución del mercado único, objetivo que se fundamenta en el principio de libre competencia que, a su vez se proyecta en la libertad de establecimiento y libertad en la prestación de servicios, con la consiguiente prohibición de restricciones⁵³. La Unión Europea impone el objetivo de conciliar la consecución de los objetivos de servicio público con el principio estructural de libre competencia. El concepto de SIEG⁵⁴ es de carácter

⁵¹ El artículo 16 del TFUE confirma el lugar de los Servicios de Interés Económico General entre los valores comunes de la Unión. Sobre los “Servicios de Interés Económico General” como especie del género “Servicios de Interés General” *vid.* CARLÓN RUIZ, M., “Nuevas técnicas para nuevos tiempos: del servicio público al servicio universal”, en MUÑOZ MACHADO, S., (dir) *Derecho de la regulación económica. I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Madrid, Iustel y Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, 2010, págs. 494 a 499.

⁵² En el mismo sentido, la Directiva 2014/24/UE habilita un tratamiento diferenciado de aquellos servicios que no tengan este carácter económico o de mercado.

⁵³ Artículos 49, 56 y 57 del TFUE.

⁵⁴ LAGUNA DE PAZ, J. C., en *Servicios de interés económico general*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, págs. 227 y ss. Expone que a partir de la década de los ochenta, la UE impulsó la liberalización de algunos de los más clásicos e importantes servicios públicos nacionales. La Comisión publicó una Comunicación sobre “*Los Servicios de interés general en Europa*”, en el Tratado de Ámsterdam prevaleció la defensa de los SIEG: el artículo 16 TCE reconoce que los SIEG se encuentran entre los valores comunes de la Unión, al tiempo que juegan un papel esencial en la cohesión social y territorial. La Declaración 13 –aneja al Acta final del Tratado de Ámsterdam– que exige que el artículo 16 TCE se interprete con pleno respeto a la jurisprudencia comunitaria, así como a los principios de igualdad, calidad y continuidad de dichos servicios. El papel de los SIEG se proyecta también sobre el artículo 36 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que regula el acceso a dichos servicios: “*La Unión reconoce y respeta el acceso a los Servicios de interés económico general, tal y como disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión*”. La UE ha ido reconociendo la transcendencia del mantenimiento de un régimen universal y de calidad en la prestación de los servicios esenciales. En caso de que no lo haga el mercado, estos objetivos deberán ser asegurados por los poderes públicos. En esta línea, la jurisprudencia reconoció la admisibilidad del establecimiento de derechos exclusivos, cuando sea necesario para permitir la prestación del servicio en condiciones económicamente aceptables. El nuevo compromiso europeo se expresa en el Tratado de Lisboa, que va acompañado de un *Protocolo sobre los SIG*. El artículo 14 del TFUE parte del reconocimiento del lugar que ocupan los SIEG entre los valores comunes de la Unión, así como de su contribución a la cohesión social y territorial. A partir de aquí se explicita el deber de la Unión Europea y de los Estados miembros –con arreglo a sus competencias respectivas– de velar por que los SIEG actúen con arreglo principios y condiciones, “en particular económicas y financieras”, que les permitan cumplir su cometido. Además, este precepto refuerza la potestad normativa de las instituciones europeas, al reconocer explícitamente la competencia que el Parlamento Europeo y el Consejo establecerán dichos principios y condiciones mediante reglamentos, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, sin perjuicio de la competencia que incumbe a los Estados miembros, dentro del respeto a los Tratados, para prestar, encargar y financiar dichos servicios (art. 14, *in fine*, TFUE). El *Protocolo sobre los SIG* núm. 26 mantiene un régimen distinto respecto de los servicios económicos y los no económicos. En relación a los SIEG, declara que forman parte de los valores comunes de la Unión con respecto a estos servicios a) el reconocimiento del “*papel esencial y la amplia capacidad de discreción de las autoridades nacionales, regionales y locales para prestar, encargar y organizar los Servicios de interés económico general lo más cercanos posible a las necesidades de los usuarios*”; b) “*la diversidad de los Servicios de interés económico general y la disparidad de las necesidades y preferencias de los usuarios que pueden resultar de las diferentes situaciones geográficas, sociales y culturales*”; y c) “*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*”. Al mismo tiempo, declara que los Tratados “*no afectarán en modo*

objetivo, pues se define por referencia al objetivo de la intervención con total abstracción del sujeto que la protagoniza, y esta intervención es la mínima indispensable y tiene como finalidad garantizar con medios públicos prestaciones esenciales, especialmente las de mayor componente social. Como bien expone LAGUNA DE PAZ⁵⁵, la distinción entre los servicios económicos y sociales está en función de su régimen económico, los económicos persiguen el ánimo de lucro, sin perjuicio de que la normativa pueda imponer límites al ejercicio de la actividad para alcanzar objetivos de interés general, en cambio, en los servicios sociales priman criterios distributivos y de solidaridad, que deben conseguirse de la manera más eficiente posible. Éstos últimos, no se sujetan a las normas del mercado interior, ni les resulta de aplicación las libertades de establecimiento y de prestación de servicios, y la definición de su régimen jurídico depende en lo sustancial de los Estados miembros. No obstante, se someten a las normas generales del Tratado y, en particular, a la libre circulación de personas, al principio de no discriminación y a las normas sobre contratación pública.

De acuerdo con el artículo 1, esta Directiva de concesiones establece las normas aplicables a los procedimientos de contratación por parte de poderes adjudicadores y entidades adjudicatarias por medio de una concesión, de un valor estimado igual o superior a los umbrales establecidos en el artículo 8. Desde el punto de vista de la cuantía, el artículo 8 indica que la Directiva⁵⁶ se aplicará a las siguientes concesiones de

alguno a la competencia de los Estados miembros para prestar, encargar y organizar servicios de interés general que no tengan carácter económico” (artículo 2). El nuevo artículo 6.1 TFUE declara que la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, que tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Las disposiciones de la Carta no ampliarán las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.

⁵⁵ LAGUNA DE PAZ, J. C., “Los servicios de interés general en la Unión Europea: su sujeción a las reglas del mercado”, en *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos*, PARISIO V., AGUADO I CUDOLÀ, V. y NOGUERA DE LA MUELA, B., (dirs.), Tirant lo Blanc, 2016, Valencia, pág. 72. Igualmente, cabe hacer mención a los trabajos de LAGUNA DE PAZ, J. C., *Servicios de interés económico general...*, *op. cit.*, págs. 227 y ss; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *El derecho de acceso a los servicios de interés económico general*, en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. D. MARTÍN-RETORTILLO S.*, (coord.) COSCULLUELA MONTANER, L., 2003, págs. 493 y ss; FERNÁNDEZ FARRERES, G., “El concepto de servicio público y su funcionabilidad en el Derecho administrativo de la nueva economía”, *Justicia Administrativa* núm. 18, 2008, págs. 7 a 21; SENDÍN GARCÍA, M. A., *Hacia un servicio público europeo: el nuevo Derecho de los servicios públicos*, Comares, Granada, 2003; SOSA WAGNER, F., “Servicio público y papel de la nueva administración y sus entes reguladores”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 7, 2004, págs. 125 a 149; LINDE PANIAGUA, E., “La retirada del estado de la sociedad: privatizaciones y liberalización de servicios públicos”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 7, 2004, págs. 31 a 50; PARICIO RALLO, E., “El concepto europeo de servicios de interés general y los servicios municipales”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 32, junio 2013, págs. 103 a 116.

⁵⁶ El Considerando 8 de la Directiva reconoce la conveniencia de establecer una coordinación mínima para las concesiones que alcancen o superen determinado valor a fin de garantizar la apertura de las concesiones a la competencia y una seguridad jurídica adecuada. Asimismo, se señala que estas disposiciones de coordinación no deberían ir más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos citados y para garantizar un cierto grado de flexibilidad.

un valor igual o superior a 5.225.000⁵⁷ euros umbral, que, de acuerdo con el artículo 9, será verificado por la Comisión.

Por lo tanto, en aquellos supuestos de concesiones celebrados por poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras siempre que las obras o servicios estén destinadas a la realización de alguna de las actividades recogidas en el Anexo II, y cuya cuantía sea igual o superior a los 5.225.000 euros, será de aplicación la presente Directiva⁵⁸.

Para el cálculo del valor de la concesión, es importante tener en cuenta la redacción dada por el artículo 8 de la Directiva⁵⁹ que define el valor de la concesión como 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.

La Directiva especifica –a diferencia de la propuesta- que la estimación deberá ser válida en el momento en que se publique el anuncio de concesión o, cuando no se prevea tal anuncio, en el momento en que el poder adjudicador o la entidad adjudicadora inicie el procedimiento de adjudicación de la concesión, por ejemplo, cuando proceda, entrando en contacto con los operadores económicos en relación con las concesiones. Y añade que: “A efectos del apartado 1, si el valor de la concesión en

⁵⁷ Reglamento delegado (UE) núm. 2015/2172 de la Comisión de 24 de noviembre de 2015 por el que se modifica la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a los umbrales de aplicación en los procedimientos de adjudicación de contratos (*DO L 307/9* de 25.11.2015), por el que se sustituye el valor fijado inicialmente de 5.186.000 euros por 5.225.000 euros. Al respecto cabe señalar que se han eliminado las diferentes cuantías que establecía la propuesta de Directiva de 5.000.000 euros: a) Concesiones celebradas por entidades adjudicadoras con vistas al desarrollo de alguna de las actividades recogidas en el Anexo III, y b) Concesiones celebradas por poderes adjudicadores. En el caso de tratarse de concesiones de servicios de un valor igual o superior a 2.500.000 euros pero inferior a 5.000.000 euros, exceptuando los servicios sociales y otros servicios específicos, deberían ajustarse a la obligación de publicar un anuncio de adjudicación de concesión de conformidad con los artículos 27 y 28. La anterior redacción también hacía referencia a la “contratación conjunta” en el Considerando 10. Dicha redacción ha sido sustituida por un límite económico común.

⁵⁸ Al respecto, cabe lamentar que no se haya recogido una escala según cuantía atendiendo a la naturaleza de los contratos de concesión ya sean de obras o de servicios. El Comité de las Regiones (2012/C 277/09) en su Dictamen de 19 de julio de 2012 (*Diario Oficial 77/4* el día 13.9.2012) consideraba conveniente hacer tres ámbitos de aplicación de la Directiva en función de la cuantía superior o igual 5.000.000 euros y duración hasta cinco años, igual o superior a 10.000.000 euros y más de cinco años y con un periodo de vigencia de hasta 5 años de un valor igual o superior a 2.500.000 euros pero inferior a 5.000.000 euros.

⁵⁹ El Considerando 23 de la Directiva remarca la necesidad de definir el método de cálculo del valor estimado de una concesión, que debe ser idéntico para las concesiones de obras y de servicios y que el cálculo debe referirse al volumen de negocios total de la empresa concesionaria en contrapartida de las obras y servicios objeto de la concesión, calculado por el poder o la entidad adjudicador, excluido el IVA durante la duración del contrato.

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 concesión”.

Los criterios a tener en cuenta para el cálculo del valor de las concesiones se simplifican respecto a la redacción original:

- 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.

Especial mención requiere el inciso introducido relativo a los lotes, así en los casos relativos a los supuestos de lotes separados, se deberá tener en cuenta el valor total estimado en su totalidad, mientras que en los casos en los que el valor acumulado de los lotes iguale o supere el umbral establecido, la Directiva se aplicará a la adjudicación de cada lote.

Desde el punto de vista temporal, la Directiva se aplicará a las concesiones adjudicadas después de su entrada en vigor – de acuerdo con el artículo 51, los Estados miembros deberán transponer la Directiva a más tardar el 18 de abril de 2016- sin que afecte a los contratos de concesión actuales que seguirán rigiendo por su normativa y régimen jurídico obligacional.

1.5. Importancia de los principios de contratación en la nueva Directiva

Siguiendo con la tendencia de las Directivas 2014/24/UE y 2014/25/UE, la Directiva de concesiones otorga especial protagonismo a la presencia y observancia de los principios de contratación pública ya en los primeros artículos del texto normativo, puesto que van ser los parámetros que orienten el procedimiento de adjudicación concebido de manera muy flexible en esta Directiva.

Al respecto considero fundamental, destacar la traslación que se ha producido en cuanto a la principal finalidad de la contratación pública, que ha pasado de estar únicamente focalizada en el interés general al respeto y garantía de la observancia de los principios rectores de la contratación pública⁶⁰ como límites infranqueables⁶¹.

⁶⁰ MORENO MOLINA, J. A., “El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de contratación” en el *Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Civitas, Pamplona, 2012, págs. 3429 y ss del tomo II, *IDEM*, “La influencia del Derecho Comunitario de la contratación pública en el Derecho español. Los principios generales de la contratación en el sector público”, *Noticias de la Unión Europea* núm. 298, 2009, págs. 7 a 19, *IDEM*, “Principios generales de la contratación pública, procedimientos de adjudicación y recurso especial en la nueva ley estatal de contratos del sector público”, *Revista jurídica de Navarra* núm. 45, 2008, págs. 45 a 76, *IDEM*, “El nuevo derecho de la contratación pública: de las prerrogativas de la administración a la garantía de los principios generales”, *La administración pública entre dos siglos: Homenaje a Mariano Baena del Alcázar*, ARENILLA SÁEZ, M. (coord.), 2010, págs. 1225 a 1539, *IDEM*, “La importancia de los principios generales de la contratación pública en la LCSP”, *La Ley de Contratos del Sector Público y su aparición por las entidades locales*, MORENO MOLINA, J. A. (coord.), 2008, págs. 65 a 102, *IDEM*, *Los principios generales de la contratación de las administraciones públicas*, Bomarzo, 2006.

⁶¹ GIMENO FELIÚ, J. M., “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad” en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos, número monográfico especial (2015), Las nuevas Directivas de Contratación Pública*, GIMENO FELIÚ, J. M. (dir.), Civitas, Cizur Menor, 2015, págs. 39 a 105; *IDEM*, “Transparencia activa e integridad: posibilidades y límites actuales en la legislación de contratos públicos”, en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, GIMENO FELIÚ, J. M., (dir.), BERNAL BLAY, M. A. (coord.), Civitas, Cizur Menor, 2014, págs. 27 a 80; *IDEM*, *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública...*, *op. cit.*, *IDEM*, “Transparencia y prevención de la corrupción en los procedimientos de contratación pública. ¿Avanza el proyecto Ley Contratos Sector Público?”, *Revista Estudios locales*, núm. 195, 2016, págs. 10 a 20, *IDEM*, “Reglas básicas para mejorar la eficiencia y la transparencia en la contratación pública”, *Presupuesto y Gasto*, núm. 82, 2016, págs. 137 a 158; MORENO MOLINA, J. A., “El sometimiento de todos los contratos públicos...”, *op. cit.* Igualmente cabe destacar los trabajos de SANMARTÍN MORA, M. A., “Las nuevas obligaciones de transparencia en materia de contratos que impone la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”, en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, GIMENO FELIÚ, J. M., (dir.), BERNAL BLAY, M. A., (coord.), Civitas, Cizur Menor, 2014, págs. 81 a 122; BAÑO LEÓN, J. M., “La influencia del derecho comunitario en la interpretación de la ley de contratos de las Administraciones Públicas”, *RAP* núm. 151 enero-abril 2000, págs. 11 a 37; ORDÓÑEZ SOLÍS, D., *La contratación pública en la Unión Europea...*, *op. cit.*; CERRILLO I MARTÍNEZ, A., *El principio de integridad en la contratación pública. Mecanismo para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, *IDEM*, *Contractació oberta*, Generalidad de Catalunya, Departament d’Afers i Relacions Institucionals i Exteriors i Transparència, Barcelona, 2017; NOGUERA DE LA MUELA, B., “La transparencia en la contratación pública: entre las reglas europeas y el ordenamiento jurídico español”, *Libro Homenaje a Luis Cosculluela*, Iustel, Madrid 2015, pág. 937 a 957; GONZÁLEZ SANFIEL, A., “La integridad en la contratación pública: ¿un principio con sustantividad propia?”, HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L., (dir.) en *El impacto de la crisis económica en la contratación pública. España, Italia y Francia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, págs. 31 a 53.

Uno de los primeros artículos de la Directiva, el artículo 3, sienta las bases sobre las que se deberá desarrollar una licitación dirigida a la adjudicación de una concesión pública:

“Los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras darán a los operadores económicos un trato igualitario y no discriminatorio y actuarán de forma transparente y proporcionada.

El procedimiento de adjudicación de la concesión, incluida la estimación del valor, no será concebido con la intención de excluirlo del ámbito de aplicación de la presente Directiva ni de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos o determinadas obras, suministros o servicios.

2. Los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras tendrán como objetivo garantizar la transparencia del procedimiento de adjudicación y de la ejecución del contrato, respetando al mismo tiempo el artículo 28”.

Como ya he apuntado, la Directiva de concesiones pretende dar más seguridad a la situación que se había generado respecto a los contratos de concesiones de servicios, y en todo caso, como señala el Considerando 4 de la Directiva, *“es necesario que los principios del TFUE se apliquen de manera uniforme en todos los Estados miembros y que se eliminen las discrepancias de interpretación de dichos principios persistentes que se producen en el mercado interior”.*

Ha sido una vez más la jurisprudencia del Tribunal la que ha ido estableciendo la obligación de respeto de los principios de objetividad, imparcialidad y no discriminación en la adjudicación de los contratos públicos que han de extenderse no solo a los limitados contratos que caen dentro del ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias sobre contratación pública, sino también a todos los contratos que celebren los órganos de contratación sujetos a las directivas, ya que así lo exigen distintos preceptos de los tratados de derecho originario, tal y como han sido interpretados por el propio Tribunal (Sentencia del Tribunal de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen GMBH*, C-458/03).

Estos principios a los que hace especial hincapié la nueva Directiva y que han de inspirar toda la actuación de los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras en la redacción de los pliegos y en la tramitación del procedimiento de licitación de una concesión son los **principios de igualdad de trato, principio de transparencia, principio de competencia, principio de integridad, principio de no discriminación,**

principio de libre circulación y principio de proporcionalidad. Del estudio de la jurisprudencia del Tribunal, hay que destacar que estos principios se presentan con mucha frecuencia de manera interrelacionada, de manera que unos son corolarios de otros, así el principio de transparencia como veremos es corolario del **principio de igualdad y el principio de competencia** es corolario de éste último y del **principio de no discriminación**, pues qué duda cabe que en determinadas licitaciones pueden converger diferentes principios.

La Directiva recoge principios tradicionales y básicos del TFUE como el **principio de no discriminación y el principio de libre circulación.** En concreto, el **principio de no discriminación**⁶² está presente en la Directiva tanto en los Considerandos⁶³ como en el artículo 3 relativo al **principio de igualdad de trato, no discriminación y transparencia** y el artículo 41 referente a los criterios de adjudicación del contratos. El **principio de libre circulación**⁶⁴ -presente en los Considerandos⁶⁵- constituye el principal título habilitador de la intervención comunitaria en el campo de la contratación pública y, por consiguiente, es un obligado punto de referencia para la interpretación de las legislaciones, tanto nacional como comunitaria, sobre la materia, así como para la integración de sus lagunas e insuficiencias. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, este derecho junto con el derecho de establecimiento obliga a eliminar no solo las discriminaciones ostensibles, en razón de la nacionalidad, sino también cualquier forma encubierta de discriminación que, mediante la aplicación de otros criterios de distinción, conduzca de hecho al mismo resultado (Sentencia de 5 de diciembre de 1989, *Comisión contra Italia*, C-3/88). En la Sentencia de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen GMBH*, el Tribunal concluyó que la falta total de licitación en la adjudicación de una concesión de servicios públicos no respondía a los requisitos de los artículos 43 y 49 del TFUE ni a los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia.

⁶² Entre las Sentencias del Tribunal más relevantes que se han hecho referencia a este principio cabe destacar las sentencias de 7 de diciembre de 2000 *Teleaustria* (C-324/98), de 20 de octubre de 2005 *Comisión Francia* (C-264/03), y de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen* (C-458/03).

⁶³ En concreto, el Considerando 4 relativo a los principios que rigen la adjudicación de la Directiva de concesiones, Considerando 6 como límite a la libertad de los Estados miembros de la organización de la prestación de servicios y Considerando 54 relativo sobre la potestad de los poderes y entidades adjudicadoras de aplicar criterios específicos de calidad para seleccionar los prestadores.

⁶⁴ Al respecto, cabe destacar la Sentencia del Tribunal de 20 de marzo de 1990, *Du Pont de Nemours* (As. C-21/1988).

⁶⁵ El Considerando 6 sobre la libertad de decisión de la organización de servicios por parte de los Estados miembros y 52 relativo a la duración de la concesión.

Cabe también destacar la mayor presencia –en comparación con la Directiva 2004/18/UE- y definición del **principio de proporcionalidad** en la Directiva tanto en los Considerandos⁶⁶ como en el articulado, presente en el artículo 26.2 relativo a los requisitos de las agrupaciones de operadores económicos en cuanto a situación económica y financiera o capacidad técnica y profesional, en el artículo 36 sobre la necesidad que las características de los requisitos técnicos y funcionales que deberán estar vinculados a la materia objeto del contrato y proporcionados al valor y a sus objetivos, y en el artículo 38 sobre la selección y evaluación cualitativa de los candidatos. Una vez más, ha sido la jurisprudencia⁶⁷ del Tribunal la que ha ido determinando el alcance de este principio. El principio de proporcionalidad exige que los actos de las instituciones de la Unión no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos legítimos perseguidos por la normativa controvertida, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, debe recurrirse a la menos onerosa, y que los inconvenientes ocasionados no deben ser excesivos con respecto a los objetivos perseguidos.

Dicho lo anterior, me voy a centrar en los principios de igualdad de trato, principio de transparencia, principio de competencia y principio de integridad que son los principios más invocados en la Directiva consciente el legislador de la necesidad de incrementar la seguridad jurídica y la lucha contra la corrupción.

En primer lugar, respecto al **principio igualdad** cabe indicar que está presente tanto en los Considerandos⁶⁸ como en el articulado, en concreto en la regulación del

⁶⁶ Presente en el Considerando 4 relativo a los principios que rigen la adjudicación de la Directiva de concesiones, Considerando 9 sobre agrupaciones de operadores económicos, Considerando 63 relativo a criterios proporcionales, no discriminatorios y de selección cualitativa, Considerando 67 sobre las especificaciones técnicas y funcionales establecidas por los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras y Considerando 87 que dispone que *"dado que los objetivos de la presente Directiva, a saber, la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros aplicables a determinados procedimientos de concesión no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, sino que, debido a su dimensión y efectos, puede lograrse mejor a escala de la Unión, esta puede adoptar medidas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad establecido en el artículo 5 del TUE. De conformidad con el principio de proporcionalidad establecido en el mismo artículo, la presente Directiva no excede de lo necesario para alcanzar dicho objetivo"*.

⁶⁷ Así se pronuncia la Sentencia del Tribunal 30 abril de 2014, *Euris Consult Ltd, Parlamento Europeo*, (T-637/11), la Sentencia del Tribunal de 11 de septiembre de 2002, *Pfizer Animal Health/Consejo* (T-13/99) y Sentencia de 9 de septiembre de 2008, *Bayer CropScience y otros/Comisión* (T-75/06).

⁶⁸ Principio presente en el Considerando 4 relativo a los principios que rigen la adjudicación de la Directiva de concesiones, en el Considerando 6 como límite relativo a la libertad de los Estados miembros de la organización de la prestación de servicios, en el Considerando 24 relativo a las concesiones en los sectores de la energía, de los transportes y de los servicios postales; en el Considerando 53 relativo a la exclusión de la aplicación plena de la Directiva a los servicios con menor dimensión transfronteriza, en el Considerando 55 relativo a la adecuada

principio de libertad de administración de las autoridades públicas (artículo 2), en la referencia al principio de igualdad de trato, no discriminación y transparencia (artículo 3) y en la regulación de la lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de interés (artículo 35).

Del estudio de la nueva Directiva se observa que si bien la presencia de este principio es continua en el articulado, no se llega a definir propiamente sus contornos por lo que deberemos acudir una vez más a la jurisprudencia del Tribunal⁶⁹ que ha ido matizando este principio y de la que se puede extraer su esencia:

- pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación,
- impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica,
- que las ofertas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores,
- que entidad adjudicadora está obligada a respetar, en cada fase del procedimiento de licitación, el principio de igualdad de trato de los licitadores,

integración de requisitos medioambientales, sociales y laborales en los procedimientos de adjudicación de concesiones, en el Considerando 61 respecto a las medidas que deberán adoptar los Estados miembros para combatir el fraude, el favoritismo y la corrupción, en el Considerando 65, relativo a los criterios de adjudicación o las condiciones de ejecución de la concesión relativas a los aspectos sociales del proceso de producción de conformidad a la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (*DO L18* de 21.1.1997), en el Considerando 67 sobre las especificaciones técnicas y funcionales establecidas por los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras, en el Considerando 68 relativo a la necesaria flexibilidad para definir y organizar el procedimiento que conduce a la selección del concesionario, en el Considerando 73 sobre el sometimiento de los criterios de adjudicación a normas generales que respeten este principio y el de transparencia y en el Considerando 77 sobre la sustitución del concesionario.

⁶⁹ A título representativo, cabe citar la Sentencia de 12 de marzo de 2008, *European Network/Comisión*, (T-332/03); Sentencia del Tribunal de primera Instancia de 9 de septiembre de 2009, *Brink's Security Luxembourg S.A.* apartado 114; Sentencia del Tribunal 13 de diciembre de 2013, *European Dynamics Luxembourg S.A./Evropäiki Dynamiki-Proigmena systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE* (As. 165/12); Sentencia de 12 de diciembre de 2002 *Universale-Bau* (C-470/99), Sentencia del Tribunal de 17 de diciembre de 1998, *Embassy Limousines & Services/Parlamento* (T-203/96), apartado 85. En la Sentencia Tribunal de 18 de octubre de 2001, *SIAC Construction*, (C-19/02), recuerda que la aplicación de este principio exige que las situaciones comparables no reciban un trato diferente y que tampoco se trate de manera idéntica situaciones que son diferentes (Sentencia de 14 de diciembre de 2004, *Arnold André*, (C-432/02). También en relación con el principio de igualdad de trato, la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 18 de abril de 2007, *Deloitte Busines Advisor NV*, (T-195/05), manifiesta que el citado principio exige que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que este caso esté justificado objetivamente. Como ha recordado la Sentencia de 29 de abril de 2004, *Comisión/CAS Succhi di frutta*, (C-496/99), “El principio de igualdad de trato entre los licitadores (...) impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometida a las mismas condiciones para todos los competidores”.

-que los licitadores se encuentren en igualdad de condiciones tanto en el momento en que preparan sus ofertas como en el momento en que éstas se someten a la evaluación de la entidad adjudicadora.

A la vista de los pronunciamientos del Tribunal se puede afirmar que el principio de igualdad de trato en sede de contratación pública implica que todos los licitadores potenciales han de conocer las reglas en juego y éstas se han de aplicar a todos de la misma manera, prohibiendo cualquier forma encubierta de discriminación que, mediante la aplicación de criterios de distinción, conduzca de hecho al mismo resultado.

En definitiva, recogiendo la línea jurisprudencial, el Tribunal en la Sentencia de 16 de septiembre de 2013, *Comisión contra Reino de España*, (C-402/06), aplicable con carácter general a cualquier procedimiento de licitación pública, entiende que el principio de igualdad de trato tiene el siguiente alcance y significado:

“66 El principio de igualdad de trato entre licitadores, que no es más que una expresión específica del principio de igualdad de trato (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C-458, 03, Rec. p. I-8585, apartados 46 y 48, y la jurisprudencia allí citada; sentencia del Tribunal General de 12 de marzo de 2008, European Service Network/Comisión, T-332, 03, no publicada en la Recopilación, apartado 72) y que pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores (sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496, 99 P, Rec. p. I-3801, apartado 110). De este modo, la entidad adjudicadora está obligada a respetar, en cada fase del procedimiento de licitación, el principio de igualdad de trato de los licitadores (sentencia del Tribunal General de 17 de diciembre de 1998, Embassy Limousines & Services/Parlamento, T-203, 96, Rec. p. II- 4239, apartado 85), y éstos deben encontrarse en igualdad de condiciones tanto en el momento en que preparan sus ofertas como en el momento en que éstas se someten a la evaluación de la entidad adjudicadora (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 2008, Michaniki, C-213, 07, Rec. p. I-9999, apartado 45, y de 17 de febrero de 2011, Comisión/Chipre, C-251, 09, no publicada en la Recopilación, apartado 39, y la jurisprudencia allí citada).

67 Por otra parte, el principio de igualdad de trato implica, en particular, una obligación de transparencia para permitir a la entidad adjudicadora garantizar su respeto (véanse las sentencias Lombardini y Mantovani, citada en el apartado 64 supra, apartado 38, y Comisión/Chipre, citada en el apartado 66 supra, apartado 38, y la jurisprudencia allí citada). El principio de transparencia, que constituye el corolario

del principio de igualdad de trato, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora (sentencias Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 66 supra, apartado 111) y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase la sentencia Parking Brixen, citada en el apartado 66 supra, apartado 49, y la jurisprudencia allí citada). Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar que efectivamente las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata (sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 66 supra, apartado 111). Por último, los principios de igualdad de trato y de transparencia constituyen la base de las Directivas referentes a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. En el deber que incumbe a las entidades adjudicadoras de garantizar la observancia de dichos principios reside la propia esencia de estas Directivas (véase la sentencia Michaniki, citada en el apartado 66 supra, apartado 45, y la jurisprudencia allí citada)”.

El **principio de transparencia** ha sido definido por el Tribunal relacionándolo con el principio de igualdad de trato de los licitadores, llegando a afirmar que es un principio corolario del principio de igualdad⁷⁰ ya que tiene un marcado carácter instrumental pues su objetivo no es meramente formal sino que busca generar competencia de forma que una mayor concurrencia empresarial redunde en mayor eficiencia⁷¹. Mientras que el principio de igualdad de trato de los licitadores supone favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una contratación pública, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto,

⁷⁰ El principio de igualdad de trato implica una obligación de transparencia para permitir que se preserve su respeto (Sentencias del Tribunal, de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau* y otros, C-470/99, apartado 91 y de 12 de marzo de 2008, *Europaiki Dynamiki*, T-345/03, apartado 142 y ss).

⁷¹ Sobre este principio, *vid.* GIMENO FELIÚ, J. M., “Transparencia y prevención de la corrupción en los procedimientos de contratación pública...” *op. cit.*, págs. 10 a 20, *IDEM*, “Reglas básicas para mejorar la eficacia y la transparencia en la contratación pública”, *Presupuesto y gasto Público. Hacienda Autónoma y local*, Instituto de Estudios Fiscales, núm. 82, 2016, págs. 137 a 158, *IDEM*, “El principio de eficiencia”, en *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, dir. SANTAMARIA PASTOR, J. A., La Ley, Madrid, 2010, págs. 1255 a 1274, *IDEM*, “Transparencia activa e integridad...”, *op. cit.*; VAQUER CABALLERÍA, M., “El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo”, *RAP* núm. 186, 2011, págs. 91 y ss; MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M., *Contratación pública y transparencia*, La ley, Madrid, 2016; VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., “Connotaciones del principio de transparencia en la contratación pública”, en el libro *Por el Derecho y la libertad, Volumen II, Libro homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, Iustel, Madrid, 2014, págs. 1901 a 1931; SANMARTÍN MORA, M. A., “Las nuevas obligaciones de transparencia en materia de contratos que impone la Ley 19/2013, de transparencia...”, *op. cit.*; GÁLLEGO CÓRCOLES, I., “Criterios de adjudicación del contrato público y principio de transparencia en la jurisprudencia del TJCE”, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, núm. 87, 2009, págs. 59 a 69; y NOGUERA DE LA MUELA, B., “La transparencia en la contratación pública: entre las reglas europeas...”, *op. cit.*, págs. 937 a 957.

que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores, el principio de transparencia tiene esencialmente por objeto limitar el riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora⁷² y evitar, en suma, la práctica de redes clientelares.

Al igual que ocurre con el principio de igualdad, el principio de transparencia ha sido delimitado por la jurisprudencia del Tribunal⁷³ fijando las siguientes notas delimitadoras:

-tiene por objeto garantizar que no existe ningún riesgo de favorecer ni arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora (evitar las redes clientelares),

-que toda la información técnica pertinente para la buena comprensión del anuncio de licitación o del pliego de condiciones se ponga, en cuanto sea posible, a disposición de todas las empresas que participan en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos.

-implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, que el poder adjudicador o la entidad adjudicadora pueda comprobar que efectivamente las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate.

También, debe servir para evitar que, mediante fraccionamiento del objeto contractual se eludan los principios de publicidad y concurrencia⁷⁴, y que modificando

⁷² Cabe destacar el trabajo de VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., “Connotaciones del principio de transparencia en la contratación pública...”, *op. cit.*, págs. 1901 a 1931.

⁷³ Entre otras, la Sentencia del Tribunal de 29 de abril de 2004 *Comisión/CAS Succhi di Frutta*, (C-496/99), Sentencia del Tribunal en primera Instancia de 9 de septiembre de 2009, *Brink's Security Luxembourg S.A.*, (T-437/05) apartado 115; Sentencia de 16 de septiembre de 2013, *Comisión/Reino de España* (T-402/06); Sentencia del Tribunal de 13 de diciembre de 2013, *European Dynamics Luxembourg S.A./ Evropaiki Dynamiki-Proigmena systemata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE* (As. 165/12); Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 3 de enero de 2013 contra el Reino de España (As. T 235/11); Sentencia 18 noviembre 1999 *Unitron Scandinavia* y 3-S (C-275/98); Sentencia del Tribunal de 6 de noviembre de 2014, *Cartiera dell'Adda*, (C-42/13) y Sentencia del Tribunal de 12 de marzo de 2015, *eVigilo*, (C-538/13), apartados 33 y 34, Sentencia del Tribunal de 7 de abril de 2016 *Partner Apelski Dariusz y Zarzad Oczyszczania Miasta* (C-324/14).

⁷⁴ GIMENO FELIÚ, J. M., en el trabajo “Unidad de mercado y contratación pública: redefiniendo los perfiles del contratante” publicado en www.obcp.es de 18 de marzo de 2013.

los contratos ya celebrados se altere el objeto y se eluda el principio de igualdad de trato, falseando la concurrencia.

El principio de transparencia garantiza el efecto útil de la igualdad procurando que no se distorsionen las condiciones de competencia y además permite reforzar el principio de integridad. Como bien ha apuntado GIMENO FELIÚ, la transparencia forma parte del derecho a una buena administración⁷⁵ y guarda íntima relación con la cultura de nueva gobernanza⁷⁶, de manera que “*sin transparencia existe riesgo de la corrupción, que es la más grave patología en un estado de derecho y que supone negar el derecho a una buena administración*”. Así, diferentes malas prácticas como las analizadas en la Sentencia del Tribunal General de 29 de mayo de 2013, *Comisión contra España* (T-384/10) han estado incluidas en las denominadas *red flags* (banderas rojas) en el estudio que sobre corrupción y contratación pública ha elaborado la Oficina de Lucha Anti Fraude de la Unión Europea (OLAF)⁷⁷.

La obligación de transparencia recae sobre cualquier ente contratante y consiste en garantizar en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada y

⁷⁵ Que se garantiza en el artículo 41 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, de manera que sin transparencia real, existe riesgo de la corrupción, que es la más grave patología en un estado de derecho y que supone negar el derecho a una buena administración. Por el contrario, una gestión transparente de los contratos públicos, como política horizontal, permite explicar a la ciudadanía la gestión de los recursos públicos y, bien practicada, se convierte en la principal herramienta para una gestión íntegra y profesionalizada. Destaco el trabajo de BERNAL BLAY, M. A., “El sistema de tutela de la buena administración contractual: balance de su implantación y propuestas para un mejor aprovechamiento”, *REDA* núm. 160, 2013, págs. 190 a 213; PONCE SOLÉ, J., *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid 2001, pág. 480. Este derecho fundamental a una buena administración se recoge también en la Ley Orgánica 1/2008, de 31 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007 (artículo 41).

⁷⁶ GIMENO FELIÚ, J. M., en el trabajo “Transparencia activa e integridad...”, *op. cit.*, págs. 10 a 20, remite al Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea aprobado en el año 2001 por la Comisión, la transparencia formaba parte directa de dos de los cinco principios de la denominada buena gobernanza: apertura, participación, responsabilidad, eficacia y coherencia. El objetivo es lograr integrar la transparencia en las propuestas de elaboración de las políticas europeas, permitiendo un grado mayor de participación y apertura de la sociedad civil europea. Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea, COM (2001), 428, 25 de julio de 2001. Cabe hacer igualmente referencia al trabajo de GARCÍA MACHO, R. *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 8.

⁷⁷ La importancia de la transparencia en la contratación pública ha constituido uno de los ámbitos de preocupación de la Organización Mundial del Comercio (OMC) quien ha llevado adelante activamente un programa de trabajo sobre el tema de la transparencia de la contratación pública. Véase al respecto http://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min01_s/brief_s/brief14_s.htm (última visita: septiembre de 2012). Sobre las “posibilidades” de este principio de transparencia (que no es formal) me remito al trabajo de GIMENO FELIÚ, J. M., “Transparencia activa e integridad...”, *op. cit.* Principio de publicidad (y competencia) que ya habían sido recogidos en nuestra primitiva legislación de contratación administrativa, (Real Decreto de 27 de febrero de 1852, relativo a los contratos de servicios públicos), como bien explica BASSOLS COMA, M., en su estudio “Evolución de la legislación sobre contratación administrativa”, en libro colectivo, PENDAS B. (coord.), *Derecho de los contratos públicos*, Praxis, Madrid, 1995, págs. 25 y ss.

efectiva que permita abrir a la competencia el contrato licitado mediante la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (Sentencia del Tribunal, de 6 de abril de 2006, ANAV, C-410/04, apartado 21)⁷⁸. Para ello será fundamental la utilización de sistemas ágiles, accesibles y de alcance universal que hagan posible que cualquier licitador pueda obtener información sobre una licitación y comprender las reglas de ésta para poder preparar su oferta. Por estas razones, los medios electrónicos⁷⁹ y la transición hacia la compra pública electrónica, se presentan como un elemento fundamental de la reforma en la contratación precisamente para la plena consecución de las finalidades de la contratación pública.

Sobre la necesidad de garantizar la transparencia, la Recomendación de Decisión del Consejo de la Unión Europea de 27 de julio de 2016, por la que se formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a la reducción del déficit y señala como una ausencia de efectiva transparencia la *“baja tasa de publicación de los anuncios de contratos”* en nuestro país, así como el correlativo abuso de procedimiento negociado sin publicación previa y las adjudicaciones directas. Finalmente, denuncia que *“la falta de un organismo independiente encargado de garantizar la eficacia y el cumplimiento de la legislación en materia de contratación pública en todo el país obstaculiza la aplicación correcta de las normas de contratación pública y puede generar oportunidades para cometer irregularidades, lo cual tiene efectos negativos sobre la situación de la hacienda pública española”*. Por todo ello, entiende el Consejo de la Unión Europea, que nuestra contratación pública sea ineficiente, lo cual tiene efectos negativos sobre la situación de la hacienda pública española. Y, en esta situación, el artículo 1.6 de la Decisión del Consejo dispone literalmente lo siguiente: *“España debe establecer un marco coherente que garantice la transparencia y la coordinación de la política de contratación pública de todas las entidades y*

⁷⁸ En esta línea de exigencia de publicidad adecuada, cabe traer a colación las Sentencias del Tribunal de 13 de abril de 2010, *Wall AG y Municipio de Fráncfort del Meno* (C-91/08); de 9 de septiembre de 2010, *Ernst Engelmann* (C-64/08) y Sentencia de 3 de junio de 2010, *Asunto Sporting Exchange* (C-203/08).

⁷⁹ CAÑO GÓMEZ, M., “La nueva contratación pública: cuadro para una exposición”, www.obp.es, de 24 de noviembre de 2014. Sobre las posibilidades de la contratación electrónica resulta de interés la monografía de MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, R., *La contratación pública electrónica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015 y el *Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación electrónica en la UE* (Documento COM 2010 [571] Final), publicado por la Comisión Europea en octubre de 2010 ha definido la contratación pública electrónica de forma general, incluyendo no solo los procedimientos de contratación efectuados íntegramente por medios electrónicos (noción estricta) sino también la utilización de las TIC en cualquier fase de los procedimientos de contratación pública (noción amplia). Resulta de interés la Comunicación de la Comisión de 2013 titulada “Contratación pública electrónica de extremo a extremo para modernizar la administración pública” (Documento COM [2013] 453 final); RAZQUIN LIZÁRRAGA, M. M., “La Ley de Contratos del Sector Público: balance crítico, aplicación y novedades, en especial, para los entes locales”, *RAP* núm. 186, 2011, pág. 57.

autoridades de contratación a fin de garantizar la eficiencia económica y un alto nivel de competencia. Dicho marco debe incluir mecanismos de control a priori y a posteriori adecuados para la contratación pública a fin de garantizar la eficiencia y el cumplimiento de la legislación”.

El principio de transparencia está muy referenciado a lo largo de la nueva Directiva⁸⁰ consciente el legislador de la importancia en la consecución de una gestión eficiente de todos los recursos públicos a la vez de preservar la regla de la igualdad de trato efectiva entre todos los potenciales licitadores y de una gestión transparente compatible con el derecho a una buena administración⁸¹. Así, se plasma en diferentes artículos la necesidad⁸² de hacer efectiva la transparencia: bien en la actuación de los poderes y entidades adjudicadoras, bien incrementando una mayor publicidad⁸³ en las diferentes fases del procedimiento de licitación, bien mediante la información que se ofrece a los potenciales licitadores o candidatos que permita abrir la competencia del contrato licitado mediante la imparcialidad de los procedimientos de licitación⁸⁴.

⁸⁰ Al respecto, cabe recordar que este principio que ya estaba recogido en los Considerandos de la Directiva 2004/18/CE, junto con el principio de igualdad de trato y no discriminación, principios que se fundamentan en los Tratados de la Unión (derecho originario), por lo que su *vis atractiva* alcanza a todo contrato al margen del concreto importe. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal en la Sentencia de 14 de junio de 2007, *Medipac-Kazantzidis A y Venizeleio-Pananeio* (C-6/05) que aplica los principios del Tratado en contratos que no alcanzaban el umbral comunitario y la Sentencia de 13 de abril de 2010 de la Gran Sala del Tribunal de Justicia, *Wall AG y Municipio del Fráncfort del Meno* (C-91/08).

⁸¹ RÍOS MARÍN, E., *La contratación pública local: avances y retrocesos en su regulación. Incidencia de las Directivas “de cuarta generación”*, Ed. Atelier, 2016.

⁸² ARROWSMITH, S. en *The revised Agreement on Government Procurement: changes to the procedural rules and other transparency provisions*, *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*; Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pág. 286, ha identificado los cuatro ejes esenciales del principio de transparencia: a) asegurar una publicidad adecuada de las licitaciones que garantice el conocimiento por los potenciales interesados de las posibilidades de contratación; b) garantizar que los poderes adjudicadores ponen en conocimiento de los potenciales licitadores las reglas o criterios de adjudicación de los contratos; c) favorecer la consolidación de un sistema que limita en lo posible las facultades discrecionales de los órganos de contratación y d) facilitar que se pueda verificar que se han cumplido las reglas que han de observarse y, en su caso, poder garantizar su respecto a través de un sistema de recursos que tenga por finalidad hacer cumplir las normas observables.

⁸³ Sobre la necesidad que la publicidad no se limite a ser un mero principio formal, sino que la finalidad es que se genere competencia o concurrencia empresarial, me remito al trabajo de GIMENO FELIÚ, J. M., “La obligación de publicidad de todas las licitaciones en la plataforma de contratos del sector público. Hacia una efectiva política de transparencia”, publicado en www.obp.es, de 12 de mayo de 2014 y en el artículo “La lucha contra la corrupción: la transparencia en los procedimientos de contratación pública”, en *Temas para el debate*, noviembre 2016, núm. 264, págs. 35 a 37. No obstante, como señala SANMARTÍN MORA, M. A., en “Las nuevas obligaciones de transparencia...”, *op. cit.*, los efectos de la transparencia no se agotan en las obligaciones de publicidad activa, sino que como principio inspirador de la contratación tiene reflejo en la propia configuración de los procedimientos de contratación; SÁNCHEZ GRAELLS, A. “El “Nuevo” principio de competencia en la Directiva 2014/24: ¿un juego de presunciones?” en Observatorio de Contratación Pública, 9 de junio de 2014, www.obpc.es, *IDEM*, “Reflexiones críticas en torno a la disciplina del comportamiento de Mercado del comprador público” en *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Rafael Fernández y Acevedo, Patricia Valcárcel Fernández (coords.), Civitas, Cizur Menor, 2014, págs. 275 a 298.

⁸⁴ El Tribunal se ha pronunciado en la Sentencia del Tribunal de 6 de abril de 2006 *ANAV* (C-410/04), apartado 21; y en la Sentencia de 13 de abril de 2010, *Landgericht Franckfurt am Main*; STJUE de 9 de septiembre de 2010, *Ernst Engelmann* y Sentencia de 3 de junio de 2010, *Raad van State* anteriormente citadas.

Sentado lo anterior, cabe hacer especial referencia a la **publicidad** como medio de hacer efectiva la efectiva transparencia, no mero principio formal⁸⁵. La publicidad, mediante los instrumentos que se utilicen -técnicos y regulatorios- debe generar competencia o concurrencia empresarial, tal y como bien advierte la Sentencia del Tribunal, de 15 de octubre de 2009, *Acoset*, (C-196/08) al afirmar que “*los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad implican en particular una obligación de transparencia, que permite que la autoridad pública concedente se asegure de que tales principios son respetados*”.

En concreto, el precitado artículo 3 ya prevé la necesidad de la actuación transparente por parte de los poderes adjudicadores tanto en la adjudicación como en la ejecución y posteriormente se encuentra presente en el articulado en sede de la exclusión de las entidades a las que se hayan otorgado derechos especiales o exclusivos mediante un procedimiento objeto de publicidad adecuada (artículo 7.2.b), en las obligaciones de transparencia sociales de las exclusiones en base a un derecho exclusivo (artículo 10.2), en la previsión de medidas de lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de interés (artículo 35), en la limitación del número de candidatos o licitadores (artículo 37.3), en los supuestos de publicidad⁸⁶ de los anuncios de contratación (artículo 31) y anuncios de adjudicación de concesiones (artículo 32), en el acceso electrónico a la documentación (artículos 29 y 34), en la confidencialidad⁸⁷ de la información (artículo 28), en la lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses (artículo 35) y en las modificaciones en los supuestos previstos en el artículo 43 de la Directiva ya que se reconoce el derecho de todos los posibles licitadores y candidatos a tener información más completa sobre el contrato desde el principio, y también en la ejecución, y mediante la modificación de determinados preceptos de la Directiva de recursos para conseguir un sistema más efectivo de recursos.

⁸⁵ Vid. el trabajo de MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M., “Transparencia” vs “transparencia” en la contratación pública. Medidas para la transparencia material en todas las fases de la contratación pública como antídoto contra la corrupción”, publicado en *Diario La Ley*, núm. 8607, Sección Doctrina, 17 de septiembre de 2015.

⁸⁶ OLLER RUBERT, M., “Notas sobre gobernanza en la contratación pública: el perfil del contratante como instrumento de transparencia”, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, núm. 135, 2015.

⁸⁷ El Informe núm. 15/2012, de 19 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad Autónoma de Aragón ha tratado el encaje entre el principio de transparencia y confidencialidad.

Junto al principio de transparencia, el **principio de competencia** constituye uno de los pilares de la contratación pública. En efecto, la armonización legislativa operada con la nueva Directiva responde a la necesidad de dotar una mayor seguridad jurídica en los procedimientos de adjudicación de las concesiones y alcanzar una plena competencia efectiva en la contratación que garantice un uso eficaz de los fondos públicos en aras de la realización de las libertades fundamentales en la integración europea. Así las cosas, el principio de competencia está presente a lo largo de todo el articulado⁸⁸ de la Directiva, ya sea de forma independiente o como corolario de los principios de igualdad y no discriminación⁸⁹ y, como ha señalado RAZQUIN LIZÁRRAGA⁹⁰, pasa a ser la piedra angular de la contratación, puesto que sin competencia o con competencia falseada no hay contratación que pueda ser reputada como válida.

La jurisprudencia comunitaria había ido señalando la necesidad de hacer efectiva esta competencia⁹¹. En concreto, el Tribunal⁹² ha declarado que uno de los objetivos de las normas comunitarias en materia de contratos públicos es la apertura a la competencia más amplia posible y que redunde en interés del Derecho comunitario que se garantice la participación más amplia posible de licitadores. A este respecto, es necesario añadir que dicha apertura a la competencia más amplia posible se pretende no únicamente en aras del interés comunitario en materia de libre circulación de bienes y servicios, sino también en interés de la propia entidad adjudicadora implicada, que

⁸⁸ FERNÁNDEZ GARCÍA, J. F., “Contratación administrativa y libre competencia” en *REDA* núm. 158, 2013, págs. 89 a 125.

⁸⁹ MEDINA ARNÁIZ, T., “Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: Perspectiva europea y su incidencia en la legislación española”, en *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Rafael Fernández y Acevedo, Patricia Valcárcel Fernández (coords), Civitas, Cizur Menor 2014, págs. 319 a 334.

⁹⁰ RAZQUÍN LIZÁRRAGA, M. M., “Las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014...”, *op. cit.*, pág. 102.

⁹¹ El Tribunal se pronunció en la Sentencia 11 de enero de 2005, *Stadt Halle y RPL Lochau*, (C-26/03), Rec. P. I-1, apartados 44 y 47; de 13 de diciembre de 2007, *Bayerischer Rundfunk* y otros, (C-337/06), Rec. P. I-11173, apartado 39; de 19 de mayo de 2009, *Assitur*, (C-538/07), Rec. P. I-4219, apartado 26 y de 23 de diciembre de 2009, *CoNISMa*, (C-305/08), Rec. P. I-12129, apartado 37.

⁹² En la Sentencia de 23 de diciembre de 2009 *Consortio Nazionales Interuniversitario per le Scienze del Mare* (C-305/08), el Tribunal señaló en el apartado 38: “*En este espíritu de apertura de los contratos públicos a la competencia más amplia posible, el Tribunal de Justicia ha declarado también que las normas comunitarias que regulan esta materia son aplicables cuando la entidad con la que una entidad adjudicadora proyecta celebrar un contrato a título oneroso es, también ella, una entidad adjudicadora (véase, en este sentido, la sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, antes citada, apartado 47 y jurisprudencia citada). Pues bien, conforme al artículo 1, apartado 9, de la Directiva 2004/18, una entidad adjudicadora es una entidad que cumple una función de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil. Tal organismo no ejerce, con carácter principal, una actividad lucrativa en el mercado*”.

dispondrá así de una elección más vasta en cuanto a la oferta más ventajosa y mejor adaptada a las necesidades de la colectividad pública de que se trate.

Dentro del principio de competencia, cabe resaltar el artículo 35 de la Directiva sobre el conflicto de intereses⁹³ -que también vela por mantener una objetividad e igualdad⁹⁴ en los procedimientos-, la posibilidad de exclusión del procedimiento de licitación de cualquier operador económica si se da alguna de las situaciones del artículo 38.7.e) en aras a la protección de una libre competencia⁹⁵ y el artículo 41 relativo a la exigencia que los criterios de adjudicación sean claros y no vulneren la competencia efectiva.

Por último, cabe hacer especial mención al **principio de integridad** que se incorpora por primera vez en este elenco de principios rectores de la contratación pública. El principio de integridad tiene su origen en el principio de buena administración⁹⁶, impulsado desde la Unión Europea, cuya Carta de Derechos Fundamentales ha incluido diferentes derechos en relación a esta cuestión como el derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable (artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales). La nueva Directiva plantea diversas medidas para garantizar la integridad⁹⁷ de los procedimientos de contratación pública y para la consecución de los

⁹³ Sobre este régimen de conflictos de interés me remito a los trabajos de MEDINA ARNÁIZ, T., “La aplicación de las prohibiciones de contratar según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el libro *Observatorio de los Contratos Públicos, número monográfico especial (2015), Las nuevas Directivas de Contratación Pública*, 2015, GIMENO FELIÚ, J. M. (dir.), Civitas, Cizur Menor, págs. 383 a 394.

⁹⁴ La Sentencia del Tribunal de 12 de marzo de 2015, *eVigilo*, (C-538/13) señala en el apartado 35 que: “*el riesgo de que el poder adjudicador público se deje guiar por consideraciones ajenas al contrato en cuestión y se dé preferencia a un licitador por ese mero hecho*”.

⁹⁵ Sobre las medidas de defensa frente a la corrupción y principio de competencia me remito al trabajo de MEDINA ARNÁIZ, T., “Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública...”, *op. cit.*

⁹⁶ PONCE SOLÉ, J., “Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 40, febrero de 2016, págs. 74 a 75, *IDEM*, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento debido*, Lex Nova, Valladolid, 2001, págs. 156 y ss; MEILÁN GIL, J. L., “La buena administración como institución jurídica”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 87, septiembre-diciembre, 2013, págs. 13 a 50; TORNOS MAS, J., “El principio de buena administración o el intento de dotar de alma a la Administración”, *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, vol. I, Gobierno de Aragón, Cortes de Aragón, 2008, págs. 829 y ss; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006 y *Dereito fundamental à Boa Administração Pública*, Forum, Belo Horizonte, 2012; TOMÁS MALLÉN, B., *El derecho fundamental a una buena administración*, INAP, Madrid, 2004, págs. 89 y ss.

⁹⁷ GIMENO FELIÚ, J. M., “El necesario big-bag contra la corrupción en materia de contratación pública y su modelo de control”, *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, R.I.T.I. núm. 2, septiembre-diciembre, 2016; *IDEM*, “La corrupción en el contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad”, *La corrupción en España: ámbitos, causas y remedios jurídicos*, GIMENO FELIÚ, J. M.; VILLORIA MENDIETA, M. y TEJEDOR BIELSA, J. (dirs.), Atelier, Barcelona, 2016, págs. 247 y ss; *IDEM*, “La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la

principios anteriormente analizados. Se trata de un objetivo fundamental en la actualidad de nuestro Derecho y prácticas administrativas nacionales⁹⁸, para cuya mejor garantía se debe exigir el respeto en todo caso de los principios de igualdad, no discriminación, publicidad, transparencia y libre concurrencia. Como bien apunta CERRILLO I MARTÍNEZ⁹⁹: “*la estrecha interacción entre los sectores público y privado, los amplios márgenes de discrecionalidad y el importante impacto económico de la contratación pública, son elementos que facilitan que la contratación pública sea un ámbito expuesto a la mala administración como resultado de la existencia de conflictos de intereses, favoritismos o corrupción*”.

En concreto, los conflictos de intereses, las conductas ilícitas, los impedimentos a la adjudicación, las ofertas anormalmente bajas y las consultas preliminares del mercado y las modificaciones de los contratos durante su vigencia pueden afectar el principio de integridad. Además, la Directiva establece medidas de gobernanza en los contratos públicos ya que se obliga a los Estados miembros a establecer estructuras de apoyo jurídico y económico que ofrezcan asesoramiento, orientación, formación y ayuda para preparar y llevar a cabo los procedimientos de contratación mediante el seguimiento y emisión de informes (artículo 45). Así, los poderes adjudicadores tendrán la obligación de transmitir el texto de los contratos celebrados a fin de detectar pautas sospechosas y de permitir a los interesados acceder a estos documentos, siempre que no resulten perjudicados intereses públicos o privados legítimos.

El artículo 35 de la Directiva impone que los Estados miembros exigirán a los poderes adjudicadores y a las entidades adjudicadoras que tomen las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción y prevenir¹⁰⁰, detectar y

contratación pública”, *REDA* núm. 147 (2010), págs. 517 a 535; *IDEM*, “Transparencia activa e integridad...” *op. cit.*, *IDEM*, “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos...” *op. cit.*; MEDINA ARNÁIZ, T., “La necesidad de reformar la legislación sobre contratación pública para luchar contra la corrupción: las obligaciones que nos llegan desde Europa”, *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 104, núm.2, 2016, págs. 77 a 113; *IDEM*, “Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública”, *Diario La Ley* núm. 7382, Sección Doctrina, 16 de abril de 2010; GONZÁLEZ SANFIEL, A., “La integridad en la contratación pública...” *op. cit.*

⁹⁸ MORENO MOLINA, “La cuarta generación de Directivas...” *op. cit.*; GIMENO FELIÚ, J. M., “La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? ...” *op. cit.* y MEDINA ARNÁIZ, T., “Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción...” *op. cit.*

⁹⁹ CERRILLO I MARTÍNEZ, A., *El principio de integridad en la contratación...*, *op. cit.*, págs. 157 a 250 y FERNÁNDEZ MALLOL, A. L., “La integridad del procedimiento de contratación pública en el derecho de la Unión Europea. El conflicto de interés y su incidencia sobre la regulación de las prohibiciones para contratar, las causas de incompatibilidad y las disposiciones sobre transparencia y buen gobierno”; *REALA* núm. 2, julio-diciembre 2014.

¹⁰⁰ Véase el Libro Verde de la Comisión sobre “la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un Mercado europeo de la contratación pública más eficiente”, COM (2011) 15 final, de 25 de enero de 2011,

solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de adjudicación de concesiones a fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia del procedimiento de adjudicación y la igualdad de trato de todos los candidatos.

También se establecen medidas contra comportamientos ilícitos de los candidatos y licitadores, como los intentos de influir indebidamente en el proceso de toma de decisiones o de llegar a acuerdos con otros participantes para manipular el resultado del procedimiento (artículo 38.7 e) de la Directiva), ya que dichas conductas infringen los principios básicos de contratación y pueden llegar a falsear la competencia.

De todo lo expuesto, se infiere la importancia de la observancia de los principios analizados como garantía para la correcta tramitación del procedimiento de licitación y para la uniformidad de la aplicación de los principios del TFUE en los Estados miembros.

2. ÁMBITO SUBJETIVO DE LA NUEVA DIRECTIVA

La delimitación del ámbito subjetivo ha venido suscitando grandes problemas desde el inicio de la transposición de las directivas comunitarias al ordenamiento interno de los Estados miembros. La correcta regulación del ámbito subjetivo de los contratos es determinante para la aplicación e integración de la normativa de contratación. Prueba de ello han sido las numerosas sentencias condenatorias a diferentes Estados miembros que a continuación se examinarán.

El artículo 1.2 de la Directiva concreta el ámbito de aplicación desde el punto de vista del objeto del contrato a las concesiones de obras o servicios otorgadas a los

pág. 54, así como las respuestas a las consultas del Libro Verde dadas por los investigadores del Proyecto financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (DER JURI 2009-12116), recogidas en la obra colectiva *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, págs. 459-516.

operadores económicos por “*poderes adjudicadores*” o “*entidades adjudicadoras*”¹⁰¹ siempre que las obras o servicios estén destinadas a la realización de alguna de las actividades recogidas en el Anexo II¹⁰². La inclusión tanto de los poderes adjudicadores como de las entidades adjudicadoras es el resultado de integrar la terminología de la Directiva clásica 2004/18/CE y la Directiva 2004/17/CE.

2.1. Concepto de “*poder adjudicador*” y en particular de “*organismo de derecho público*” en la Directiva. Análisis normativo y jurisprudencial

A modo de antecedentes, cabe destacar que el ámbito subjetivo de los contratos empezó a fijarse en las primeras Directivas (70/32/CEE¹⁰³, 89/440/CEE¹⁰⁴, 92/50/CEE¹⁰⁵, 93/36/CEE¹⁰⁶, 93/37/CEE¹⁰⁷ y 93/38/CEE¹⁰⁸) así como el concepto de “*poder adjudicador*”, término que hace referencia a las entidades o Administraciones contratantes. La Directiva 2004/17/CE y la Directiva 2004/18/CE unificaron el ámbito

¹⁰¹ La Directiva 2004/18/CE hacía referencia a los “*poderes adjudicadores*”: Estado, entes territoriales, organismos de derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho público, mientras que la Directiva 2004/17/CE regulaba en su artículo 2 dentro de las “*entidades adjudicadoras*”: a los “*poderes adjudicadores*”, “*empresas públicas*” y “*entidades adjudicadoras*” que tuviesen algún derecho especial o exclusivo y que, en cualquier caso, en los tres supuestos realizasen alguna de las actividades de gas, calefacción, electricidad, agua, servicio de transporte, servicios postales y prospección y extracción de petróleo, gas, carbón, y otros combustibles sólidos, puestos y aeropuertos. Ahora se distingue entre poderes adjudicadores –concepto que incluye los organismos de derecho público- por una parte y, las entidades adjudicadoras por otra, y dentro de éstas las empresas públicas y entidades que tiene otorgados derechos especiales y exclusivos.

¹⁰² El Anexo II hace referencia a determinadas actividades de gas, calefacción, electricidad, actividades de 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; actividades relativas a servicios postales; otros servicios distintos de los servicios postales y cuando dichos servicios los preste una entidad que preste igualmente servicios postales consistentes en la recogida, la clasificación, la expedición y la distribución de envíos postales; 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. Se elimina con la nueva redacción la inclusión en el Anexo III del sector del agua, en concreto: la puesta a disposición o explotación de redes fijas a prestar un servicio al público en relación con la producción, transporte o la distribución, y el suministro a dichas redes; salvo determinados casos excluidos y actividades relativas a la 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.

¹⁰³ Directiva 70/32/CEE, de la Comisión, de 17 de diciembre de 1969, sobre suministros de productos al Estado sus entes territoriales y personas jurídicas de Derecho público (DO L 13, de 19.1.1970).

¹⁰⁴ Directiva 89/440/CEE, de 18 de julio de 1989, sobre adjudicación de contratos públicos de obras (DO L 210, de 21.7.1989).

¹⁰⁵ Directiva 92/50/CEE, del Consejo de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, de 24.7.1992).

¹⁰⁶ Directiva 93/36/CEE, del Consejo de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (DO L 199, de 9.8.1993).

¹⁰⁷ Directiva 93/37/CEE, del Consejo de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obra (DO L 199, de 9.8.1993).

¹⁰⁸ Directiva 93/38/CEE, del Consejo de 14 de junio de 1993 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO L 199, de 9.8.1993).

subjetivo de aplicación y, en especial, el concepto de “*poder adjudicador*”, término con que se alude a las entidades contratantes, centrándose en la definición del concepto de “*organismo de derecho público*”¹⁰⁹.

Siguiendo esta línea, la presente Directiva aclara los conceptos y da continuidad a dichas definiciones que aplica por primera vez a las concesiones.

El artículo 6 incluye dentro del concepto “*poderes adjudicadores*”:

- a) el Estado¹¹⁰,
- b) las autoridades regionales o locales¹¹¹:

¹⁰⁹ GIMENO FELIÚ, J. M., en el trabajo *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública...*, *op. cit.*; IDEM, “El ámbito subjetivo de aplicación TRLCSP: luces y sombras”, *RAP* núm. 176, 2008, págs. 9 a 54, IDEM, “Los sujetos contratantes: alcance del concepto poder adjudicador en la ley de Contratos del sector público”, *Noticias de la Unión Europea* núm. 298, 2009, págs. 55 a 70, IDEM, “La necesaria interpretación subjetivo-funcional del concepto de poder adjudicador en la contratación pública”, *RAP* núm. 151, 2000, págs. 425 a 440; PIÑAR MAÑAS, J. L., “La aplicación a entidades privadas de la normativa de contratos públicos y sobre la necesidad de prever medidas cautelares autónomas. Importante STJUE de 15 de mayo de 2003 por la que se condena a España en materia de contratos”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 585, 2003; MORENO MOLINA, J. A., “Reciente evolución del Derecho Comunitario de la Contratación pública. El asunto C-214/2000 Comisión contra España”, en *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis de la nueva normativa sobre contratación pública*, GIMENO FELIÚ, J. M., (coord.), Atelier, Barcelona, 2004, págs. 17 a 36; NOGUERA DE LA MUELA, B., “El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de contratos del Sector Público: Consecuencias de Régimen Jurídico. Los encargos “*in house*” como supuesto excluido de su aplicación”, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, 2011 págs. 371 a 398, IDEM, “El control de la contratación pública en el Derecho Comunitario y en el Ordenamiento jurídico-administrativo español. Breve apunte a propósito de las modificaciones introducidas en el TRLCAP por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social”, en GIMENO FELIÚ, J. M., (coord.) *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, 2004, págs. 95 a 130, IDEM, “Consecuencias de la Sentencia del TJUE de 15 de mayo de 2003 (Comisión/España) en el Ordenamiento jurídico español: Concepto de poder adjudicador, actos separables en los contratos de las sociedades mercantiles públicas y tutela cautelar contractual. La nueva regulación introducida por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, número 4, 2004, págs. 88 a 101; y en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 53, 2004, págs. 17 a 46; RAZQUIN LIZÁRRAGA, J. A., “El impacto de la Jurisprudencia comunitaria europea sobre contratos públicos (2003-2004) en el Ordenamiento jurídico interno”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 37 enero/junio 2004, págs. 205 a 238; CARRILLO DONAIRE, J., “Un nuevo paso en la jurisprudencia comunitaria sobre el concepto de poder adjudicador: la Sentencia del TJUE de 16 de octubre de 2003, sobre procedimiento de adjudicación de los contratos de obras públicas con ocasión de una licitación a cargo de la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 51, 2003, págs. 127 a 151; BERNAL BLAY, M. A., “Acerca de la transposición de las directivas comunitarias sobre contratación pública. Comentario a la STJUE de 13 de enero de 2005, As. C-84/03 (*Comisión Vs. Reino de España*) y el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo”, *RAP* núm.168, 2005, págs. 167 a 185; OLLER RUBERT, M., *El régimen de contratación de los poderes adjudicadores que no son Administración Pública*, Ed. Reus, Madrid, 2013, págs. 51 a 64; CHINCHILLA MARÍN, C., “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (I)...”, *op. cit.*; GÁLLEGO CÓRCOLES, I., “El concepto de poder adjudicador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (I), *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, núm. 77, 2008, pág. 44, IDEM, “El concepto de poder adjudicador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (y II), *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, núm. 78, 2008, pág. 76, IDEM, “Algunas reflexiones en torno al ámbito de la Ley de Contratos del Sector Privado”, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, núm. 72, 2008, pág. 36 a 46.

¹¹⁰ El concepto de Estado ha sido analizado por el Tribunal en la Sentencia de 17 de septiembre de 1998, *Comisión contra Reino de Bélgica*, (C-323/96) en relación con el Vlaamse Raad, y afirma que el concepto comprende necesariamente todos los órganos que ejercen los poderes legislativo, ejecutivo y judicial y lo mismo sucede con los órganos que en un Estado de estructura descentralizada ejercen estos poderes en la esfera de las entidades descentralizadas.

-“las autoridades regionales”, de acuerdo con el artículo 6.2 serán todas las autoridades de las unidades administrativas enumeradas de manera no exhaustiva en los niveles NUTS 1 y 2 a que se hace referencia en el Reglamento (CE) nº 1059/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo¹¹².

-“las autoridades locales”, de acuerdo con el artículo 6.3, serán todas las autoridades de las unidades administrativas incluidas en el nivel NUTS 3 y las unidades administrativas menores a que se hace referencia en el Reglamento (CE) nº 1059/2003.

Y que sean distintos de los que desarrollan alguna actividad¹¹³ del Anexo II y adjudiquen una concesión para la realización de una de esas actividades.

c) “los organismos de Derecho público”, de acuerdo con el artículo 6.4 será cualquier organismo que reúna todas las características¹¹⁴ siguientes:

- 1.- que se haya creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general¹¹⁵ que no tengan carácter industrial o mercantil,
- 2.- que esté dotado de personalidad jurídica, y
- 3.- que esté financiado mayoritariamente por el Estado, por autoridades regionales o locales, o por otros organismos de Derecho público, o que esté sujeto a la supervisión de dichos organismos, que cuente con un órgano de administración, de dirección o de supervisión más de la mitad de cuyos miembros sean nombrados por el Estado, por autoridades regionales o locales o por otros organismos de Derecho público.

¹¹¹ La Directiva 2014/24/UE de contratos también hace mención expresa a los “*poderes adjudicadores subcentrales*” (artículo 2.3: todos aquellos que no sean las autoridades, órganos u organismos estatales). Al respecto, tanto la Directiva 2014/24/UE como la Directiva 2014/25/UE prevén un régimen de contratación simplificado a todos los “*poderes adjudicadores*” cuyo ámbito está situado por debajo del nivel de la Administración central, autoridades locales y regionales.

¹¹² Reglamento (CE) núm. 1059/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, por el que se establece una nomenclatura común de unidades territoriales estadísticas (NUTS) (DO L 154 de 21.6.2003, pág. 1).

¹¹³ Se conserva la definición dada por la Directiva 2004/18/CE (artículo 1.9) y Directiva 2004/17/CE (artículo 2.1) al concepto de “*poderes adjudicadores*”, si bien ahora se excluye expresamente a los contratos de concesión que hagan referencia a los actividades del Anexo II.

¹¹⁴ De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, los tres requisitos tienen carácter acumulativo, Sentencia de 10 de abril de 2008, *Ing. Aigner*, (C-393/06), Rec. P. I-2339, apartado 36 Sentencia de 11 de junio de 2009 *Hans&Christophorus Oymanns GbR*, (C-300/07).

¹¹⁵ Se está admitiendo la posibilidad que existan actividades de interés general con carácter industrial o mercantil y actividades de interés general sin dicho carácter. FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J. M., en su obra *Comentarios a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público*, Editorial Bosch, Barcelona, 2008, afirma que el criterio de la falta de carácter industrial o mercantil de la actividad tiene un significado autónomo.

d) las asociaciones formuladas por uno o varios de tales autoridades u organismos de Derecho público distintos de aquellos que desarrollen algunas de las actividades recogidas en el Anexo II y adjudiquen una concesión para la realización de una de esas actividades.

Este último apunte es importante¹¹⁶ puesto que va a ser uno de los elementos que distinga los “*poderes adjudicadores*” de las “*entidades adjudicadoras*” ya que solo se vinculan las actividades especificadas en el Anexo II a las “*entidades adjudicadoras*” mientras que los “*poderes adjudicadores*” será en todo caso que no tratándose de estas actividades del Anexo II, el objeto y la cuantía estén dentro del ámbito de aplicación de la Directiva.

Respecto al concepto de organismo de derecho público, la Directiva mantiene la definición que ya contenía la Directiva 2004/18/CE para los contratos en general si bien la traslada específicamente a las concesiones.

El Considerando 21 de la Directiva hace referencia a la evolución jurisprudencial del concepto “organismo de derecho público” y aclara determinados aspectos:

“El concepto de “organismos de Derecho público” ha sido examinado reiteradamente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha formulado al respecto una serie de aclaraciones que resultan clave para entender plenamente este concepto. Por tanto, ha de precisarse que un organismo que opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad no debe ser considerado un “organismo de Derecho público”, ya que puede considerarse que las necesidades de interés general para cuya satisfacción ha sido creado dicho organismo o que se le ha encargado satisfacer tienen carácter industrial o mercantil. De modo similar, la condición relativa al origen de la financiación del organismo considerado también ha sido examinada en la jurisprudencia del Tribunal, que ha precisado, entre otras cosas, que la financiación “en su mayor parte” significa “en más de la mitad” y que dicha financiación puede incluir pagos procedentes de usuarios que son impuestos, calculados y recaudados conforme a las normas de Derecho público”.

¹¹⁶ Si bien ya se desprende de la definición de “entidades adjudicadoras” del artículo 7 de la Directiva.

De acuerdo con la jurisprudencia emanada de la Sentencia de 16 de octubre de 2003 *Comisión contra España*, (C-283/00)¹¹⁷ en la que el Tribunal afirmó que el concepto “necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil” pertenece al Derecho comunitario y, por consiguiente, ha de recibir en toda la Unión Europea una interpretación autónoma y uniforme, que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición en la que figura y el objetivo que persigue la normativa de que se trate¹¹⁸. Además, según el Tribunal, constituyen necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil, en el sentido de las directivas comunitarias relativas a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, aquellas necesidades que, por una parte, no se satisfacen mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado y que, por otra, por razones de interés general, el Estado decide satisfacerlas por sí mismo o respecto de las cuales quiere conservar una influencia determinante (Sentencia de 27 de febrero de 2003, *Adolf Truley*, C-373/00).

Sentada la actual regulación normativa del ámbito subjetivo, considero necesario hacer un pequeño repaso a la jurisprudencia del Tribunal dictada al respecto. Tal y como ha ido reconociendo expresamente el legislador comunitario¹¹⁹, la jurisprudencia del Tribunal ha tenido un papel fundamental como auténtica fuente del Derecho Comunitario en la interpretación y definición del concepto “*poder adjudicador*”¹²⁰ y, en especial, del concepto “*organismo de derecho público*”. En efecto, esta jurisprudencia fue delimitando el alcance y contenido de cada uno de los requisitos que integran el concepto de “*organismo de derecho público*” plasmándolo en las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE concepto que se mantiene en las nuevas Directivas de cuarta generación.

¹¹⁷ GARCÍA ENTERRÍA, E., “Una nueva sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la sumisión a las normas comunitarias sobre contratación pública de las sociedades mercantiles de titularidad de las administraciones públicas (Sentencia Comisión contra España, de 16 de octubre de 2003, C-283/200)”, *REDA* núm. 120 (octubre-diciembre 2003), págs. 667 a 677.

¹¹⁸ A diferencia de la propuesta de Directiva, en la redacción definitiva se ha eliminado la coletilla “*o tener dicha satisfacción como objetivo específico*” y tampoco se mantiene la aclaración que un organismo funciona en condiciones comerciales normales a efectos de lo dispuesto en el apartado a) cuando tiene por “*objeto obtener un beneficio y soporta las pérdidas que puedan derivarse del ejercicio de su actividad, no actúa con el fin de satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil*”. En este sentido, se pronunciaba el Tribunal en las Sentencias de 15 de enero de 1998, *Manesman* (C-44/96); de 22 de mayo de 2003 *Korhonen* (C-18/01) apartado 15; de 16 de octubre de 2003 *Siepsa*, (C-283/00); y de 13 de enero de 2005 *Comisión contra España* (C-84/2003), en la que hacía referencia a condiciones normales de mercado.

¹¹⁹ Así se refleja el Considerando 10 de la Directiva 2014/24/UE siguiendo la línea las anteriores Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE.

¹²⁰ PÉREZ VAN KAPPEL, A., “Crónica de jurisprudencia del Tribunal en materia de contratación pública en el año judicial 2002/2003, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 227, septiembre-octubre 2003, pág. 36.

Como apunte previo al análisis de las principales características de un “organismo de derecho público” cabe señalar que, de acuerdo con los pronunciamientos jurisprudenciales, el concepto de “organismo de Derecho público” debe recibir una interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión Europea, y se define desde un punto de vista funcional con arreglo exclusivamente a los tres siguientes requisitos acumulativos:

- a) *creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general*¹²¹, *que no tengan carácter industrial o mercantil,*

En primer lugar, se debe atender a la naturaleza de la actividad: bien satisfacer necesidades de interés general que no tengan exclusivo carácter mercantil o, en caso contrario, se trata de una gestión económica sometida al régimen jurídico privado. La interpretación de este requisito no ha sido desde los inicios pacífica¹²².

El Tribunal ya desde la Sentencia de 15 de enero de 1998 *Mannesmann* (C-44/96), ha ido afirmando que si hay una función de interés general –indudable cuando el ámbito de la actividad se designa habitualmente bajo la expresión de “obligaciones de derecho público”- al margen de que la actividad tenga vertientes mercantiles o industriales, se produce una “*vis atractiva*” del primer elemento, debiendo entenderse ese ente sometido a las reglas de la contratación pública¹²³. Así, los entes instrumentales

¹²¹ GIMENO FELIÚ, J. M., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública...*, *op. cit.*; IDEM, *La nueva contratación pública europea y su incidencia...*, *op. cit.*, IDEM, “La necesaria interpretación subjetivo-funcional del concepto de poder adjudicador...”, *op. cit.*, IDEM, “Reflexiones críticas sobre el Proyecto de Ley de contratos del sector público”, *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 14, (2007); NOGUERA DE LA MUELA, B., *El ámbito subjetivo de aplicación de la nueva Ley de Contratos...*, *op. cit.*, IDEM, “Consecuencias de la Sentencia del TJUE de 15 de mayo de 2003...”, *op. cit.*; MELLADO RUIZ, L., “El sistema jurídico de la contratación pública en España: novedades del régimen de los contratos realizados por entes públicos de gestión sujetos al Derecho privado”, *REDA* núm. 127, 2005, págs. 383 a 415; GÁLLEGO CÓRCOLES, I., “Algunas reflexiones en torno al ámbito subjetivo...”, *op. cit.*, págs. 36 y ss; CONCHA JARAVA, M., “El concepto de poder adjudicador en materia de contratación pública: la sentencia de 15 de enero de 1998”, en HINOJOSA MARTÍNEZ, E. (coord.), *La contratación de las Administraciones Públicas. IV Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, Junta de Andalucía-Comares, 2001, pág. 243 y ss; BAÑO LEÓN, J. M., “La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas”, *RAP* núm. 151, (2000), pág. 11 y ss; FUERTES LÓPEZ, M., “Los problemas de la delimitación entre los contratos administrativos y privados de las Administraciones Públicas”, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 6, (2000); FERNÁNDEZ GARCÍA, M. Y., “La nueva regulación de la contratación pública en el Derecho Comunitario Europeo”, *RAP* núm. 166, Madrid, enero-abril 2005, págs. 281 a 320, recuerda que si bien la jurisprudencia comunitaria se ha centrado más en delimitar lo que se entiende por carácter industrial o mercantil, la cuestión de fondo reside en clarificar el concepto de “necesidad de interés general” y estudiar dos tesis que existen al respecto “tesis nacional” y “tesis comunitarias”.

¹²² El propio Consejo de Estado en su Dictamen núm. 2.718, de 14 de diciembre de 1995, excluyó del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas al ICEX al considerar que cumplía una función industrial o mercantil, dando prioridad a esta nota frente a la de que sea una actividad de interés general.

¹²³ La cuestión principal giraba en torno si la imprenta estatal austríaca con forma societaria debe someterse o no a las normas de licitación pública en los casos de realizar otras funciones no oficiales. En este supuesto se analizaba el

que presten un servicio público o tengan que cumplir con obligaciones de servicio público, se encuentran sometidos al régimen de la legislación de contratos públicos.

Esta misma línea de *vis atractiva* del interés general, se ha seguido en la Sentencia de 10 de noviembre de 1998 *BFI Holding* (C-360/96) pues entiende que estamos en presencia de un “poder adjudicador” cuando la función es de interés general, aunque la actividad se preste en régimen de competencia. Esta puntualización es importante, pues se hace primar el elemento teleológico de la actividad sin que se vea afectado por el hecho de que las empresas privadas satisfagan o puedan satisfacer las mismas necesidades que éste, ya que la inexistencia de competencia no es un requisito necesario para definir a un “organismo de Derecho público”. Sin embargo, la existencia de competencia debe ser tenida en cuenta, pues si se trata de una competencia desarrollada y el hecho de que el organismo de que se trate actúe en situación de competencia en el mercado, puede ser un indicio de que no se trata de una necesidad de interés que no tenga carácter industrial o mercantil. En el mismo sentido, se pronunció el Tribunal en la Sentencia de 17 de diciembre de 1998 *Irish Forestry Board* (C-353/96) que la sociedad anónima creada para la gestión de los recursos forestales tiene la consideración de “poder adjudicador”.

En cuanto al carácter mercantil, en la Sentencia de 10 de mayo de 2001 *Agora Srl.* (As. C-232 y C-260/99), el Tribunal afirmó que el Ente Fiera -persona jurídica de Derecho privado- satisface necesidades de carácter mercantil ya que, por una parte, la entidad presta servicios no reservados por el Estado que se ofrecen en el mercado en el marco de la libre circulación de servicios y a cambio de contraprestación y, además, actúa con criterios de rentabilidad asumiendo el riesgo de su actividad y sin que esté prevista una compensación pública de sus eventuales pérdidas¹²⁴.

caso de una sociedad mercantil en mano pública que gozaba de ciertos derechos exclusivos y que controlaba a su vez diversas sociedades mercantiles que operan plenamente en un marco de libre competencia. El Tribunal se pronunció sobre el carácter de “organismo de Derecho Público” a efectos de la Directiva de obras tanto de la entidad titular de derechos exclusivos como de sus sociedades mercantiles filiales que carecen de ellos, afirmando dicho carácter en el primer caso y negándolo en el segundo en base no al carácter mercantil del ente sino en las necesidades para cuya satisfacción fue creado, y entiende que es irrelevante que la mayor parte de sus actividades sean independientes del servicio público que presta. El Tribunal consideró que: “*el requisito de haber sido creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil o industrial no implica que esté encargado de satisfacer dichas necesidades ni siquiera ha de atender a ellas principalmente*”.

¹²⁴ PADRÓS CASTILLÓN, X., “Derecho público y Derecho privado en la contratación de la Administración pública”, en el libro colectivo *Derecho público y Derecho privado en la actuación de la Administración pública*, Marcial Pons e Institut d’Estudis Autònoms, Madrid-Barcelona 1999, pág. 56, ya abordó este tema en su trabajo al advertir que para comprobar si una entidad satisface necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil,

En la Sentencia de 12 diciembre de 2002 *Universale Bau* (C-470/99), el Tribunal va más allá y afirmó que toda entidad, que aunque no haya sido creada inicialmente para satisfacer específicamente necesidades de interés general, pero que posteriormente se ha encargado de satisfacer dichas necesidades cumple este requisito siempre que se pueda comprobar objetivamente que satisface tales necesidades a tenor de las actividades que efectivamente ejerce.

De acuerdo con la Sentencia, de 27 de febrero de 2003 *Adolf Truley* (C-373/00 Rec. 1931)¹²⁵ y Sentencia de 22 de mayo de 2003 *Riita Korhonen y otros* (C-18/01, Rec. 5345) constituyen “necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil” aquellas necesidades que, por una parte, no se satisfacen mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado y que, por otra, por razones de interés general el Estado decide satisfacerlas por sí mismo o respecto de los cuales quiere conservar una influencia determinante. Se trata, una vez más, de un concepto autónomo de Derecho comunitario. A mayor abundamiento, en la Sentencia de 27 de febrero de 2003 *Adolf Truley*, el Tribunal afirmó que estamos ante una actividad de interés general aún se trate de una actividad liberalizada (servicios funerarios o mortuorios) y reiteró, en el mismo sentido que en la ya precitada sentencia *Mannesmann*, que es indiferente que además de cumplir la función de satisfacer necesidades de interés general, pueda desempeñar otras actividades o que la satisfacción de necesidades de interés general solo constituya una parte relativamente poco importante de las actividades realmente emprendidas por tal entidad tampoco es pertinente, puesto que ésta sigue encargándose de las necesidades que está específicamente obligada a satisfacer. De ahí que sea indiferente que una persona jurídica distinta, que forme parte del mismo grupo empresarial, ejerza actividades mercantiles. Una sociedad anónima que ha sido creada por un ente territorial al que pertenece y que éste administra, satisface una necesidad de interés general (en el sentido del artículo 1, letra b) párrafo segundo, de la Directiva 92/50/CEE, del Consejo,

luego de analizar sus funciones, conviene examinar el estado de gastos e ingresos para comprobar si puede como mínimo atender a sus gastos corrientes de personal y funcionamiento.

¹²⁵ En este supuesto concreto se planteó si una empresa municipal mixta vienesa encargada de prestar los servicios funerarios era o no “poder adjudicador”. El apartado 57 de la Sentencia afirmó que: “*Las actividades mortuorias y de pompas fúnebres pueden responder a una necesidad de interés general: están relacionadas con el orden público (control de defunciones, higiene y salud pública). La circunstancia de que un ente público territorial esté legalmente obligado a hacerse cargo de la inhumación por motivos sanitarios si en cierto plazo nadie se ocupa de ello, constituye un indicio de la existencia de tal necesidad*”.

de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios) cuando contrata servicios con objeto de fomentar el desarrollo de actividades industriales o comerciales en el territorio del referido ente. El carácter industrial o mercantil corresponde al órgano jurisdiccional nacional que estudiará las circunstancias que rodearon la creación de la sociedad y las condiciones en que ejerce su actividad, incluidas la falta de ánimo de lucro como objetivo principal, la no asunción de los riesgos derivados de dicha actividad así como la eventual financiación pública de la actividad de que se trate. En dicha Sentencia, el Tribunal afirmó que el hecho de que los edificios que se vayan a construir se arrienden solamente a una empresa no desvirtúa la condición de organismo de Derecho público del arrendador, siempre que se haya acreditado que éste satisface una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil.

En la Sentencia *SIEPSA* de 16 de octubre de 2003, afirma que sin riesgo empresarial en la gestión se cumplirá siempre este requisito. La doctrina fijada en esta Sentencia es clara: “...se desprende de la jurisprudencia que la existencia o la ausencia de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil ha de apreciarse teniendo en cuenta todos los elementos jurídicos y fácticos pertinentes, tales como las circunstancias que hayan rodeado la creación del organismo de que se trate y las condiciones en que ejerce su actividad, incluidas, en particular, la falta de competencia en el mercado, la falta de ánimo de lucro como objetivo principal, la no asunción de los riesgos derivados de dicha actividad, así como la eventual financiación pública de la actividad de que se trate”.

En la Sentencia de 13 de enero de 2005 de condena al Reino de España¹²⁶, (C-84/03), el Tribunal recuerda que: “...el estatuto de Derecho privado no constituye un criterio que pueda excluir su calificación de entidad adjudicadora en el sentido de las Directivas, sin que esta interpretación implique desconocer el carácter industrial o mercantil de las necesidades de interés general que la entidad de que se trate persigue satisfacer, ya que este elemento se toma en cuenta necesariamente para determinar si

¹²⁶ NOGUERA DE LA MUELA, B., “Consecuencias de la Sentencia del TJUE de 15 de mayo de 2003...”, *op. cit.*

tal entidad cumple o no el requisito contenido en el artículo 1, letra b) párrafo segundo, primer guión de las Directivas 93/36 y 93/37”¹²⁷.

En la Sentencia de 11 de junio de 2009, *Hans & Christophorus Gbr, Orthopädie Schuhtechnik*, C-300/07, el Tribunal afirma que las cajas públicas del seguro de enfermedad de que se trata, son personas jurídicas de Derecho público, creadas por ley específicamente para satisfacer necesidades relacionadas con la salud pública, que son necesidades de interés general, y dichas necesidades no tienen carácter industrial o mercantil, en la medida en que los servicios se prestan por las citadas cajas al menos uno de lucro.

b) el ente debe tener propia personalidad jurídica desde el punto de vista funcional resultando indiferente la forma jurídica pública o privada.

El Tribunal mantiene que para dar plenos efectos al principio de libre circulación, el concepto de entidad adjudicadora debe recibir una interpretación funcional¹²⁸. De acuerdo con la Sentencia de 20 de septiembre de 1988 *Caso Beentjes* (C-31/87)¹²⁹ debe analizarse desde el punto de vista funcional en el sentido que no se establezcan diferencias en función de la forma jurídica de las disposiciones por las que se crea el organismo y se especifican las necesidades que éste debe satisfacer. Este criterio es el que viene aplicando reiteradamente el Tribunal a fin de garantizar el desarrollo correcto de las normas del Tratado y que, en el caso que nos ocupa, no hace sino poner en relieve, que la Administración es un “poder público” al que la Constitución le impone los deberes de los que no puede escaparse “*por el simple*

¹²⁷ Véanse los apartados 54 y 55 de la Sentencia del Tribunal de 15 de mayo de 2003, *Comisión/España* (As. 84/03) y los siguientes trabajos: PIÑAR MAÑAS, J. L., “La aplicación a entidades privadas de la normativa de contratos públicos y sobre la necesidad de prever medidas cautelares autónomas. Importante STUE de 15 de mayo de 2003...”, *op. cit.*; MORENO MOLINA, J. A., “Reciente evolución del Derecho comunitario de la Contratación pública...”, *op. cit.* y NOGUERA DE LA MUELA, B., “El control de la contratación pública en el Derecho Comunitario y en el Ordenamiento jurídico-administrativo español...”, *op. cit.*

¹²⁸ En este sentido, las Sentencias del Tribunal de 17 de diciembre de 1998, 1 de febrero de 2001, de 10 de mayo de 2001, de 27 de febrero de 2003, de 15 de mayo de 2003 y de 22 de mayo de 2003.

¹²⁹ En este supuesto se planteaba si una comisión local holandesa de concentración parcelaria encargada de adjudicar contratos, carente de personalidad jurídica pero sin subordinación jerárquica (no estaba formalmente integrada en la Administración del Estado). El Tribunal sentó los principios generales aplicables en el caso de existir una personalidad interpuesta al afirmar: “...el concepto de Estado, en el sentido de esta disposición, debe recibir una interpretación funcional...por consiguiente, un organismo cuya composición y funciones está prevista por la ley, y que depende de los poderes públicos tanto por la designación de sus miembros como por la garantía de las obligaciones derivadas de sus actos, como por la financiación de los contratos públicos que está encargado de adjudicar, debe considerarse comprendido en el Estado a los efectos de la disposición citada anteriormente, aunque formalmente no constituya parte integrante de él” (apartados 11 y 12 de la Sentencia).

procedimiento de creación de entes convencionales a los que intente dotarse de regímenes jurídicos exentos de tales deberes”.

En este sentido, en la Sentencia de 15 de mayo de 2003 *Comisión Vs. Reino de España* (As. C-214/00) el Tribunal afirmó que del estatuto de Derecho privado de una entidad no constituye un criterio que pueda excluir su calificación como entidad adjudicadora.

Visto lo anterior, siempre que tenga personalidad jurídica con arreglo a las disposiciones nacionales, es irrelevante que sea de derecho público o privado a los efectos del segundo requisito de las Directivas.

c) cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público, o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes públicos territoriales u otros organismos de Derecho público.

Este supuesto hace referencia a las siguientes situaciones:

I.- *Una dependencia financiera*, es decir, que la actividad del organismo esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u organismos de Derecho público (Sentencia 3 de octubre de 2000, *Universidad de Cambridge* (C-380/98). La interpretación de esta mayoría se debe entender financiación de más de la mitad, teniendo en cuenta todos los ingresos independientemente de su naturaleza y en el momento del ejercicio presupuestario. En la Sentencia del Tribunal de condena al Reino de España, de 16 de octubre de 2003, (C-283/00), afirma que en el caso específico de *SIEPSA*: *“con independencia de si existe un mecanismo oficial de compensación de posibles pérdidas de SIEPSA, parece poco probable que ésta haya de soportar los riesgos económicos derivados de su actividad. En efecto, habida cuenta de que la realización de la misión de esta sociedad constituye un elemento fundamental de la política penitenciaria del Estado español, resulta verosímil que, como único accionista, dicho Estado tome todas las medidas necesarias al objeto de evitar una*

posible quiebra de SIEPSA". De esta manera, se deben valorar todos aquellos indicios que permiten "*iuris tantum*" el desarrollo de una actividad de interés público fuera del mercado.

En todo caso, estos requisitos hacen referencia al momento de la licitación y no de la constitución de la empresa (Sentencia de 12 de diciembre de 2002, *Universale Bau*, C-470/99) y se deben interpretar de manera flexible y uniforme sin que pueda admitirse ningún margen de discrecionalidad por parte de los Estados miembros.

La Sentencia del Tribunal de 3 de octubre de 2000, *Universidad de Cambridge* (Asunto C-380/98) establecía que existe financiación mayoritariamente pública en el sentido que en ella se incluyen las becas o subvenciones concedidas por una o varias entidades adjudicadoras para fomentar la labor investigadora así como las becas para estudiantes que las autoridades locales competentes en materia de educación abonan a las universidades para cubrir los gastos académicos de determinados estudiantes. En cambio, el Tribunal entiende que no hay financiación pública, a efectos de dichas Directivas, las sumas abonadas por una o varias entidades adjudicadoras, bien en el marco de un contrato de prestación de servicios que comprenda trabajos de investigación, bien como contrapartida por la prestación de otros servicios, tales como asesoramiento u organización de conferencias.

Para calcular exactamente qué parte del organismo está financiado públicamente se deben tener en cuenta todos los ingresos que dicho organismo obtenga incluidos los de la actividad mercantil. En este asunto de la Universidad de Cambridge debe hacerse sobre una base anual y el período que debe considerarse más adecuado para calcular el modo de financiación de dicho organismo es el ejercicio presupuestario aunque tengan el carácter de previsiones.

En la Sentencia de 13 de diciembre de 2007, *Bayerischer Rundfunk* (C-337/06) el Tribunal entiende la forma de financiación indirecta que tiene su origen en un acto del Estado, pues está garantizada por el Estado y asegurada mediante una modalidad de imposición y recaudación incluida dentro de las prerrogativas de poder público, cumple con el requisito de "financiación por el Estado" a efectos de la aplicación de las normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos, sin que sea necesario

que el propio Estado establezca o designe un organismo público o privado encargado del cobro del canon.

En la Sentencia de 11 de junio de 2009, *Hans & Christophorus Oymanns GbR*, (C-300/07), el Tribunal otorga una interpretación amplia y afirma que un régimen público del seguro de enfermedad que tiene su origen en actos del Estado, está, en la práctica, garantizada por los poderes públicos y está asegurada mediante una forma de recaudación de las cotizaciones correspondientes regulada por las disposiciones de Derecho público, cumple con el requisito relativo a la financiación mayoritaria por el Estado, a efectos de la aplicación de las normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos. Y concluye que deben considerarse “organismos de Derecho público” y, por consiguiente, “poderes adjudicadores” a efectos de la aplicación de las normas de la Directiva 2004/18/CE.

En el caso específico de los colegios profesionales, en la Sentencia de 12 de septiembre de 2013, *IVD GmbH & Co. KG y Ärztekammer Westfalen-Lippen* (C-526/11), el Tribunal descarta que el colegio profesional, de derecho público, cumpla el criterio relativo a la financiación mayoritaria por parte de los poderes públicos cuando: “*dicho organismo está mayoritariamente financiado con las cuotas abonadas por sus colegiados, estando facultado por la ley para fijar cuotas y cobrar su importe, en el caso de que dicha ley no determine el alcance ni las modalidades de las acciones que el mencionado organismo lleva a cabo en el marco del cumplimiento de sus funciones legales, que las mencionadas cuotas deben financiar*”. Tampoco cumple el criterio relativo al control de la gestión por parte de los poderes públicos por el mero hecho de que la resolución en cuya virtud el mismo organismo fijan importe de las citadas cuotas de base aprobada por una autoridad de supervisión.

II.- *Un control de la gestión*, es decir, que la gestión del organismo se halle sometida a un control por parte del Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público. La Sentencia de 10 de noviembre de 1998, *BFI Holding* (As. C-360/96) reconoce tácitamente que dicho control existe aunque corresponda a la suma de varios poderes adjudicadores. En la Sentencia de 27 de febrero de 2003, *Adolf Truley* (C-373/00), el Tribunal afirma que el control de la gestión que define al “organismo de Derecho público” debe originar una dependencia frente a los poderes públicos

equivalente a la que existe cuando concurre alguno de los otros dos requisitos alternativos: financiación pública y órganos directivos mayoritariamente nombrados. La Sentencia afirma que un mero control no se ajusta al requisito de control de la gestión que establece al artículo 1.b) párrafo segundo tercer guion de la Directiva 93/36, en cambio se ajusta a tal requisito una situación en la que por una parte los poderes públicos controlan no solo las cuentas anuales del organismo de que se trate, sino también su gestión corriente desde el punto de vista de los principios de imagen fiel, legalidad, eficiencia, rentabilidad y racionalidad y estos mismos poderes públicos estén autorizados a visitar los locales e instalaciones de dicho organismo y a informar de los resultados de tales controles a un ente público territorial que, a través de otra sociedad, posee el capital del organismo en cuestión. Un mero control no basta porque no permite influir en las decisiones del organismo en materia de contratos públicos o bien,

III.- *O bien un control orgánico*, es decir, que el órgano de administración, de dirección o de vigilancia del organismo esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público.

En la Sentencia de 1 de febrero de 2001, *Comisión Francia* (As. C-237/99), el Tribunal considera sometidas al régimen de contratación pública a las empresas francesas dedicadas a la construcción de viviendas por parte de los servicios públicos de construcción y urbanización y de sociedades anónimas de viviendas de alquiler moderado, descarta la existencia de esta dependencia por el mero control *a posteriori*.

En la Sentencia de 13 de abril de 2010, *Wall AG y Municipio de Fráncfort del Meno* (As. C-91/08), el Tribunal analiza la empresa concesionaria que celebra un contrato de servicios que está incluido en el objeto de la concesión que le ha atribuido un ente territorial. La empresa en cuestión está constituida por dicho ente territorial pero que igualmente desarrolla su actividad en el mercado, pertenece en un 51% a dicho ente territorial pero los acuerdos de gestión requieren una mayoría de tres cuartos de los votos emitidos en la junta general de esa empresa, únicamente una cuarta parte de los miembros del consejo de vigilancia, incluido el presidente de éste, es nombrado por dicho ente territorial y obtiene más de la mitad de su volumen de negocios en virtud de contratos en el territorio del citado ente territorial.

En la precitada Sentencia del Tribunal de 12 de septiembre de 2013, *IVD GmbH & Co. KG y Ärztekammer Westfalen-Lippen* (C-526/11), sobre colegios profesionales, aborda también el criterio relativo al control de la gestión por parte de los poderes públicos, y llega a la conclusión que no concurre por el mero hecho de que la resolución en cuya virtud el mismo organismo fija el importe de las citadas cuotas, deba ser aprobada por una autoridad de supervisión.

A la vista de lo expuesto, se puede concluir que la interpretación funcional de este requisito significa que si existe influencia dominante habrá control al margen de la participación efectiva. Así, en una empresa pública sin participación superior al cincuenta por ciento de su accionariado, será poder adjudicador si existe influencia dominante, que siempre existirá si hay, de facto, un derecho de veto.

La concurrencia de estos requisitos determina la existencia de un “organismo de Derecho público” y, por lo tanto de “*poder adjudicador*”¹³⁰ a efectos de quedar obligado a los dictados de la nueva Directiva.

2.2. Entidades adjudicadoras

Como ya se ha señalado anteriormente, el objeto de la Directiva es específicamente los contratos de concesión de contratos de obras y servicios. Por lo tanto, el ámbito subjetivo hace referencia tanto a los poderes adjudicadores –siguiendo la Directiva 2004/18/CE- como a las entidades adjudicadoras -artículo 2.1 de la Directiva 2004/17/CE- cuando realicen, como veremos, determinadas actividades reguladas en el Anexo II¹³¹.

¹³⁰ El propio Tribunal ha reconocido la posibilidad que los organismos públicos participen en contratos públicos en paralelo a la participación de operadores económicos privados en la Sentencia de 18 de diciembre de 2013, *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze y Data medical Service Srl*, (Asunto C-568/13).

¹³¹ En este sentido, el Considerando 24 de la Directiva: “*Por tal motivo, deben aplicarse normas específicas y uniformes a las concesiones adjudicadas por entidades que lleven a cabo alguna de las anteriores actividades con el objeto de ejercer esas actividades, con independencia de que se trate de autoridades estatales, locales o regionales, de organismos de Derecho público, de empresas públicas o de otras entidades que gozan de derechos especiales o exclusivos. Se entenderá que las autoridades que, con arreglo al Derecho nacional, son responsables de la prestación de servicios en relación con alguna de las actividades contempladas en el anexo II ejercen esas actividades*”.

Las “entidades adjudicadoras” se definen por la concurrencia de los siguientes elementos subjetivo y objetivo:

a) Desde el punto de vista subjetivo, la Directiva 2004/17/CE regulaba dentro del artículo relativo a las “*entidades adjudicadoras*” a los “*poderes adjudicadores*”, a “*las empresas públicas*” y a determinados supuestos a los que ya se ha hecho referencia a “*derechos especiales y exclusivos*”. Esta clasificación se matiza en la nueva Directiva al incluir dentro de la definición del artículo 7 relativo a las “*entidades adjudicadoras*” tanto a las autoridades estatales, regionales o locales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por una o varios de tales autoridades u organismos de Derecho público” como a las empresas públicas del artículo 4 y a las entidades distintas de las anteriores pero que funcionan sobre la base de derechos especiales o exclusivos, concedidas por las autoridades competentes de un Estado miembro para el ejercicio de una de las actividades contempladas en el Anexo II¹³².

Mientras que no serán consideradas “entidades adjudicadoras” a los efectos de la presente Directiva, aquellas que hayan adquirido derechos exclusivos o especiales a través de procedimientos que hayan sido objeto de una publicidad adecuada y sobre la base de criterios objetivos y, en consecuencia, estas entidades no tendrán que someter los encargos concesionales que formulen a terceros a procedimientos regulados en la Directiva de concesiones (artículo 7.2). Tales procedimientos incluyen tanto procedimientos de licitación con convocatoria previa, de conformidad con la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y con la Directiva 2014/25/UE con la Directiva 2009/81/CE¹³³ o con la presente Directiva, como los procedimientos con

¹³² En idéntico sentido la Directiva 2014/25/UE y, a diferencia del artículo 3 de la Ley 31/2007, las “entidades adjudicadoras” de la Directiva también pueden incluir a las Administraciones Públicas. De acuerdo con el Considerando 24 de la Directiva, hay que velar por que no se atente contra la igualdad de trato entre las entidades adjudicadoras del sector público y del sector privado. Y, añade, también es necesario asegurarse de que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 345 del TFUE, no se prejuzgue el régimen de la propiedad en los Estados miembros. Por tal motivo, deben aplicarse normas específicas y uniformes a las concesiones adjudicadas por entidades que lleven a cabo alguna de las anteriores actividades con el objeto de ejercer esas actividades, con independencia de que se trate de autoridades estatales, locales o regionales, de organismos de Derecho público, de empresas públicas o de otras entidades que gozan de derechos especiales o exclusivos. Se entenderá que las autoridades que, con arreglo al Derecho nacional, son responsables de la prestación de servicios en relación con alguna de las actividades contempladas en el Anexo II ejercen esas actividades.

¹³³ Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad, y por la que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE (DO núm. L 216, de 20.8.2009).

arreglo a otros actos jurídicos de la Unión, recogidos en el Anexo III que garanticen una transparencia previa adecuada para la concesión de autorizaciones sobre la base de criterios objetivos.

b) Desde el punto de vista objetivo: Las entidades adjudicadoras se definen porque desarrollan alguna de las actividades relacionadas en el Anexo II de la Directiva que son prácticamente las mismas que hacía referencia la Directiva 2004/17/CE, salvo la exclusión durante la tramitación final de la Directiva del sector del agua. Los sectores a los que hace referencia el Anexo II son: determinadas actividades del sector del gas y la calefacción¹³⁴, electricidad, determinadas actividades referentes a la 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; actividades relativas a la explotación de una zona geográfica a fin de facilitar instalaciones aeropuertos¹³⁵ o portuarias marítimas o interiores u otras instalaciones propias de un terminal a transportistas por vía aérea, marítima o por rutas de navegación interior, actividades del sector de los servicios postales; y actividades referentes a la explotación de una zona geográfica con vistas a la extracción de petróleo o gas¹³⁶, o a la prospección o extracción de carbón u otros combustibles sólidos.

Con el fin de garantizar una verdadera apertura del mercado y un justo equilibrio en la aplicación de la normativa, el legislador establece un mismo régimen para todas las concesiones adjudicadas en estos sectores, con independencia de la naturaleza jurídica –pública o privada- de la entidad adjudicadora¹³⁷.

¹³⁴ Hacen referencia a las entidades que ejercen su actividad en el sector de la producción, conducción o distribución tanto de calefacción como de refrigeración en el Considerando 26 y 27. En concreto el Anexo II de la Directiva determina que sus disposiciones se aplicarán a las siguientes actividades en lo que respecta al gas y la calefacción: (i) 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 gas o calefacción; (ii) el suministro de gas o calefacción a dichas redes. En este Anexo se mencionan criterios interpretativos sobre cuando se está ante alguna de estas actividades.

¹³⁵ El Considerando 25 de la Directiva aclara que en el sector aeroportuario las correspondientes actividades incluyen también servicios que se ofrecen a los pasajeros para contribuir al buen funcionamiento de las instalaciones y que se consideran normales en un aeropuerto eficaz y moderno, como comercios, servicios de restauración pública y aparcamientos.

¹³⁶ Al respecto, de acuerdo con la nueva Directiva de sectores, se ha excluido del ámbito de aplicación tanto la prospección de petróleo y gas ya que es un sector sometido a tal presión competitiva que la disciplina que aporta la Directiva ya no es necesaria.

¹³⁷ Esta amplitud del ámbito subjetivo de las concesiones deberá ser tenida en cuenta en la futura transposición de la Directiva a nuestro ordenamiento.

2.2.1. Empresa pública

De acuerdo con el artículo 7.1.b) y 7.4 de la Directiva, se entenderá por empresa pública¹³⁸:

“toda empresa sobre la que los poderes adjudicadores puedan ejercer directa o indirectamente, una influencia dominante por razón de propiedad o participación financiera o en virtud de las normas que la rigen”¹³⁹.

Se entenderá que existe influencia dominante por parte de los poderes adjudicadores en cualquiera de los siguientes casos, en los que dichos poderes, de manera directa e indirecta:

- a) estén en posesión de la mayoría del capital suscrito de la empresa,*
- b) dispongan de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa,*
- c) puedan designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de supervisión de la empresa.*

Al respecto, cabe señalar que esta influencia dominante es en ambos sentidos. El legislador comunitario es consciente de la necesidad de garantizar una verdadera apertura del mercado y un justo equilibrio en la aplicación de normas de adjudicación de concesiones en los sectores de la energía, de los transportes y de los servicios postales. Para ello, afirma que es necesario que las entidades a las que se apliquen, se definan sin basar dicha definición en la referencia a su régimen jurídico.

En la línea de las directivas anteriores, la noción de “empresa pública” se ha de interpretar en sentido amplio¹⁴⁰ sobre la base del control de manera que la forma jurídica es totalmente irrelevante y lo fundamental es la existencia de una “influencia dominante” por parte de los poderes públicos. De acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, el concepto de “empresa pública” ha de hacerse desde un punto de vista funcional ya que prima en su conceptualización qué función o actividad constituye su

¹³⁸ MUÑOZ MACHADO, S., “La noción de empresa pública, la libre competencia y los límites del principio de neutralidad” en *Administración instrumental II*, libro Homenaje a CLAVERO ARÉVALO, Ed. Civitas, Madrid, 1994, pág. 1263; MONTOYA MARTÍN, E., *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid 1996, pág. 176; NOGUERA DE LA MUELA, B., “Las Directivas comunitarias de “sectores excluidos...””, *op. cit.*, págs. 121 a 138; BUENO CAMPOS, E., *La empresa española: estructura y resultados*, IEE, Madrid, 1987; ARIÑO ORTIZ, G., *La empresa pública* en el libro dirigido por GARRIDO FALLA, F., “El modelo económico en la Constitución española”, IEE, Madrid, 1981, vol. II; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., “Indiferencia de la forma jurídica para el concepto de empresa pública”, *Noticias CEE*, núm. 42, 1988, págs. 163 a 167.

¹³⁹ Nótese que la definición es coincidente con la del artículo 4.2 de la Directiva 2014/25/UE de sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales;

¹⁴⁰ MUÑOZ MACHADO, S., “La noción de empresa pública, la libre competencia...”, *op. cit.*, pág. 1263.

objeto¹⁴¹ y procurar un alcance y significación uniformes para todos los Estados miembros.

Así en la Sentencia del Tribunal de 23 de abril de 1991, *Hofner K. y Elser contra Macroton GmbH* (As. C-41/90) afirma que la noción de empresa comprende toda entidad que ejerza una actividad económica, con independencia de su estatuto jurídico y de la forma de su financiación, de esta forma, un organismo público para el empleo – como lo era la Oficina Federal para el Empleo- puede ser calificado de empresa a los efectos de la aplicación de las reglas de la concurrencia comunitaria. Siguiendo esta misma línea, en la Sentencia de 16 de junio de 1987 Comisión contra *Italia*, (C-118/85), el Tribunal declaró la irrelevancia del dato de la personalidad jurídica autónoma, adoptando un concepto funcional de empresa pública que no es obstáculo para que tenga tal carácter un órgano incardinado en la Administración Pública, como era la AAMS¹⁴².

Al respecto, MONTOYA MARTÍN¹⁴³ ha afirmado que el Derecho Comunitario no puede negar a ningún Estado miembro el derecho de considerar y juzgar en general lo que sea de interés público, ni que determinadas actividades sean gestionadas de forma directa por el mismo, asumiendo la cualidad de “servicio público” y de la “empresa pública” que no son excluyentes entre sí. De manera que un poder público, incluido el Estado puede, en ciertos casos, ser calificado como “empresa pública”, no encontrándose el criterio de distinción entre poder público y empresa pública en la noción de servicio público, sino en el carácter industrial y comercial de la actividad de

¹⁴¹ NOGUERA DE LA MUELA, B., “Las Directivas comunitarias de “sectores excluidos”...”, *op. cit.*, pags. 121 a 138.

¹⁴² En este supuesto, la Comisión solicitó a Italia, de acuerdo con el artículo 90 TCE y de la Directiva 82/723, información sobre las relaciones financieras con empresas públicas de varios sectores (automóvil, construcción naval, fibras sintéticas, maquinarias de industrial textil y manufacturas de tabacos). Y fue respecto a éste último sector, el de tabacos, en el que el Gobierno de Italia se negó a comunicar las cuentas anuales, esgrimiendo que la AAMS no podía considerarse empresa pública a los efectos del artículo 2 de la Directiva 80/723, estimándola como “poder público” al ser un órgano del Estado y carecer de una personalidad jurídica distinta de éste. A estos efectos, y como señaló el director general de la competencia de la Comisión en carta digital dirigida el 7 de diciembre de 1983, en el asunto 78/82, Comisión contra Italia, Sentencia de 7 de junio de 1983 (pág. 1955), el Gobierno de Italia había invocado a favor de la AAMS el artículo 90.2 TCC, disposición que presupone la presencia de una empresa. De ahí que sorprenda que un mismo órgano constituyera empresa pública a los efectos del artículo 90.2 TCE y no pudiera ser considerado como tal a los efectos de la Directiva.

¹⁴³ MONTOYA MARTÍN, E., *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado...*, *op. cit.*

los organismos públicos. Luego el criterio determinante es siempre el de la naturaleza de la actividad¹⁴⁴.

2.2.2. Derechos especiales o exclusivos. Evolución. Regulación actual

La Directiva incluye dentro del concepto de entidad adjudicadora del contrato de concesión aquellas que funcionan sobre la base de derechos especiales¹⁴⁵ o exclusivos¹⁴⁶ concedidos por las autoridades competentes de un Estado miembro para el ejercicio de una de las actividades contempladas en el Anexo II. También merece especial atención la definición de los “*derechos especiales o exclusivos*”¹⁴⁷, pues aun siendo una cuestión propiamente del ámbito objetivo trasciende a nivel subjetivo. La propia Directiva en los Considerandos¹⁴⁸ reconoce que el concepto de derechos especiales o exclusivos es fundamental para la determinación del ámbito de aplicación de la Directiva.

Es necesario hacer referencia a la evolución de este concepto en el Derecho comunitario. La Directiva 93/38/CEE establecía en el artículo 2.3 una definición genérica de estos derechos: “*los que resulten de una autorización otorgada por una*

¹⁴⁴ En este sentido, cabe citar la Sentencia del Tribunal de 30 de abril de 1974 caso *SACCHI* (155/73) y Sentencia de 18 de junio de 1975 *Industria Gomma Articoli Vari (IGAV) contra Ente Nazionale per la Cellulosa e per la Carta (ENCC)*, (asunto 94/74).

¹⁴⁵ El derecho especial se define como “*un derecho concedido por las autoridades competentes de un Estado miembro en virtud de cualquier disposición legislativa, reglamentaria o administrativa publicada que sea compatible con los Tratados, que tenga como efecto limitar el ejercicio de una actividad a una serie de operadores económicos y que afecte sustancialmente a la capacidad de los demás operadores económicos de ejercer una actividad*” (artículo 5.11 de la Directiva).

¹⁴⁶ El derecho exclusivo se define como “*un derecho concedido por las autoridades competentes de un Estado miembro en virtud de cualquier disposición legislativa, reglamentaria o administrativa publicada que sea compatible con los Tratados, que tenga como efecto limitar el ejercicio de una actividad a un único operador económico y que afecte sustancialmente a la capacidad de los demás operadores económicos de ejercer una actividad*” (artículo 5.10 de la Directiva).

¹⁴⁷ Recordemos que estos derechos se denominan “*especiales*” o “*exclusivos*” ya que tradicionalmente habían estado excluidos del ámbito de aplicación de las Directivas iniciales sobre contratos públicos de obras y suministros debido a la heterogeneidad naturaleza de los entes que actúan en dichos sectores en los que algunos eran de derecho público y otros de derecho privado. En aquellos momentos, las entidades que operaban en esos sectores no solían efectuar convocatorias de licitación a escala europea, principalmente debido al carácter cerrado de los mercados, en donde predominaban las concesiones de derechos especiales o exclusivos y en donde las autoridades nacionales podían influir en el comportamiento mediante la participación en su capital y la repercusión en sus órganos de administración gestión o supervisión. Esta previsión era una novedad recogida en la Directiva 90/531/CEE del Consejo de 17 de septiembre de 1990, relativa a los procedimientos de formalización de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (*DO* núm. L 297, de 29 octubre de 1990) y reiterada en la Directiva 93/38/CEE para evitar que las autoridades nacionales pudieran influir en el comportamiento de estas entidades. Al respecto, PIÑAR MAÑAS, J. L., en *Comentarios de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Dr. R. Gómez Ferrer, Ed. Civitas, Madrid, 1996, págs. 23 a 24, es partidario de denominarlos “derechos especiales” ya que argumenta que hoy son actividades incluidas o afectadas por la regulación comunitaria aunque con reglas especiales “El Derecho comunitario de la contratación pública, marco de referencia de la nueva Ley”.

¹⁴⁸ El Considerando 22 de la Directiva insiste en la necesidad de definir los “derechos especiales” y “derechos exclusivos” ya que resultan fundamentales para determinar el ámbito de aplicación de la presente Directiva y el concepto de “entidad adjudicadora”.

autoridad competente del Estado miembro de que se trate, en virtud de cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa que tenga como efecto la reserva del ejercicio de una actividad a una o más entidades". Y, adicionaba dos presunciones en las que se entiende que una entidad contratante goza de derechos especiales o exclusivos, a saber:

1. Cuando "con el fin de construir las redes o efectuar las instalaciones a que se refiere el apartado 2, dicha entidad pueda recurrir a un procedimiento de expropiación pública o de servidumbre, o utilizar el suelo, el subsuelo y el espacio situado sobre la vía pública para instalar los equipos de las redes".
2. Cuando "en el caso de la letra a) del apartado 2, dicha entidad suministre agua potable, electricidad, gas o calefacción, a una red que a su vez sea explotada por una entidad que goce de derechos especiales o exclusivos concedidos por una autoridad competente del Estado miembro correspondiente".

Así las cosas, y apenas tres años después, el Tribunal se desmarcó y alteró este régimen¹⁴⁹. En la Sentencia de 12 de diciembre de 1996 *British Telecommunications* (C-302/93) el Tribunal afirmó la posibilidad que tienen los organismos de telecomunicaciones autorizados de ser beneficiarios de expropiación o servidumbres para instalar material de la red no podía utilizarse como criterio caracterizador de la existencia de "*derechos especiales o exclusivos*", en la medida en que esas prerrogativas no confieran a sus titulares ventajas sustanciales en relación con sus competidores potenciales. En base a ello, el Tribunal formula su propia definición de los "*derechos especiales o exclusivos*" como: "*los derechos que las autoridades de un Estado miembro conceden a una empresa o a un número limitado de empresas, según criterios que no son objetivos, proporcionados y no discriminatorios, y que afectan sustancialmente a la capacidad de las demás empresas para establecer o explotar redes de telecomunicaciones o prestar servicios de telecomunicaciones en el mismo territorio, en condiciones sustancialmente equivalentes*".

¹⁴⁹ La jurisprudencia reiterada del Tribunal señaló que el Tratado en nada se opone a que los Estados miembros, por consideraciones de interés público de carácter no económico sustrajesen al juego de la competencia algunos servicios de interés general confiriendo derechos exclusivos. En todo caso, el Tribunal advierte que las modalidades de organización y el ejercicio de un monopolio creado de este modo no debían afectar a lo dispuesto en el Tratado sobre circulación de mercancías y servicios ni a las normas de la competencia.

En esta línea jurisprudencial, la Directiva 2004/17/CE estableció la necesidad de definir de forma adecuada la noción de “*derechos especiales y exclusivos*” y evitar de una vez la proliferación de regímenes particulares aplicables solamente a determinados sectores. El artículo 2.3 de dicha Directiva¹⁵⁰, suprimió los supuestos en los que se consideraba que una entidad contratante gozaba de derechos especiales o exclusivos. En efecto, este artículo ya no hacía referencia ni al derecho de la entidad contratante que gozaba derechos especiales o exclusivos al procedimiento de expropiación pública o de servidumbres o utilizar el suelo, el subsuelo y el espacio situado sobre la vía pública para instalar los equipos de las redes, ni en el caso que la entidad suministre agua potable, electricidad, gas o calefacción a una red que sea explotada por una entidad que gozaba de “*derechos especiales o exclusivos*” concedidos por una autoridad competente del Estado miembro correspondiente. Además, dicha Directiva añadía –a diferencia de la anterior- en la definición de “derechos exclusivos y especiales” el requisito que la actividad afectase sustancialmente a la capacidad de las demás entidades de ejercer dicha actividad.

Este cambio quedaba suficientemente justificado en el Considerando 25 de dicha Directiva, al afirmar que no suponían “derecho exclusivo o especial” a efectos de la presente Directiva, los siguientes supuestos:

- cuando una entidad con el fin de construir las redes o las instalaciones portuarias o aeroportuarias recurriese a un procedimiento de expropiación, o utilizase el suelo, el subsuelo y el espacio situado sobre la vía pública para instalar los equipos de redes,
- cuando una entidad suministrase agua potable, electricidad, gas o calefacción a una red que a su vez sea explotada por una entidad que goce de derechos especiales o exclusivos concedidos por una autoridad competente del Estado miembro correspondiente,
- ni los derechos que un Estado reconociese, de cualquier forma, incluso mediante actos de concesión, a un número limitado de empresas basándose en criterios objetivos, proporcionados y no discriminatorios, que ofrezcan a todos los interesados que puedan cumplirlos la posibilidad de beneficiarse de los mismos.

¹⁵⁰ En el Considerando 3 de la Directiva justificaba la necesidad de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos que aplican las entidades que operan en estos sectores dado el carácter cerrado de los mercados en que actúan, debido a la concesión por los Estados miembros de derechos especiales o exclusivos para el suministro, la puesta a disposición, o la explotación de redes para la prestación del servicio que se trate.

Con la eliminación de la presunción prevista en el artículo 2.3 de la Directiva 93/98/CEE, y de la referencia a la “autorización otorgada en virtud de una disposición legal, reglamentaria y administrativa” así como la sustitución de “reserva de actividad” por la de “limitación” y la nueva concreción que “afecte sustancialmente” a la capacidad de las demás entidades, se consiguió definir con más rigor el concepto y alcance de estos derechos. En definitiva, cuando empresas distintas de las autorizadas puedan, en teoría, ejercer su actividad pero con una capacidad sustancialmente disminuida, o en condiciones que no sean sustancialmente idénticas, existirán los “derechos especiales o exclusivos”¹⁵¹.

Dicha regulación tuvo gran incidencia en determinados sectores (telecomunicaciones, energía eléctrica...) pues ya no quedaban excluidas determinadas entidades que disfrutaban de dichos “derechos especiales y exclusivos” como consecuencia de la existencia de una competencia efectiva y plena.

El artículo 18 de la Directiva 2004/18/CE afirmaba que dicha directiva no se aplicaría a los contratos públicos de servicios adjudicados por un “poder adjudicador” a otro “poder adjudicador” o a una agrupación de “poderes adjudicadores” sobre la base de un derecho exclusivo del que gocen éstos en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas publicadas, siempre que dichas disposiciones sean compatibles con el Tratado. En concreto, debía ser compatible con las disposiciones pertinentes del Tratado, en concreto con los artículos 49 (*ex* artículo 43 TCE) y artículo 56 (*ex* artículo 49 TCE) del TFUE y con las normas y principios que se derivan de estos artículos. Tales normas y principios se refieren a la no discriminación, la transparencia, la proporcionalidad, el reconocimiento mutuo y la protección de los derechos de las personas. Un derecho exclusivo que, por definición, restringe la libertad de prestación de servicios de otras entidades, se justifica solo en determinadas condiciones.

Respecto a la regulación actual de la Directiva objeto de este trabajo, los Considerandos ponen énfasis en la importancia de definir los conceptos de “derechos

¹⁵¹ ARROSMITH, S., “An Assessment of the new legislature package on Public Procurement”, *Common Market Law Review* núm. 41, 2004, págs. 1.277 a 1.325 afirma que todavía podría hablarse de “derechos especiales o exclusivos” si no son compartidos por otros operadores y dan determinada ventaja competitiva; SALA ARQUER, J. M., “La propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de los sectores del agua, de la energía”, *La contratación pública en el horizonte de la integración europea*, INAP, Madrid 2004, págs. 119 a 135.

especiales” y “derechos exclusivos” ya que resultan fundamentales para determinar el ámbito de aplicación de la presente Directiva y el concepto de “entidad adjudicadora”. La nueva Directiva –siguiendo con la definición dada por la Directiva 2004/17/CE– dispone que quedaran sometidas a ésta en los casos que desarrollen alguna de las actividades de las enunciadas en el Anexo II. En concreto, el artículo 7.1.c) incluye dentro del concepto de “entidades adjudicadoras”: “a las entidades distintas de las mencionadas en las letras a) y b) del presente apartado, pero que funcionan sobre la base de derechos especiales o exclusivos, concedidas por las autoridades competentes de un Estado miembro para el ejercicio de una de las actividades contempladas en el Anexo II” como ya se ha apuntado.

Como ya se ha avanzado anteriormente, el artículo 7.3 excepciona del concepto de “entidad adjudicadora” del primer párrafo de dicho artículo 7.1, los supuestos en los que los derechos especiales o exclusivos¹⁵² se hayan obtenido mediante un procedimiento ajustado a la normativa de la Unión¹⁵³, con la debida publicidad¹⁵⁴ y

¹⁵² Al respecto la propuesta del Sistema Europeo de Cuentas, SEC 11 indicaba que el derecho exclusivo debe estar justificado, bien por una excepción expresamente establecida en el Tratado (ejercicio del poder público artículo 51 del TFUE [ex artículo 45 TCE] por razones de orden público, seguridad y salud públicas [artículo 52 del TFUE ex artículo 46 TCE], bien según jurisprudencia del Tribunal, por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo, y que deben, en todo caso, aplicarse sin discriminación. De acuerdo con la jurisprudencia las necesidades de servicio público que haya de satisfacer el proveedor de servicios no estén debidamente especificadas; el proveedor de servicios no pueda manifiestamente satisfacer el servicio solicitado; o exista otra forma de satisfacer dichas necesidades menos perjudiciales para la competencia. Asimismo no se cumplirá la condición de que el derecho exclusivo sea compatible con el Tratado si la medida a través de la cual se otorga es incompatible con el Derecho derivado de la UE. De acuerdo con este documento propuesta SEC11 un derecho exclusivo que por definición restringe la libertad de servicios de otras entidades se justifica solo en determinadas condiciones, Sentencia de 3 de junio de 2010, *Sporting Exchange Ltd*, (Asunto 203/08), Sentencia de 21 de septiembre de 1999, *Markku Juhani Läärä, Costswold Microsystems Ltd y Oy Transatlantic Software Ltd/Kihlakunnansyyttäjät* (Jyväskylä) y *Suomen valtio* (Estado finlandés), (Asunto C-124/97) y Sentencia de 8 de septiembre de 2009, *Liga portuguesa de Futebol Profissional y Bwin International Ltd/Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa* (Asunto C-42/07).

¹⁵³ El Considerando 32 hace referencia a estas situaciones poder adjudicador o entidad adjudicadora que sea autoridad estatal regional o local o un organismo de Derecho público, o una asociación de éstos, puede ser la única fuente de un servicio dado, para cuya prestación gozan de un derecho exclusivo con arreglo a normas, reglamentos o disposiciones administrativas que se hayan publicado y sean compatibles con el TFUE.

¹⁵⁴ En el Considerando 22 se especifican los procedimientos que se han ajustado a criterios objetivos, a saber: Directiva 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE (DO L 211 de 14.8.2009, pág. 94); la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE (DO L 211 de 1.8.2009, pág. 55), la Directiva 97/67/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales de la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio (DO L 15 de 21.1.1998, p. 14), la Directiva 94/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1994, sobre las condiciones para la concesión y el ejercicio de las autorizaciones de prospección, explotación y producción de hidrocarburos (DO L 164 de 30.6.1994, pág. 3) y el Reglamento (CE) núm. 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) núm. 1191/69 y (CEE) núm. 1107/70 del Consejo (DO L 315 de 3.12.2007, pág. 1). Sin que esta lista de legislación sea exhaustiva y que todo tipo de derechos que se hayan otorgado mediante otros procedimientos basados en criterios objetivos y que hayan sido objeto de una publicada adecuada no son pertinentes a efectos de determinar qué entidades adjudicadoras están

cuya concesión se ha ajustado a criterios objetivos. En concreto, este supuesto hace referencia a los procedimientos de licitación con convocatoria previa, de conformidad con la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y con la Directiva 2014/25/UE, con la Directiva 2009/81/CE o con la presente Directiva, y los procedimientos con arreglo a otros actos jurídicos de la Unión, recogidos en el Anexo III¹⁵⁵, que garanticen una transparencia, previa adecuada para la concesión de autorizaciones sobre la base de criterios objetivos.

Se prevé que la Comisión tendrá poderes para adoptar actos delegados de conformidad con el artículo 48 con el fin de modificar la lista de actos legislativos de la Unión que figura en el cuádro, debido a la derogación o modificación de nuevos actos.

2.3. Operador económico

Es importante destacar dentro del estudio del ámbito subjetivo, la definición y alcance y protagonismo del concepto de operador económico¹⁵⁶ de la nueva Directiva y, en especial, la alusión expresa a las entidades públicas. En consonancia, con el sentido amplio¹⁵⁷ que apunta el legislador en los Considerandos, el artículo 5.2 hace referencia a

cubiertas por la presente Directiva. En el Informe del Comité de las Regiones (2012/C 277/09) de 19 de julio señala la necesidad de recuperar la noción fundamental del Considerando 25 de la Directiva 2004/17/CE relativa a “*los derechos que un Estado miembro reconozca, de cualquier forma, incluso mediante actos de concesión, a un número limitado de empresas basándose en criterios proporcionados y no discriminatorios, que ofrezcan a todos los interesados que puedan cumplirlos la posibilidad de beneficiarse de los mismo, no debe considerarse como derechos especiales o exclusivos*”.

¹⁵⁵ El Anexo III hace referencia a los siguientes derechos que se hayan otorgado mediante un procedimiento que haya sido objeto de una publicidad adecuada y sobre la base de criterios objetivos no constituirán “derechos especiales o exclusivos” a efectos de la presente Directiva. Se enumeran a continuación los procedimientos que garantizan la transparencia previa adecuada, para la concesión de autorizaciones en virtud de otros actos legislativos de la Unión que no constituyen “derechos especiales o exclusivos” a efectos de la presente Directiva.

- a) La concesión de autorización para explotar instalaciones de gas natural, de conformidad con los procedimientos establecidos en el artículo 4 de la Directiva 2009/73/CE.
- b) La autorización o un anuncio de licitación para la construcción de nuevas instalaciones de producción de electricidad, de conformidad con la Directiva 2009/72/CE.
- c) La concesión de autorizaciones, de conformidad con los procedimientos establecidos en el artículo 9 de la Directiva 97/67/CE, en relación con un servicio postal que no esté o no estará reservado.
- d) Un procedimiento de concesión de una autorización para ejercer una actividad que implique la explotación de hidrocarburos, de conformidad con la Directiva 94/22/CE.
- e) Contratos de servicios públicos con arreglo al Reglamento (CE) núm. 1370/2007 para la prestación de servicios públicos de transporte de pasajeros por autobús, tranvía, ferrocarril o metro que se hayan adjudicado sobre la base de un procedimiento de licitación competitiva de conformidad con su artículo 5, apartado 3, siempre que su duración se ajuste a los dispuesto en el artículo 4, apartados 3 o 4, de dicho Reglamento.

¹⁵⁶ CHINCHILLA MARIN, C., “La jurisprudencia del TJUE sobre sobre contratos públicos (I)...”, *op. cit.*, pág. 63.

¹⁵⁷ El Considerando 49 ya indica que: “*debe aclararse que la noción de «operador económico» debe interpretarse en un sentido amplio a fin de influir en ella cualquier persona o entidad que ofrezca la ejecución de obras o una obra, el suministro de productos o la prestación de servicios en el mercado, independientemente de la forma jurídica bajo la*

cualquier forma jurídica y entiende por operador económico toda persona física o jurídica, una entidad pública o una agrupación de tales personas o entidades, incluidas las agrupaciones temporales que ofrezca en el mercado la ejecución de obras o una obras, el suministro de productos o la prestación de servicios, reconociendo así un principio general de libertad de empresa.

Esta inclusión expresa a los operadores económicos es destacable respecto al artículo 1.8 de la Directiva 2004/18/CE ya que en algunas ocasiones había ocasionado dudas sobre la admisión y participación de entidades públicas en las licitaciones públicas. Así, al igual que sucede en la Directiva 2014/24/UE, siempre que la naturaleza del negocio jurídico sea contractual, el objeto y cuantía esté dentro de los regulado por la Directiva 2004/23/UE, no excluye participación de las entidades públicas.

El artículo 26 de la Directiva recoge los principios que deberán presidir durante las licitaciones para garantizar el acceso y respeto de los principios rectores de la contratación pública, en concreto se dispone:

“1. No podrán rechazarse operadores económicos que, con arreglo a la legislación del Estado miembro de establecimiento, estén habilitados para prestar el servicio de que se trate, por el mero hecho de que, con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que se adjudica el contrato, deban ser personas físicas o personas jurídicas.

No obstante, podrá obligarse a las personas jurídicas a indicar, en sus ofertas o en sus solicitudes de participación, el nombre y la cualificación profesional apropiada de las personas que serán responsables de la ejecución del contrato.

2. Las agrupaciones de operadores económicos, incluidas las asociaciones temporales, estarán autorizadas a participar en los procedimientos de adjudicación de concesiones y las entidades o poderes adjudicadores no podrán exigirles que tengan una forma jurídica determinada, a fin de presentar una oferta o una solicitud de participación.

Cuando sea necesario, los poderes adjudicadores o las entidades adjudicadoras podrán aclarar en los documentos de concesión cómo deberán las agrupaciones de operadores económicos cumplir los requisitos en cuanto a situación económica y financiera o a capacidad técnica y profesional a que se refiere el artículo 38 siempre que ello esté justificado por razones objetivas y proporcionadas. Los Estados miembros podrán establecer condiciones generales para la forma en que las agrupaciones de operadores

cual haya decidido operar. Por consiguiente, las empresas, sucursales, filiales, asociaciones, sociedades cooperativas, sociedades anónimas, universidades públicas o privadas, y otros tipos de entidad deben quedar todas ellas incluidas en la noción de operador económico, sean o no personas jurídicas en todas las circunstancias”.

económicos deben cumplir dichas condiciones. Las condiciones para la ejecución de una concesión por dichas agrupaciones de operadores económicos que no se impongan a participantes individuales deben también estar justificadas por razones objetivas y proporcionadas.

3. No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2, los poderes adjudicadores o las entidades adjudicadoras podrán exigir a las agrupaciones de operadores económicos a asumir una forma jurídica determinada cuando se les haya adjudicado el contrato, en la medida en que dicha transformación sea necesaria para la correcta ejecución del contrato”.

A nivel jurisprudencial, cabe destacar las Sentencias de 18 de diciembre de 2014, *Azienda Ospedaliero* (C-568/13) y la Sentencia de 6 de octubre de 2015, *Asunto Consorci Sanitari del Maresme* (C-203/14). En la Sentencia de 18 de diciembre de 2014 (C-568/13) se dictó con motivo de una petición de decisión prejudicial en relación a la admisión para participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público de un hospital universitario público, centro con personalidad jurídica y autonomía empresarial y organizativa, que realiza su actividad fundamentalmente sin ánimo de lucro, y cuya finalidad institucional es ofrecer prestaciones sanitarias y que puede ofrecer servicios análogos al mercado. En la Sentencia del Tribunal declara que la Directiva 92/50/CEE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios se opone a una normativa nacional que excluya un hospital público, para participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos a causa de su condición de entidad pública empresarial, en la medida que dicho centro está autorizado a operar en el mercado de conformidad con sus objetivos institucionales y estatutarios; y que las disposiciones de dicha Directiva, y en particular los principios generales de libre competencia, de no discriminación y de proporcionalidad en los que se basa, se han de interpretar en el sentido que no se oponen a una normativa nacional que permita a un hospital público que participe en una licitación presentar, gracias a la financiación pública que recibe, una oferta a la que ningún competidor puede hacer frente, si bien en el examen del carácter anormalmente bajo, la entidad adjudicadora puede tomar en consideración, por lo que respeta a la facultad de rechazar dicha oferta, la existencia de una financiación pública a favor de dicho centro.

En la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal, de 6 de octubre de 2015, *Consorti Sanitari del Maresme* (C-203/14) emitida con ocasión de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, se reconoció que las Administraciones Públicas pueden participar en licitaciones y pueden y deben ser admitidas en la listas oficiales de empresarios, proveedores o prestadores de servicios oficiales. El artículo 1, apartado 8, de la Directiva 2004/18/CE debe interpretarse en el sentido de que el concepto de “operador económico” utilizado en el párrafo segundo de esta apartado incluye a las Administraciones Públicas, que pueden por tanto participar en licitaciones públicas en la medida en que están habilitadas para ofrecer servicios en el mercado a título oneroso. Y, el artículo 52 de la Directiva 2004/18/CE, debe interpretarse en el sentido de que, aunque establece ciertos requisitos en lo referente a la determinación de las condiciones de inscripción de los operadores económicos en las listas oficiales nacionales y en cuanto a la certificación, no determina exhaustivamente las condiciones de inscripción de esos operadores económicos en las listas oficiales nacionales ni las condiciones en que pueden solicitar la certificación, ni tampoco los derechos y obligaciones de las entidades públicas a este respecto. En conclusión, la Directiva 2004/18/CE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional con arreglo a la cual, por una parte, las Administraciones Públicas nacionales autorizadas a ofrecer las obras, los productos o los servicios mencionados en el anuncio de licitación del contrato público de que se trate no pueden inscribirse en esas listas o recibir esa certificación, mientras que, por otra parte, el derecho de participar en la referida licitación queda reservado únicamente a los operadores económicos inscritos en esas listas o que dispongan de esa certificación.

Por lo tanto, la referencia expresa a los operadores económicos además de ser coherente con la jurisprudencia del Tribunal, aporta mayor seguridad jurídica en la regulación de los contratos de concesiones.

3. EXCLUSIONES

La presente Directiva especifica los casos en los que no tienen que someterse los contratos de concesión celebrados entre “*poderes adjudicadores*” y “*entidades adjudicadoras*” a las normas de adjudicación de contratos de concesiones. Al respecto,

cabe señalar que se prevén muchos supuestos de exclusión, por lo que el ámbito de aplicación de la Directiva estará determinado por el correcto conocimiento y estudio de todas y cada una de las siguientes exclusiones. Como bien apunta HERNÁNDEZ GONZÁLEZ¹⁵⁸, la Directiva se aplica a todas las concesiones de obras y de servicios que alcancen el umbral comunitario, aunque no todas las concesiones que superen esta cuantía tienen que adjudicarse con arreglo a sus disposiciones, y ello es así por el número considerable de concesiones que quedan fuera de su ámbito de aplicación.

La nueva Directiva si bien conserva muchos de los supuestos de exclusión que ya recogían las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, introduce supuestos¹⁵⁹ que han sido objeto de pronunciamientos jurisdiccionales del Tribunal o bien supuestos fruto de presiones ejercidas por los Estados miembros.

3.1. Exclusiones aplicables a las concesiones adjudicadas por “poderes adjudicadores” y “entidades adjudicadoras”

El artículo 10 recoge gran variedad de supuestos de exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva, en concreto:

-Exclusiones aplicables a las concesiones adjudicadas a un “poder adjudicador” o a una “entidad adjudicadora” con arreglo al artículo 7 apartado 1, letra c) y a una asociación de tales poderes o entidades sobre la base de un derecho exclusivo¹⁶⁰. En todo caso, en los supuestos que se otorguen derechos exclusivos a favor de un único operador, el Tribunal¹⁶¹ aplica los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia.

¹⁵⁸ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L., “La nueva Directiva de Concesiones. Un largo viaje con final esperado” en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos, número monográfico especial (2015), Las nuevas Directivas de Contratación Pública*, GIMENO FELIÚ, J. M. (dir.), Civitas, Cizur Menor, 2015, págs. 164 a 234.

¹⁵⁹ ROUYEYRAN, T. y RECORD, C., “Concessions et relations entre pouvoirs publics: les exclusions”, en La nouvelle directive “concession”, *Contracts Públicos* núm. 141, marzo 2014, págs. 59 a 64.

¹⁶⁰ El Considerando 33 de la Directiva hace referencia a esta exclusión ya que en estos supuestos la concesión hace imposible seguir un procedimiento de adjudicación competitivo: “No obstante, y sin perjuicio de las consecuencias jurídicas de la exclusión general del ámbito de aplicación de la presente Directiva, las concesiones a que se refiere el artículo 10, apartado 1, deben someterse a la obligación de publicar un anuncio de adjudicación de concesión con el fin de garantizar unas condiciones básicas de transparencia, a no ser que la legislación sectorial específica vele por dicha transparencia. A fin de reforzar la transparencia, cuando un Estado miembro conceda a un operador económico un derecho exclusivo para el ejercicio de una de las actividades contempladas en el anexo II debe informar de ello a la Comisión”.

¹⁶¹ El tema se planteó en la Sentencia del Tribunal de 18 de diciembre de 2007, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia* (Asunto C-220/06), en relación con la decisión del Ministerio de Educación, Cultura y Deportes de adjudicar los servicios postales –mediante un convenio de colaboración– a la

Personalmente, considero clave la interpretación de este motivo de exclusión, pues, como tendrá ocasión de exponer en el capítulo III del trabajo, puede determinar o no la desaparición del contrato de gestión de servicios públicos de nuestro ordenamiento regulado en el artículo 277 del TRLCSP.

Dicho artículo prevé la exclusión¹⁶² de la Directiva en los supuestos en los que el operador económico goce con arreglo a una norma, reglamento o disposiciones administrativas nacionales aplicables y cuya concesión se ajusta al TFUE y a actos jurídicos de la Unión que establecen normas comunes de acceso al mercado aplicables a las actividades contempladas en el Anexo II.

El precitado artículo 10.2 también prevé que, no obstante lo anterior, cuando la legislación sectorial de la Unión a que se refiere dicho párrafo no prevea obligaciones de transparencia sectoriales, se aplicará el artículo 32 relativo a la obligación de enviar los anuncios de concesión. Igualmente, se establece que cuando un Estado miembro conceda a un operador económico un derecho exclusivo para el ejercicio de una de las actividades contempladas en el Anexo II, deberá informar de ello a la Comisión en el plazo de un mes tras la concesión de dicho derecho exclusivo.

Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. afirmando el Tribunal que la no aplicación de la normativa de contratación no alcanza a los servicios postales no reservados (apartados 66 a 69). En este sentido, se excluyen de la Directiva las concesiones de servicios adjudicadas: a) a un poder o entidad adjudicadora que no sea empresa pública o entidad privada (o a una asociación de tales poderes o entidades); b) a un operador económico, siempre que dicho derecho exclusivo se haya otorgado de acuerdo con el TFUE y con la legislación comunitaria sobre normas comunes de acceso al mercado en las actividades de los sectores especiales del Anexo II (gas, electricidad, servicios postales o explotación de una zona geográfica con vistas a la extracción de petróleo, gas o combustibles sólidos). En este último caso, a menos que la legislación sectorial establezca una regulación específica, existe la obligación de publicar un anuncio de adjudicación en los términos previstos en la Directiva (art. 32), con el fin de garantizar unas condiciones básicas de transparencia; así como el deber de informar a la Comisión de la concesión de tales derechos exclusivos. En este sentido, se ha pronunciado el Tribunal en diferentes casos de adjudicación o renovación –sin publicidad previa– de diferentes concesiones para la explotación de juegos de azar: Sentencia de 13 de septiembre de 2007, *Comisión/Italia, Ennaloto* (C-260/04); 3 de junio de 2010, *Sporting Exchange Ltd* (C-203/08); 9 de septiembre de 2010, *Engelmann* (C-64-08); 16 de febrero de 2012, *Costa y Cifone* (C-72/10 y C-77/10); y 24 de enero de 2013, *Stanleybet International Ltd* y otros (C-186/11 y C-209/11). En la doctrina, *vid.* CARANTA, R., “Il principio di diritto comunitario della trasparenza/concorrenza e l’affidamento o innovo di concessioni di servizi pubblici (ancora in margine al caso Enalotto)”, en *Guirispudencia italiana*, 2008, págs. 474 a 478; y HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L., “Monopolio en competencia. A propósito de la regulación de las loterías y apuestas en Europa”, en *Derecho Administrativo y regulación económica, Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz*, La Ley, Madrid, 2011, págs. 1659 a 1686.

¹⁶² La redacción de esta exclusión sigue la línea de la que ya contemplaba el artículo 6 de la Directiva 92/50 y el artículo 18 de la Directiva 2004/18/CE y artículo 11 de la Directiva 2014/24/UE. Para MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., “Sentido y alcance de la transposición de las Directivas de la Unión Europea (Análisis particular en materia de contratación pública), *RAP* núm. 202, enero-abril, 2017, pág. 39, supone que quedarían fuera del ámbito de la Directiva de concesiones conocidas como de servicio público en sentido estricto en cuanto actividad objeto de un derecho exclusivo o servicio, reservada en suma a la titularidad pública para su gestión por quien la entidad pública titular disponga.

-Concesiones de servicios de transporte aéreo basadas en la concesión de una licencia de explotación en el sentido del Reglamento (CE) nº 1.008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 2008, sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad (DO L 293 de 31.10.2008, pág.3) o relativos a servicios públicos de transporte de viajeros, en el sentido del Reglamento (CE) nº 1370/2007¹⁶³.

-Concesiones en las que el “poder adjudicador” o la “entidad adjudicadora” esté obligada a adjudicar u organizar de conformidad con procedimientos diferentes de los previstos en la presente Directiva, establecidos en virtud de:

- a) Un instrumento jurídico que cree obligaciones de Derecho internacional, tal como un acuerdo internacional celebrado de conformidad con el TFUE entre un Estado miembro y uno o varios terceros países o subdivisiones de ellos, relativo a obras, suministros o servicios destinados a la ejecución o explotación conjunta de un proyecto por los signatarios;
- b) Una organización internacional. La presente Directiva no se aplicará a las concesiones que el “poder adjudicador” o la “entidad adjudicataria” adjudique conforme a normas de contratación establecidas por una organización internacional¹⁶⁴ o una institución financiera internacional cuando las concesiones de que se trate estén financiadas íntegramente por esa organización o institución; en el caso de las concesiones cofinanciadas en su mayor parte por una organización internacional o una institución financiera internacional, las partes decidirán sobre los procedimientos de contratación aplicables. Los Estados miembros comunicarán todos los instrumentos jurídicos a que se refiere el párrafo primero, letra a), del

¹⁶³ Al respecto, señalar que dicha exclusión tendrá efectos en nuestro ordenamiento pues la actual forma de gestión de los servicios públicos de transporte de viajeros es mediante concesión. El artículo 17.2 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (modificada por la Ley 9/2013, de 4 de julio) en la explotación de aquellos transportes a los que la ley atribuye el carácter de servicios públicos de titularidad de la Administración se aplicará “*lo dispuesto en la legislación sobre contratos del sector público sobre régimen económico del contrato de gestión de servicios públicos*”. El artículo 71 de la misma Ley establece que los transportes públicos regulares de viajeros de uso general tienen el carácter de servicios públicos de titularidad de la Administración y que “*la gestión de los referidos transportes se regirá por las reglas establecidas en la legislación general sobre contratación del sector público que resulten de aplicación a los contratos de gestión de servicios públicos*”.

¹⁶⁴ El Considerando 42 hace referencia a esta exclusión y a la necesidad de aclarar hasta qué punto la Directiva debe aplicarse a la adjudicación de concesiones reglamentada por normas internacionales específicas.

presente apartado a la Comisión, que podrá consultar al Comité Consultivo para los Contratos Públicos contemplado en el artículo 50.

-Adjudicaciones de concesiones en los ámbitos de la defensa y seguridad a que se refiere la Directiva 2009/81/CE¹⁶⁵, que estarán reguladas por:

- a) normas específicas de procedimiento con arreglo a un acuerdo o régimen internacional, celebrado entre uno o más Estados miembros y uno o varios terceros países;
- b) normas específicas de procedimiento con arreglo a un acuerdo o régimen internacional ya celebrado, en relación con el estacionamiento de tropas y que se refiera a empresas de un Estado miembro o de un tercer país;
- c) normas específicas de procedimiento de una organización internacional que compre para sus fines, o a las concesiones que deben ser adjudicadas por un Estado miembro de conformidad con esas normas.

Mientras que sí se aplicará la Directiva a la adjudicación de concesiones en los ámbitos de la seguridad y la defensa a que se refiere la Directiva 2009/81/CE, a excepción de las siguientes:

- a) las concesiones para las que la aplicación de la presente Directiva obligaría a un Estado miembro a proporcionar información cuya revelación considere contraria a los intereses esenciales de su seguridad, o para las que su contratación y ejecución se declaren secretas o deban ir acompañadas de medidas de seguridad especiales con arreglo a las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas en vigor en el Estado miembro siempre que el Estado miembro haya determinado que los intereses esenciales de que se trate no puedan garantizarse mediante medidas que supongan una menor injerencia, por ejemplo, a las que hace referencia el apartado 7;

¹⁶⁵ El Considerando 34 especifica que los conceptos esenciales de seguridad, equipo militar, equipo sensible, obras sensibles y servicios sensibles deben entenderse de acuerdo con la Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad, y por la que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE (*DO L* 216 de 20.8.2009, pág. 76).

- b) las concesiones adjudicadas en el marco de programas de cooperación a que se refiere el artículo 13, letra c), de la Directiva 2009/81/CE;
- c) las concesiones adjudicadas por un gobierno a otros gobiernos en relación con obras y servicios directamente relacionados con el equipo militar o sensible, u obras y servicios específicamente con fines militares u obras sensibles y servicios sensibles;
- d) las concesiones adjudicadas en un tercer país, llevadas a cabo cuando las fuerzas se encuentran fuera del territorio de la Unión, cuando las necesidades operativas requieran que dichas concesiones adjudiquen a operadores económicos situados en la zona de operaciones, y
- e) concesiones a las que se aplique otro tipo de exención a tenor de la presente Directiva.

La Directiva especifica que no se aplicará a las concesiones que no estén exentas por otros motivos con arreglo al apartado 6 en la medida que la protección de los intereses esenciales de seguridad de un Estado miembro no pueda garantizarse con medidas que supongan una menor injerencia, por ejemplo, imponiendo requisitos destinados a proteger el carácter confidencial de la información que los poderes adjudicadores o entidades adjudicadoras proporcionen durante el procedimiento de concesión con arreglo a lo dispuesto en la presente Directiva.

- Exclusiones de concesiones de servicios destinadas a:

- a) la adquisición o el arrendamiento, independiente del sistema de financiación, de terrenos, edificios ya existentes u otros bienes inmuebles, o relativos a derechos sobre estos bienes;
- b) la adquisición, el desarrollo, la producción a la coproducción de programas destinados a servicios de comunicación audiovisual o servicios de comunicación radiofónica, que sean adjudicados por prestadores del servicio de comunicación audiovisual o radiofónica ni a las concesiones relativas al tiempo de radiodifusión¹⁶⁶ o al suministro de programas que sean adjudicadas a prestadores

¹⁶⁶ El Considerando 43 justifica que la adjudicación de determinados de estos servicios debe permitir que se tengan en cuenta aspectos de índole cultural o social que hagan inadecuada la aplicación de las normas relativas a la adjudicación de concesiones. Por estos motivos, reconoce la conveniencia de establecer una excepción para las concesiones de servicios de comunicación y destinados a la compra, el desarrollo, la producción o la coproducción de

del servicio de comunicación audiovisual o radiofónica; a efectos del presente artículo, por “servicio de comunicación audiovisual”, y por “prestador del servicio de comunicación” se entenderá lo mismo que en el artículo 1, apartado 1, letras a) y d), de la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo¹⁶⁷. Por “programa” se entenderá lo mismo que en el artículo 1, apartado 1, letra b), de la misma Directiva, si bien se incluirán también los programas radiofónicos y los contenidos correspondientes. Además, a efectos de la presente disposición, “contenidos del programa” tendrá el mismo significado que “programa”.

c) servicios de arbitraje y de conciliación;

d) cualesquiera de los servicios jurídicos siguientes:

i) representación jurídica de un cliente por un abogado en el sentido del artículo 1 de la Directiva 77/249/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1977, dirigida a facilitar el ejercicio físico efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados (DO L 78 de 26.3.1977, pág. 17) en:

- un arbitraje o conciliación celebrados en un Estado miembro, un tercer país o antes de un arbitraje internacional o una instancia de conciliación, o bien

-un procedimiento judicial ante los órganos jurisdiccionales o las autoridades públicas de un Estado miembro, un tercer país o los órganos jurisdiccionales o institucionales internacionales,

ii) asesoramiento jurídico prestado en preparación de uno de los procesos mencionados en el inciso i), o cuando haya una indicación concreta y alta probabilidad de que el asunto sobre el que se asesora será objeto de dichos procedimientos, siempre que el asesoramiento lo preste un

programas listos para su uso y de otros servicios preparatorios, como los relativos a los guiones o a las actuaciones artísticas necesarios para la realización del programa. Y precisa que esta excepción se ha de aplicar tanto a servicios de medios de difusión como a los servicios de comunicación a petición y no debe aplicarse al suministro del material técnico necesario para la producción, coproducción y radiodifusión de estos programas. En el Considerando 44 añade que “*La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de la facultad de los Estados miembros de financiar el servicio público de radiodifusión en la medida en que la financiación se conceda a los organismos de radiodifusión para llevar a cabo la función de servicio público que haya sido atribuida, definida y organizada por cada Estado miembro de acuerdo con el Protocolo núm. 29 sobre el sistema de radiodifusión pública de los Estados miembros, anejo al TFUE y al TUE*”.

¹⁶⁷ Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual) (DO núm. L 216, de 20.8.2009) (DO núm. L 95, de 15.4.2010).

abogado conforme a los establecido en el artículo 1 de la Directiva 77/249/CEE,

iii) servicios de certificación y autenticación de documentos que deban ser prestados por un notario,

iv) servicios jurídicos prestados por administradores, tutores designados u otros servicios jurídicos a los proveedores, los cuales son designados por un órgano jurisdiccional en el Estado miembro en cuestión o designado por una ley para llevar a cabo funciones específicas bajo la supervisión de dichos órganos jurisdiccionales,

v) otros servicios jurídicos que en el Estado miembro de que se trate estén relacionados, aun de forma ocasional, con el ejercicio del poder público.

e) servicios financieros ligados a la emisión, la compra, la venta o la transmisión de títulos u otros instrumentos financieros, a tenor de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo¹⁶⁸ y se deroga la Directiva 93/22/CE del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo (*DO L* 145 de 30.4.2004), ni a los servicios de los bancos centrales y las operaciones efectuadas en el marco de la Facilidad Europea de Estabilización Financiera y en el Mecanismo Europeo de Estabilidad;

f) préstamos, estén o no relacionados con la emisión, venta, compra o transferencia de valores o de otros instrumentos financieros;

g) servicios de defensa civil, protección civil y prevención de riesgos que sean prestados por organizadores o asociaciones sin ánimos de lucro, y que estén comprendidos en los siguientes códigos CPV: 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8, 98113100-9, y 85143000-3, excepto los servicios de transporte de pacientes en ambulancia¹⁶⁹;

¹⁶⁸ Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de marzo de 2000, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y su ejercicio (*DO L* 126 de 25.5.2000).

¹⁶⁹ El Considerando 36 de la Directiva indica que la presente Directiva no debe aplicarse a determinados servicios de emergencia prestados por organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro, ya que sería difícil preservar la especial naturaleza de estas organizaciones en el caso de que los prestadores de servicios tuvieran que elegirse con arreglo a los procedimientos establecidos en la presente Directiva. Con todo, la exclusión no debe ampliarse más allá de lo estrictamente necesario; por ello, es preciso establecer explícitamente que los servicios de transporte de pacientes en ambulancia no deben excluirse. En este contexto, resulta aún más necesario aclarar que el grupo CPV 601, "Servicios

h) servicios para campañas políticas, incluidos en los ámbitos de referencia del CPV 79341400-0, 92111230-3 y 92111240-6, cuando sean adjudicados por un partido político en el contexto de una campaña electoral¹⁷⁰.

-Tampoco se aplicará la Directiva a las concesiones de servicios para los servicios de lotería¹⁷¹ comprendidos en el código CPV 92351100-7, adjudicadas por un Estado miembro a un operador económico sobre la base de un derecho exclusivo. A efectos del presente apartado, el concepto de derecho exclusivo no incluye los derechos exclusivos a que se refiere el artículo 7, apartado 2. En este caso, la concesión de tal derecho será objeto de publicación en el DOUE.

-Finalmente la Directiva tampoco se aplicará a las concesiones adjudicadas por entidades adjudicadoras para el ejercicio de sus actividades en un tercer país, en condiciones que no supongan la explotación física de una red o de una zona geográfica dentro de la Unión.

3.2. Exclusiones específicas en el ámbito de las comunicaciones electrónicas

De acuerdo con el artículo 11, la Directiva tampoco se aplicará a las concesiones cuyo objeto principal sea permitir a los “poderes adjudicadores” la puesta a disposición

de transporte terrestre”, no incluye los servicios de ambulancia, que están incluidos en la clase CPV 8514. Por tanto, debe aclararse que los servicios englobados en el código CPV 85143000-3, que consisten exclusivamente en servicios de transporte de pacientes en ambulancia han de quedar sujetos al régimen especial establecido para servicios sociales y otros servicios específicos (el “régimen simplificado”). Así pues, los contratos mixtos de concesión para la prestación de ambulancia en general quedarían también sujetos al régimen simplificado si el valor de los servicios de transporte de pacientes en ambulancia fuera superior al de otros servicios de ambulancia.

¹⁷⁰ El Considerando 37 ha de ser objeto de una especial referencia pues explica los supuestos que se deben excluir de la Directiva los partidos políticos. Así se afirma en primer lugar que, en principio, los partidos políticos no están sujetos a lo dispuesto en la Directiva, ya que no se tratan ni de poderes ni entidades adjudicadoras. Ello no obstante, puede que en algunos Estados miembros existan partidos políticos que se incluyan en el concepto de organismos de derecho público.

¹⁷¹ En este sentido, el Considerando 35 de la Directiva señala que conviene excluir del ámbito de aplicación de la presente Directiva las concesiones relativas a la explotación de loterías que un Estado miembro adjudique a un operador económico en virtud de un derecho exclusivo concedido por un procedimiento que no haya sido objeto de publicidad, con arreglo a las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas vigentes y de conformidad con el TFUE. La exclusión se justifica por la concesión de un derecho exclusivo a un operador económico, con lo que es imposible aplicar un procedimiento competitivo, así como por la necesidad de preservar la posibilidad de que los Estados miembros reglamenten a nivel nacional el sector de los juegos de azar, dadas sus obligaciones de protección del orden público y social.

o la explotación de redes públicas de comunicaciones¹⁷² o el suministro de uno o más servicios de comunicaciones electrónicas.

En general, la nueva regulación sigue en la línea de la Directiva 2004/18/CE¹⁷³ que también las excluía del ámbito de aplicación.

El sector de las telecomunicaciones es donde se produjo un mayor cambio, al quedar excluido de la aplicación de dicha Directiva como consecuencia de la liberalización de este sector en el que agentes públicos se convierten en operadores de mercado que actúan por motivos económicos dentro de un mercado de competencia¹⁷⁴.

Por estas razones, fue coherente que dicho sector no continuase sujeto a la normativa de contratación pública y, al igual que el resto de agentes económicos, se rigiesen por las mismas reglas del sector privado.

La liberalización de las telecomunicaciones se justificaba en el apartado 3 del artículo 86 del TCE (Directivas de liberalización) y en el artículo 95 del TCE (Directivas de armonización) así como a las disposiciones 81, 82 y 86 del TCE relativas a la prohibición de impedir, restringir o falsear la competencia dentro del mercado común. De acuerdo con el artículo 2.2 de la Directiva 90/388/CEE¹⁷⁵ modificada por la Directiva 96/19/CEE, los Estados miembros adoptarían las medidas necesarias para

¹⁷² La propia Directiva especifica que “red pública de comunicaciones” y “servicio de comunicaciones electrónicas”, tendrán el mismo significado que el que figura en la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (*DO L* 108 de 24.4.2002, pág. 33). Esta Directiva definía con gran exhaustividad los conceptos de “red pública de comunicaciones”, “red de comunicaciones electrónicas” y “servicio de comunicaciones electrónicas”.

¹⁷³ El artículo 13 de la Directiva 2004/18/CE, excluía expresamente de la aplicación de la Directiva a los contratos públicos cuyo objeto principal fuese permitir a los poderes adjudicadores la puesta a disposición o la explotación de redes públicas de telecomunicaciones o el suministro al público de uno o más servicios de telecomunicaciones. En este sentido, al quedar excluido el sector de las telecomunicaciones de la Directiva 2004/17/CE, la Directiva 2004/18/CE, que sustituye a la Directiva clásica, tenía como finalidad que los “poderes públicos” estuviesen de nuevo sometidos a las Directivas clásicas en lo relativo a sus compras vinculadas a su actividad en el sector de las telecomunicaciones, pero ello sería contrario a la lógica de las Directivas. En efecto, y al hilo de la liberalización de este sector y establecimiento de una competencia efectiva, los poderes públicos tienen los mismos incentivos de rentabilidad que las empresas privadas, por lo que la nueva Directiva, al igual que la Directiva 2004/18/CE, ha de garantizar que continúen estando excluidos en lo que se refiere a las compras relacionadas con sus actividades en el sector de las telecomunicaciones. Los Considerandos 5, 6 y 7 de la Directiva 2004/17/CE afirmaba la introducción de una competencia efectiva en este sector tanto *de iure* como *de facto* justificaban que ya no fuese necesaria su inclusión, sin perjuicio de seguir vigilando la evolución del mercado de las telecomunicaciones y volver a examinar la situación si se observase que ya no existía una competencia efectiva en este sector.

¹⁷⁴ Comunicación de la Comisión sobre los servicios de interés general en Europa, de 20 de septiembre de 2000 COM (2000), 580 final (*DOUE C* 17 de 19.1.2001).

¹⁷⁵ Directiva 90/388/CEE de la Comisión, de 28 de junio de 1990, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones (*DO L* 192 de 24.7.90).

garantizar el derecho de todo operador económico a prestar servicios de telecomunicaciones o a crear o suministrar redes de telecomunicaciones necesarias para la prestación de dichos servicios, no más tarde del 1 de enero de 1998. No obstante, y previa solicitud, se concedía un plazo adicional de hasta cinco años a los Estados miembros que dispusieran de redes menos desarrolladas y de hasta dos años para aquellos con redes muy pequeñas (en el caso de España, hasta el 1 de diciembre de 1998).

En el Cuarto informe sobre la aplicación del conjunto de medidas reguladoras de las telecomunicaciones de 25 de noviembre de 1998, la Comisión consideró que el grueso de las medidas nacionales había sido transpuesto en las legislaciones nacionales y que las medidas nacionales por las que se hacían efectivos los temas reglamentarios (autoridades nacionales de reglamentación, licencias, interconexión, servicio universal, tarifas, numeración, frecuencia) se estaban aplicando en la práctica. En el Quinto Informe sobre la aplicación del conjunto de medidas reguladoras de las telecomunicaciones de 10 de noviembre de 1999 se confirman los progresos adicionales.

Posteriormente, el 2 de septiembre de 1998, la Comisión publicó un aviso en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE) en el que invitaba a las entidades contratantes del sector de las telecomunicaciones a notificar los servicios que consideraban excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 93/38/CEE, de conformidad con las condiciones del apartado 1 del artículo 8 de dicha Directiva. Una vez analizadas las propuestas, la Comisión llegó a la conclusión que los contratos públicos relacionados con la mayoría de servicios de telecomunicaciones en la mayoría de Estados miembros se consideraban ya excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva.

Las Directivas clásicas sobre contratación pública regulaban dos supuestos diferentes del sector de las telecomunicaciones en el sentido amplio: las compras realizadas por las entidades que gestionaban ellas mismas una red de telecomunicaciones u ofrecían un servicio de telecomunicaciones y los supuestos en los que los poderes públicos efectúen compras de servicios de telecomunicaciones. Las Directivas 92/50/CEE y 93/38/CEE excluían de su ámbito de aplicación las compras de

servicios de telefonía de voz, télex, radiotelefonía móvil, buscapersonas y telecomunicación por satélite. El motivo de esta exclusión fue que, en el momento de la adopción de las Directivas, con frecuencia en una zona dada, los servicios en cuestión solo podía suministrarlos un único proveedor debido a la ausencia de competencia efectiva y a la existencia de derechos especiales o exclusivos.

3.3. Exclusiones específicas en el sector del agua

En principio cabe indicar que los servicios del agua¹⁷⁶ están considerados como Servicios de Interés Económico General, si bien su interés económico es relativo y singular de manera que lo aproximan a la configuración de servicios no económicos de interés general.

La exclusión de determinadas concesiones del agua es una de las que más incidencia ha tenido y que se gestó durante el procedimiento de tramitación de la Directiva, de manera que, en la fase final, se decidió excluir el sector del agua por la presión de algunos Estados miembros¹⁷⁷ ya que inicialmente estaba dentro del ámbito de aplicación de la propuesta de Directiva¹⁷⁸, quedando estos contratos de concesión incluidos en la Directiva de sectores especiales 2014/25/UE. Bien es verdad que la propuesta de Directiva de concesiones de 20 de enero de 2011 ya encontró una

¹⁷⁶ PERDIGÓ SOLÀ, J., “El agua, los servicios de interés general y la Directiva de concesiones”, en *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos*, PARISIO V., AGUADO I CUDOLÀ, V. y NOGUERA DE LA MUELA, B., (dirs.), Tirant lo Blanc, 2016, Valencia, págs. 301 a 334. Sobre este sector, también hay que traer a colación los trabajos de PERDIGÓ SOLÀ, J., *El servei públic d’abastament d’aigua*, FMC, Barcelona, 2003; *Naturalesa i règim jurídic de les aigües minerals*, *Revista Jurídica de Catalunya* núm. 1, 2004 y NOGUERA DE LA MUELA, B., “Los ámbitos subjetivo y objetivo en la contratación en el sector del agua”, en *La contratación en el sector del agua. Seguridad jurídica, aspectos medioambientales y novedades comunitarias*, Fundación Agbar y el Consejo General del Poder Judicial, 2013 en Granada, págs. 18 a 65.

¹⁷⁷ Polémica que, en opinión de 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 concession: un acheminement sur le question de l’eau*”, Hiver 2013-2014, págs. 62 a 63).

¹⁷⁸ De acuerdo con el Considerando 40 de la Directiva: “*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 servicios 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 legislador comunitario hace igualmente referencia en el Considerando 84 con ocasión de las repercusiones económicas en el mercado interior que debe evaluar la Comisión entre otros aspectos respecto a la exclusión establecida en el artículo 12 teniendo en cuenta las estructuras específicas del sector del agua.

oposición generalizada puesta de manifiesto en el Informe del Parlamento Europeo, de 25 de noviembre de 2011, sobre la modernización de la contratación pública, el Informe del Comité Económico y Social, de 26 de junio de 2012 y el Informe del Comité de las Regiones, de 13 de septiembre de 2012 centrada principalmente en la gestión del servicio del abastecimiento del agua de consumo humano y al saneamiento de aguas residuales. Esta oposición¹⁷⁹ se puso de manifiesto en la iniciativa Ciudadana Europea ICE que se promovió a partir del Foro Mundial del agua, celebrado en Marsella, en marzo de 2012. En respuesta a esta oposición y siguiendo la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 64/292, de 28 de julio de 2010, la Comisión Europea aprobó el Documento *El derecho al agua y al saneamiento como derecho humano*¹⁸⁰, de 19 de marzo de 2014. En base a los trabajos preparatorios de este Documento en el proceso de negociación de la propuesta de Directiva de concesiones los representantes del Consejo, Parlamento Europeo y la Comisión Europea convinieron la exclusión del servicio de abastecimiento de agua potable, así como del alcantarillado y tratamiento de aguas residuales, cuando dicho servicio se preste junto con el abastecimiento del agua.

La principal razón de la exclusión es que el objetivo de la Directiva no es 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 7). Al respecto, cabe destacar la opinión de FUERTES LÓPEZ¹⁸¹, quien defiende que más que excluir sectores del proyecto de Directiva de concesiones, los

¹⁷⁹ Durante la tramitación de la propuesta de la Directiva, quedó excluido el sector del agua de la norma que regula los contratos de concesión entre Administraciones y empresas privadas para la prestación de servicios de interés público. La iniciativa ciudadana sobre “El Derecho humano al agua” fue la principal impulsora de esta exclusión, defendía el reconocimiento del suministro de agua y el saneamiento como servicios públicos esenciales y su exclusión de las normas del mercado interior y de la política de liberalizaciones (dicha iniciativa consiguió recabar más de dos millones de firmas, siendo la mayor parte en Alemania). Al respecto, la Directiva 2000/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, señala que “*el agua no es un bien comercial como los demás, sino un patrimonio que hay que proteger, defender y tratar como tal*”, y se considera el abastecimiento como un servicio de interés general. El Tribunal en la Sentencia de 11 de septiembre de 2014, Comisión/Alemania (Asunto C-525/12) se pronunció sobre los “servicios relacionados con el agua y afirma: “44. *En el presente asunto, del texto del artículo 9 de la Directiva 2000/60 se desprende que los Estados miembros deben tomar en consideración el principio de recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua, incluidos los costes para el medioambiente y los recursos, teniendo en cuenta el análisis económico efectuado de conformidad con el Anexo III de dicha Directiva y con arreglo, en particular, al principio de quien contamina paga. Estos Estados deben, concretamente, velar por que la política de precios del agua estimule a los usuarios a utilizar los recursos de manera eficaz y contribuyan así a la consecución de los objetivos medioambientales establecidos por la Directiva 2000/60. En cuanto al artículo 2, punto 38, de dicha Directiva, define como “servicios relacionados con el agua”, todos los servicios en beneficio de los hogares, las Instituciones pública o cualquier actividad económica, consistentes en, por una parte, la extracción, el embalse, el depósito, el tratamiento y la distribución de aguas superficiales o subterráneas y, por otra, la recogida y depuración de aguas residuales, que vierten posteriormente en las aguas superficiales”.*

¹⁸⁰ Este documento tiene como subtítulo *¡El agua no es un bien comercial, sino un bien público!* Documento COM (2014) 177, final.

¹⁸¹ FUERTES LÓPEZ, M., “Que las aguas vuelvan a su cauce”, publicado en www.obcp.es de 12 de agosto de 2013.

esfuerzos se deberían haber dirigido a corregir y mejorar la propuesta presentada para garantizar, entre otros aspectos, los derechos de los ciudadanos a la adecuada prestación de los servicios públicos así como las facultades de intervención pública sobre la empresa concesionaria.

En concreto, el artículo 12 hace referencia a la exclusión de las concesiones relativas 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.*

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:

- a) proyectos de ingeniería hidráulica, irrigación y 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.*

El artículo 12 de la Directiva no distingue en este tipo de concesiones si se trata de aquellas concedidas por “poderes adjudicadores” o “entidades adjudicadoras”, mientras que el artículo 10 de la Directiva 2014/25/UE –al ser de aplicación a las “entidades adjudicadoras” precisamente recoge los supuestos de exclusión anteriormente transcritos que hagan referencia a estas últimas¹⁸². En todo caso, cabe

¹⁸² Este precepto señala que la Directiva 2014/25/UE se aplicará 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.” La presente Directiva se aplicará, asimismo, a los contratos o a los concursos de proyectos adjudicados u organizados por las entidades adjudicadoras que ejerzan una actividad contemplada en el apartado 1, y que estén relacionados con alguna de las actividades siguientes: a) proyectos de ingeniería hidráulica, irrigación o drenaje, a condición de que el volumen de agua destinado al

señalar que el régimen de la Directiva 2014/25/UE -atendiendo a la concurrencia de los tres requisitos que se deben dar para que sea aplicable- es más flexible que la Directiva de concesiones.

3.4. Exclusiones de las concesiones adjudicadas a una empresa asociada

El artículo 13 prevé los supuestos de exclusión aplicable a las concesiones adjudicadas a una empresa asociada ya que se trata de concesiones otorgadas en el seno de una agrupación económica constituida, principalmente, para atender las necesidades de la propia entidad adjudicadora y no para operar en el mercado¹⁸³, como ya sucedía en la regulación de sectores especiales.

Para la correcta comprensión de este supuesto, es conveniente seguir el siguiente orden. En principio, la presente Directiva no se aplicará a las concesiones adjudicadas:

- a) por una entidad adjudicadora a una empresa asociada, o
- b) por una empresa conjunta, constituida exclusivamente por varias entidades adjudicadoras con el fin de desarrollar actividades contempladas en el Anexo III, a una empresa asociada a una de dichas entidades adjudicadoras.

Siempre que se cumplan las siguientes condiciones dirigidas a evitar distorsiones de la competencia:

- a) en las concesiones de servicios, siempre que como mínimo el 80% del promedio del volumen de negocios total que la empresa asociada, teniendo en cuenta todos los servicios prestados por la empresa, haya efectuado en los últimos tres años

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; b) la evacuación o el tratamiento de aguas residuales. 3. No se considerará una actividad pertinente a efectos del apartado 1 el suministro de agua potable a redes destinadas a prestar un servicio al público por una entidad adjudicadora que no sea un poder adjudicador, cuando se cumplan todas las condiciones siguientes: a) que la producción de agua potable por la entidad adjudicadora de que se trate se realice porque su consumo es necesario para el ejercicio de una actividad distinta de las contempladas en los artículos 8 a 11; b) que la alimentación de la red pública dependa exclusivamente del propio consumo de la entidad adjudicadora y no haya superado el 30 % de la producción total de agua potable de la entidad adjudicadora, tomando en consideración la media de los tres últimos años, incluido el año en curso”.

¹⁸³ En todo caso, la Directiva impone un deber de comunicación a la Comisión por parte de las entidades adjudicadoras de la creación de dichas empresas y de las concesiones que se adjudiquen (artículo 15).

en materia de servicios provenga de la prestación de servicios a la entidad adjudicadora o a otras empresas con las que esté asociada.

- b) en las concesiones de obras, siempre que como mínimo el 80% del promedio del volumen de negocios total que la empresa asociada durante los tres últimos años, teniendo en cuenta todas las obras realizadas por esa empresa, provenga de la realización de obras para la entidad adjudicadora u otras empresas con las que esté asociada.

Este precepto aclara que, a efectos del presente artículo, se entenderá por “empresa asociada” la empresa que de conformidad con lo dispuesto en la Directiva 2013/34/UE¹⁸⁴ presenta cuentas anuales consolidadas con las de la entidad adjudicadora. Y en el caso que no están sujetas a la Directiva 2013/34/UE, se entenderá por “empresa asociada” toda empresa que:

- a) sea una empresa sobre la cual la entidad adjudicadora pueda ejercer, directa o indirectamente una influencia dominante¹⁸⁵,
- c) pueda ejercer una influencia dominante sobre la entidad adjudicadora, o
- d) al igual que la entidad adjudicadora, esté sometida a la influencia dominante de otra empresa por razón de propiedad o participación financiera o en virtud de las normas que la rigen.

¹⁸⁴ Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo (DO núm. L 182, de 29.6.2013).

¹⁸⁵ Dicho precepto indica que por “influencia dominante” se ha de entender en el mismo sentido que el artículo 7.4 relativo a la “empresa pública”, cuando concurra cualquiera de estos casos: que estén en posesión de la mayoría del capital suscrito de la empresa; dispongan de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa; o puedan designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de supervisión de la empresa. El Considerando 39 de la Directiva señala que: *“Debe considerarse que dos empresas están asociadas cuando existe una influencia dominante directa o indirecta entre la entidad adjudicadora y la empresa de que se trate, o bien cuando ambas se hallan bajo la influencia dominante directa o indirecta entre la entidad adjudicadora y la empresa de que se trate, o bien cuando ambas se hallan bajo la influencia dominante de otra empresa; en este contexto, la participación privada no debe considerarse pertinente por sí misma. La comprobación de si una empresa está asociada o no a una entidad adjudicadora determinada debe ser lo más sencilla posible. Por lo tanto, y dado que la posible existencia de la influencia dominante directa o indirecta ya tendría que haberse comprobado para decidir si las cuentas anuales de las empresas y entidades de que se trate deben estar consolidadas, procede considerar que dos empresas están asociados cuando sus cuentas anuales estén consolidadas. Sin embargo, las normas de la Unión sobre cuentas consolidadas no son aplicables en una serie de casos, por ejemplo, por las dimensiones de las empresas consideradas o por no reunirse determinadas condiciones relativas a su forma jurídica. En tales casos, cuando no sea de aplicación la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, va a ser preciso examinar si existe una influencia dominante directa o indirecta basada en la propiedad, la participación financiera o las normas que rijan estas empresas”*.

Cuando más de una empresa asociada a la entidad adjudicadora con la que formen un grupo económico¹⁸⁶ preste servicios, u obras idénticos o similares, los porcentajes mencionados en el apartado 4 se calcularán teniendo en cuenta el volumen de negocios total resultante respectivamente de la prestación de servicios u obras por parte de dichas empresas asociadas.

En los casos en los que no se disponga del volumen de negocios de los tres últimos años –ya sea por la fecha de creación o de inicio de las actividades de la empresa asociada- será suficiente que dicha empresa demuestre que la realización del volumen de negocios contemplado en las letras a) o b) del apartado 4 sea verosímil, en especial mediante proyecciones de actividades.

En el caso que más de una empresa asociada a la entidad adjudicadora con la que formen un grupo económico preste servicios u obras idénticos o similares, los porcentajes mencionados en el apartado 4 se calcularán teniendo en cuenta el volumen de negocios total resultante respectivamente de la prestación de servicios u obras por parte de dichas empresas asociadas.

3.5. Exclusión de concesiones adjudicadas a una empresa conjunta o a una “entidad adjudicadora” que forme parte de una empresa conjunta

No obstante lo dispuesto para las concesiones entre entidades del sector público, también se excluyen del ámbito de aplicación de la Directiva, las concesiones adjudicadas por una empresa conjunta constituida exclusivamente por varias entidades adjudicadoras con el fin de desarrollar las actividades contempladas en el Anexo II, a

¹⁸⁶ El Considerando 38 dispone que: “Numerosas entidades adjudicadoras están estructuradas como una agrupación económica que puede incluir una serie de empresas separadas; a menudo, cada una de estas empresas tiene una función especializada en el marco global de la agrupación. Por lo tanto, conviene excluir determinadas concesiones de servicios y obras adjudicadas a una empresa asociada cuya actividad principal sea proporcionar esos servicios u obras al grupo al que pertenece y no comercializarlos en el mercado. Conviene asimismo excluir determinadas concesiones de servicios y obras adjudicadas por una entidad adjudicadora a una empresa conjunta constituida por varias entidades adjudicadoras con el objeto de ejercer actividades incluidas en el ámbito de la presente Directiva y de la que dicha entidad forma parte. Es preciso, no obstante, evitar también que esta exclusión ocasione distorsiones de la competencia que vayan en beneficio de las empresas o empresas conjuntas asociadas con las entidades adjudicadoras; es conveniente prever un conjunto adecuado de normas, en particular por lo que se refiere a los límites máximos dentro de los cuales las empresas puedan obtener parte de su volumen de negocios en el mercado y por encima de los cuales perderían la posibilidad de que se les adjudicasen concesiones sin convocatoria de licitación, la composición de las empresas conjuntas y la estabilidad de las relaciones entre tales empresas conjuntas y las entidades adjudicadoras de las cuales están compuestas”.

una de dichas entidades adjudicadoras, o por una entidad adjudicadora a dicha empresa conjunta de la que forma parte, que se haya constituido para desarrollar la actividad de que se trate durante un período mínimo de tres años y que el instrumento por el que haya constituido estipule que las entidades adjudicadoras que la constituyen serán parte de la misma al menos durante el mismo período¹⁸⁷.

En todo caso, los supuestos de exclusión de concesiones adjudicadas a una empresa asociada que reúna los requisitos anteriormente expuestos –apartados 2 y 3 del artículo 13 y 14- y las exclusiones de concesiones adjudicadas a una empresa conjunta o a una entidad adjudicadora que forme parte de una empresa conjunta, comunicarán a la Comisión, si así lo solicita, la siguiente información:

- a) el nombre de las empresas o empresas conjuntas;
- b) la naturaleza y el valor de las concesiones;
- c) los elementos que la Comisión considere necesarios para probar que las relaciones entre la empresa o la empresa conjunta a la que se adjudiquen las concesiones y la entidad adjudicadora cumplen los requisitos de los artículos 13 o 14.

3.6. Exclusiones de concesiones adjudicadas por “entidades adjudicadoras” cuando el Estado miembro donde ejecuten las concesiones la actividad se vea directamente expuesta a la competencia

Dicha exclusión prevista en el artículo 16 de la Directiva hace referencia a aquellas concesiones adjudicadas por entidades adjudicadoras cuando en el Estado miembro donde vayan a ejecutarse las concesiones, haya quedado probado con arreglo al artículo 35 de la Directiva 2014/25/UE que la actividad está sometida directamente a la competencia a efectos del artículo 34 de dicha Directiva. Ello es un efecto coherente

¹⁸⁷ La nueva Directiva especifica dichos supuestos, frente a la anterior redacción del artículo 23.4 de la Directiva 2004/18/CE solo lo exigía en los casos de contratos adjudicados por una entidad adjudicadora a una empresa conjunta de la que forme parte.

con el postulado de la regulación comunitaria de la contratación pública ya que se actúa dentro del mercado ya no será de aplicación la Directiva¹⁸⁸.

3.7. Relaciones entre entidades del sector público

El artículo 17 relativo a las relaciones entre autoridades públicas de carácter contractual¹⁸⁹ -relaciones domésticas o “*in house providing*”- merece especial atención y detenimiento ya que reproduce las diferentes sentencias del Tribunal dictadas al respecto e introduce algunos cambios significativos en aras a reducir el margen de discrecionalidad de algunos criterios jurisprudenciales no precisos.

En general, la doctrina “*in house providing*” permite excluir de la aplicación de las normas de contratación pública determinados contratos encargados directamente a entes que tienen la consideración de “medios propios” sobre los que el adjudicatario ejerce un control análogo al de sus propios servicios y realiza la parte esencial. Esta exención opera tanto en el ámbito de los contratos públicos en sentido estricto, como en el de las concesiones de servicios públicos¹⁹⁰ y se justifica al existir una relación jurídica administrativa¹⁹¹.

¹⁸⁸ El Considerando 41 sobre concesiones adjudicadas por entidades adjudicadoras al objeto de realizar una actividad recogida en el Anexo II cuando en el Estado miembro donde se desarrolla dicha actividad se vea directamente expuesta a la competencia en mercados sin limitaciones de acceso.

¹⁸⁹ El artículo 17 no regula todos los supuestos de cooperación entre entidades del sector público ya que, como señala el Considerando 54 de la Directiva, se dejan fuera las relaciones administrativas que no tienen carácter contractual al reconocer el legislador que: “*Existen algunos casos en los que una entidad jurídica actúa, con arreglo a las disposiciones pertinentes de la legislación nacional, como un instrumento o servicio técnico para determinados poderes adjudicadores o entidades adjudicadoras, y está obligada a cumplir las instrucciones recibidas de estos poderes o entidades adjudicadoras, sin ejercer influencia sobre la retribución de su ejecución. Dado que esta es una relación meramente administrativa y que carece de carácter contractual, debería quedar fuera del ámbito de aplicación de los procedimientos de concesión*”. Como precedentes cabe señalar la Sentencia del Tribunal de 19 de abril de 2007, *Asemfo* (Asunto C-295/05).

¹⁹⁰ La doctrina “*in house*” se ha ido desarrollando inicialmente en sede de los contratos públicos, y fue la Sentencia de 13 de octubre de 2005, Asunto *Parking Brixen* C-458/03 (apartados 61 y 62), la que extendió esa doctrina a las concesiones de servicios públicos -que no estaban incluidas en el ámbito de aplicación de la normativa comunitaria de contratos públicos- al afirmar que “*en el ámbito de las concesiones de servicios públicos estará excluida la aplicación de lo dispuesto en los artículos 12 CE, 43 CE y 49 CE, así como de los principios generales cuya expresión específica constituyen dichos artículos, en el supuesto que, cumulativamente, la autoridad pública concedente ejerza sobre la entidad concesionaria un “control análogo” al que ejerce sobre sus propios servicios y la entidad realice la parte esencial de su actividad junto con la autoridad a que pertenece*”; criterio que es confirmado por la Sentencia del Tribunal de 6 de abril de 2006, *ANAV* (C 410/04), relativa a una concesión local del servicio de transporte público, y por la Sentencia Tribunal de 13 de noviembre de 2008, *Coditel Brabant SA*, (C 324/07), relativa a una concesión de servicios públicos para la explotación de una red municipal de teledistribución. La primera Sentencia que el Tribunal dictó sobre la doctrina “*in house*” al respecto fue la de 18 de noviembre de 1999, *Teckal*, (C-107/98).en la que se afirmaba que para que se produzca la exclusión de la aplicación de las normas de contratación pública a determinados supuestos en la que la Administración Pública encomienda a una entidad el cumplimiento de tareas de interés público que le corresponden, debían concurrir dos requisitos: la existencia de un “control análogo” por parte de la autoridad pública sobre la entidad de que se trate análogo al ejercido sobre los

El origen de los encargos “*in house providing*” como excepción a la sujeción de la normativa de contratos públicos se encuentra en la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios¹⁹². También el artículo 23 de la Directiva

propios servicios y la realización de la parte esencial de la actividad de dicha entidad con el ente o los entes que la controlen.

¹⁹¹ GIMENO FELIÚ, J. M., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública...*, op. cit.; IDEM, *La nueva contratación pública europea de incidencia...*, op. cit. págs. 15 a 21, IDEM, “La problemática derivada del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios: Alcance de la Jurisprudencia Comunitaria”, *Informe de Comunidades Autónomas*. Universitat de Barcelona, Institut de Dret Públic, 2005; MONTOYA MARTÍN, E., *Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de contratos del sector público: su incidencia en la gestión de los servicios públicos locales*, Barcelona, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2009, “La delimitación de los encargos domésticos: presupuesto para evitar la huida de las garantías de la contratación pública”, *Derechos y Garantías del ciudadano, Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Pérez Moreno*, López Menudo Coord. Iustel, Madrid, 2011, págs. 859 a 907; MOLL FERNÁNDEZ-FÍGARES, L., *Los encargos a medios propios en la legislación actual. Texto adaptado a las Leyes 39 y 40/2015 y al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público*, 2017, Ed. Reus, Madrid; SOSA WAGNER, F., “El empleo de recursos propios por las Administraciones locales”, en el libro Homenaje al prof. S. Martín-Retortillo, *Estudios de Derecho Público Económico*, Civitas, 2013, págs. 1309 a 1341; BERNAL BLAY, M. A., “La cooperación administrativa horizontal como fórmula de organización. Su articulación en el ámbito local desde la óptica del Derecho de los contratos públicos”, en GIMENO FELIÚ, J. M., (coord.) *Organización Local, Nuevas tendencias*, Civitas, Cizur Menor, 2011, págs. 361 a 376; IDEM, “La problemática relativa a los negocios excluidos de la aplicación de la Ley: los encargos in House, con especial referencia al ámbito local”, en libro colectivo *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las entidades locales*, CEMCI, Granada, 2008, págs. 172 a 175, IDEM, “Las encomiendas de gestión excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Una propuesta de interpretación del artículo 3.1, letra l) TRLCAP”, *REDA* núm. 129, 2006, págs. 77 a 90; GÁLLEGO CÓRCOLES, I., “Los encargos a medios propios y servicios técnicos en la LRJSP”, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, núm. 147, 2017, págs. 18 a 26, IDEM, “Los encargos a medios propios y a servicios técnicos en la jurisprudencia del TJUE”, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, núm. 140, 2015, págs. 70 a 77, IDEM, “Las relaciones “contractuales” entre entes públicos no sometidas a la Directiva 2014/24/UE...”, op. cit., NOGUERA DE LA MUELA, B., “Los encargos “in house” en la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP): especial referencia a los mismo en el ámbito local a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria”, *RAP* núm. 182, 2010, págs. 159 a 190; TIAGO FERREIRA, D., “El régimen de la contratación in house según las nuevas directivas de contratación pública”, *Contratación administrativa Práctica: Revista de la contratación y de los contratistas*, núm. 139, septiembre-octubre de 2015, pág. 53; NIETO GARRIDO, E. M., “La reforma de las entidades instrumentales por la Ley de racionalización y sostenibilidad de la administración local”, *REDA* núm. 165, 2014, págs. 103 a 104; GIMÉNEZ DE CÓRDOBA FERNÁNDEZ-PINTADO, M., en *Jornadas sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del sector Público: encomiendas de gestión y acuerdos marco*, Instituto Universitario Gutiérrez Mellado, de 12 de junio de 2015; PIÑAR MAÑAS, J. L., “El derecho comunitario como marco de referencia del Derecho español de los contratos públicos”, en libro colectivo dirigido por GÓMEZ-FERRER, R., *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2004, págs. 27 a 28; VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., en “Sociedades mercantiles y realización de obras públicas: incumplimiento de la normativa comunitaria de contratación, extralimitación del margen constitucional de reserva de derecho comunitario administrativo e incongruencia en el empleo de las técnicas de autoorganización para la gestión de actuaciones administrativas”, *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 12, Iustel, junio 2006, págs. 12 a 24. Sobre la evolución de la jurisprudencia del Tribunal me remito a los siguientes trabajos: DEL CUVILLO CONTRERAS, I., “El Medio Propio en la Jurisprudencia Comunitaria sobre Contratos Públicos. Análisis de la Sentencia del TJCE, Coditel, de 13 de noviembre de 2008. Reflexiones desde una perspectiva española”, *Revista de la Asociación de Abogados del Estado* Año VI, número 24, abril a junio de 2009, “La jurisprudencia sobre contratos públicos posterior a la Sentencia Coditel Brabant de 13 de noviembre de 2008”, *Revista de la Asociación de Abogados del Estado* Año VI, número 26, octubre a diciembre de 2009; SANTIAGO IGLESIAS, D., “Las relaciones de colaboración entre poderes adjudicadores excluidos de la normativa de contratación del sector público: una propuesta de transposición de la regulación contenida en las Directivas de contratación al ordenamiento español”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 38, 2015; PASCUAL GARCÍA, J., *Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de contratos del sector público*, Madrid, BOE, 2010; PERNAS GARCÍA, J. J., *Las operaciones in house y el derecho comunitario de contratos públicos. Análisis de la jurisprudencia del TJCE*, Iustel, Madrid 2008 y VILALTA REIXACH, M., *Las encomiendas de gestión. Entre la eficacia administrativa y la contratación pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013; PALOMAR OLMEDA, A., (dir.), *Encomienda de gestión. Gestión Pública actual: régimen jurídico y mayor eficacia*, Aranzadi, 2013.

¹⁹² El artículo 6 de dicha Directiva establecía que quedaban excluidos de su ámbito: “...los contratos públicos de servicios adjudicados a una entidad que sea, a su vez, una entidad adjudicadora con arreglo a la letra b) del artículo

2004/17/CE y el artículo 63 de la Directiva 2004/18/CE hacían referencia a determinados supuestos.

Desde un punto de vista histórico, de siempre, las Administraciones Públicas han dispuesto de sociedades y demás instrumentos personificados para la realización de sus servicios. Se fundamenta en la capacidad autoorganizativa de las Administraciones Públicas con el fin de obtener una mayor eficiencia en los procedimientos de contratación, siendo irrelevante la personificación jurídica, ya que la falta de autonomía decisional de uno de los entes respecto del otro justifica la inexistencia de relación contractual. Sin embargo, actualmente se replantea dicha figura desde el punto de vista del derecho a la competencia¹⁹³, en el sentido si se puede considerar que las Administraciones Públicas pueden seguir disponiendo de los entes instrumentales sin más o se deben someter a ese derecho¹⁹⁴.

El artículo 17 recoge los requisitos señalados por la jurisprudencia, algunos de ellos matizados, y distingue tres situaciones de cooperación por medio de entidades jurídicas independientes “cooperación vertical o institucionalizada”.

El principio general es que el hecho que las dos partes de un acuerdo sean poderes públicos no excluye, por sí mismo, la aplicación de la normativa sobre contratación pública de manera que no se falsee la competencia colocando al prestador de servicios en situación de ventaja respecto de sus competidores (Considerando 45). Sin embargo, si se tratan de medios propios o cooperación entre autoridades públicas se deberá excluir de la aplicación de esta Directiva atendiendo al principio de libertad de

1, sobre la base de un derecho exclusivo del que goce en virtud de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas publicadas, siempre que dichas disposiciones sean compatibles con el Tratado”.

¹⁹³ PERNAS GARCÍA, J. J., afirma que esta doctrina “*in house*” ha puesto coto a la progresiva expansión del Derecho de la competencia, protegiendo los espacios propios y las posibilidades de gestión y organización interna de la propia Administración, en “La exigencia de “control análogo” en las encomiendas a medios propios”, *REALA*, núm. 311, septiembre-diciembre 2009, págs. 229 a 276. En igual sentido, GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., “Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación. Comentario a la Sentencia del Tribunal en el As. *Asemfo c. Tragsa* y Administración General del Estado”, *RAP* núm. 173, mayo-agosto: 218, 2007, págs. 207 a 237.

¹⁹⁴ SOSA WAGNER, F. y FUERTES LÓPEZ, M., ¿Pueden los contratos quedar en casa? (la problemática europea sobre contratación *in house*), *Diario La Ley*, 2007, núm. 6715, págs. 1669 a 1680; SOSA WAGNER, F., “El empleo de los recursos propios por Administraciones locales...”, *op. cit.*, págs. 1309 a 1341; GIMENO FELIÚ, J. M., “La problemática derivada del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios...*op. cit.*”; GONZÁLEZ GARCÍA, J. V. “Medios propios de la Administración...”, *op. cit.*, págs. 217 a 237; ARIMANY LAMOGLIA, E., “Sombras sobre los encargos directos de gestión a las sociedades mercantiles locales” (crónica de la STJCE de 13 de octubre de 2005, As. C-458/03, Parking Brixen GMBH), *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 9, 2005, pág. 56; NOGUERA DE LA MUELA, B., “Los encargos “*in house*” en la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP): especial referencia...”, *op. cit.*, págs. 159 a 190

elección de los modos de gestión (artículo 2.1 de la Directiva). En todo caso, el límite de la exclusión versa en el hecho que la actividad principal de la entidad concesionaria no esté dirigida a producir bienes o prestar servicios en el mercado libre, por lo que actúa fuera de la competencia propia del mercado. Como se tendrá ocasión de analizar, el “control análogo” existirá no en función del porcentaje de participación en el capital social, sino en el hecho de que el ente instrumental carezca efectivamente de autonomía desde el punto de vista decisorio respecto del ente que realiza el encargo, no existiendo en estos casos verdadera autonomía contractual¹⁹⁵. Y este “control análogo” puede ser también colectivo, siempre que haya una participación tanto en el capital como en los órganos de dirección.

La Directiva distingue las siguientes clases de concesiones entre entidades del sector público:

A) Concesiones adjudicadas por un poder adjudicador o entidad adjudicadora a un medio propio.

De acuerdo con el apartado 1) del artículo 17 quedarán excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva las concesiones adjudicadas por un “*poder adjudicador*” o una “*entidad adjudicadora*” contemplados en el artículo 7, apartado 1, letra a) a otra persona jurídica de Derecho privado o de Derecho público siempre que concurren todas y cada una de las siguientes condiciones acumulativas:

- a) *que dicho poder adjudicador o entidad adjudicadora ejerza sobre la persona jurídica un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios; y*
- b) *que más del 80 %¹⁹⁶ de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le hayan sido encomendados por el poder adjudicador*

¹⁹⁵ Afirmación desarrollada por la Sentencia del Tribunal de 21 de julio de 2005, Coname *Padania Acque* (C-231/03) al afirmar que “el criterio del control análogo” no se colma cuando el poder público adjudicador no posee más que el 0,97% del capital de la Sociedad adjudicataria”, pero de la que se separa la Sentencia del Tribunal de 19 de abril de 2007 (*ASEMFO*). Sobre este tema, me remito a los trabajos de BERNAL BLAY, M. A., “Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones *in house*. Comentario de urgencia a la Sentencia del Tribunal de 19 de abril de 2007 *Asemfo vs. Tragsa* (As. C-295/05), *REDA* núm. 137, 2008, págs. 115 a 138 y GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., “Medios propios de la Administración...”, *op. cit.*

¹⁹⁶ Con el establecimiento del 80% se rebaja dicho porcentaje y se establece un límite al concepto “realización de la parte esencial” para considerar que existe un “encargo *in house*”. En el proyecto de Directiva el legislador comunitario precisaba que se debía entender por “realización de la parte esencial” como mínimo un 90% de las actividades. Desde el punto de vista jurisprudencial en la Sentencia de 19 de abril de 2007, *Asemfo vs. TRAGSA* (As.

o la entidad adjudicadora que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador o entidad adjudicadora, y

Al respecto, cabe destacar el hecho que se trate de una especificación del “vínculo de destino”¹⁹⁷ y ya no se trate de una “parte sustancial de su actividad” sino una cantidad fijada por primera vez por el legislador comunitario en más del 80% de su actividad. La jurisprudencia¹⁹⁸ había ido señalando que el segundo requisito de la doctrina “*in house*” versa en el hecho que la entidad proveedora debe realizar necesariamente la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan. Esta concepción enlaza con la esencia misma del contrato “*in house*”, esto es, la falta de autonomía contractual¹⁹⁹ del ente controlado ya que en caso contrario si el ente instrumental se dedica también a otros operadores públicos y privados como un agente económico más, no sería de aplicación la doctrina “*in house providing*” sino la Directiva.

c) que no exista participación directa de capital privado²⁰⁰ en la persona jurídica controlada, con la excepción²⁰¹ de las formas de capital privado sin capacidad de

C-295/05) el Tribunal entendió que el carácter marginal de la actividad con terceros estimándose en un 10% del volumen de negocios total (párrafo 63). En la Sentencia del Tribunal de 19 de junio de 2014, *Centro Hospitalario de Setúbal* (Asunto C-574/12) se fija el 80% del volumen de facturación externo. Sobre el porcentaje establecido, considero que hubiera sido deseable la previsión de mecanismos de revisión periódica al cumplimiento de dicho requisito.

¹⁹⁷ LAZO VITORIA, X., “El futuro del mercado concesional en Europa”, *Revista CEFLEGAL*, CEF, núm. 154, noviembre 2013, págs. 137 a 174.

¹⁹⁸ Así se ha pronunciado el Tribunal en la Sentencia *Carbotermo SpA*, de 11 de mayo de 2008 (Asunto C-340/04) y en la Sentencia de 18 de diciembre de 2007 *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia* (C-220/06) entre otras.

¹⁹⁹ El Considerando 48 afirma que dado que es una relación meramente administrativa y que carece de carácter contractual, debería quedar fuera del ámbito de aplicación de los procedimientos de concesión.

²⁰⁰ El Tribunal ha negado dicho control cuando exista participación, aunque sea minoritaria de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa, asimismo, la entidad adjudicadora de que se trata (la Sentencia ya citada *Standt Halle y RPL Lochau*, C-26/03) pues en otro caso se menoscabaría el efecto útil de la Directiva 92/50, *Stadt Halle* resulta muy clara al respecto. El Tribunal afirma que la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de la sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora de que se trata, excluye cualquier caso que dicha entidad pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. Y si tras la realización del encargo al medio propio, se produce una entrada en el capital del mismo de sujetos privados, se deberá negar la existencia de tal control análogo (Sentencia del Tribunal de 10 de noviembre de 2005, *Comisión vs República de Austria*, Asunto C-29/04, y Sentencia del Tribunal de 8 de abril de 2008, *Comisión vs Rep. Italiana* C-337/05). En esta última Sentencia se afirma: “38. En lo que atañe a la primera condición, relativa al control de la autoridad pública, debe recordarse que la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participe asimismo la entidad adjudicadora de que se trata, excluye, en cualquier caso, que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre la citada sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (véase la Sentencia *Standt Halle y RPL Lochau*, antes citada, apartado 49)”. El hecho de que el poder adjudicador posea por sí solo o junto con otros poderes públicos, la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria tiende a indicar, sin ser un indicio decisivo, que dicho poder adjudicador ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (Sentencia 13 de octubre de 2005 *Parking Brixen*, Asunto C-458/03.). No obstante, si la eventual influencia en las decisiones se ejerce a través de un intermediario -por ejemplo, una sociedad holding-, tal circunstancia debilita el eventual control ejercido por el poder adjudicador sobre una sociedad anónima por el mero hecho de participar en su capital (Sentencia de 11 de mayo de 2006, *Carbotermo*, Asunto C-340/04). El Tribunal entiende que esta titularidad tiende a

*control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por las disposiciones de la legislación nacional, de conformidad con los Tratados, y que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada*²⁰².

Al respecto cabe hacer los siguientes comentarios. Por un lado, a diferencia de lo que venía exigiendo la jurisprudencia, no se requiere que la composición de las entidades participantes sea exclusivamente pública. Así, desde el punto de vista subjetivo, se separa de lo fijado en la Sentencia de 9 de junio de 2009, *Comisión contra Alemania* (As. C-480/06), ya que no se requiere que la composición de las entidades participantes sea exclusivamente pública, sino que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, con determinadas excepciones. Este aspecto es muy importante, pues se estaría permitiendo que una Administración pueda formalizar una relación de colaboración al margen de la aplicación de la normativa correspondiente con una sociedad de economía mixta siempre que no existiese capital privado y el resto de los requisitos fijados.

indicar, sin ser un hecho decisivo, que el “poder adjudicador” ejerce sobre la sociedad un “control análogo” al que ejerce sobre sus propios servicios y que, en todo caso, lo decisivo para que exista dicho control análogo es que el ente que controla debe poder ejercitar una influencia potencialmente determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha sociedad. Esta afirmación sobre la titularidad se matiza más tarde en la Sentencia del Tribunal *Asemfo vs. TRAGSA II* de fecha 19 de abril de 2007 (C-295/05) al sustituir la frase “*sin ser un indicio decisivo*” (referida a la participación íntegramente pública en el capital social) por la frase “*en principio*”. Al respecto, hay que calificar como no afortunado el pronunciamiento del Tribunal ya que no es suficiente el indicio del capital público, para afirmar la existencia de un “control análogo” sino que es necesario la existencia de un verdadero control análogo. De manera que el hecho de la participación pública en el capital social, no es por sí solo suficiente para determinar la existencia de un control análogo al ejercido sobre los propios servicios. En la Sentencia de 10 de septiembre de 2009, *Sea srl*, el Tribunal señaló que: “*En el supuesto de que una entidad adjudicadora proyecte celebrar un contrato a título oneroso referente a servicios comprendidos dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva 92/50, en su versión modificada por la Directiva 97/52, con una sociedad jurídicamente distinta de ella en cuyo capital participa junto con una o varias empresas privadas, deben aplicarse siempre los procedimientos de contratación pública previstos en dicha Directiva*”.

²⁰¹ Al haberse admitido únicamente esta excepción, es cuestionable la doctrina del Tribunal en la Sentencia de 15 de octubre de 2009, *Acoset* (Asunto C-196/08), que estima conforme con el Derecho comunitario la adjudicación directa de la gestión en exclusiva de un servicio público a una sociedad de economía mixta de capital público mayoritario creada especialmente para prestar dicho servicio y con ese único objeto social, cuando el único socio privado “*sea seleccionado mediante un procedimiento de licitación pública, previa verificación de los requisitos financieros, técnicos, operativas y de gestión relativas al servicio que deba prestarse y de las características de la oferta en cuanto a las prestaciones que deban realizarse*” a condición de que dicho procedimiento de licitación respete los principios del Derecho comunitario” (apartado 63).

²⁰² Este requisito ha sido completado en la redacción final de la Directiva aprobada el 26 de febrero de 2014, en el sentido de especificar una excepción a los supuestos de participación directa de capital privado en los casos impuestos por disposiciones de la legislación nacional de conformidad con los tratados. Así, se estaría permitiendo la enajenación de participaciones minoritarias de “medios propios”, con el objetivo de obtener recursos económicos por parte del sector público, siempre y cuando se articulen mecanismos para garantizar que se trata de una participación de un socio privado de carácter financiero con derechos económicos y sin capacidad de influir en las decisiones relevantes de la entidad concesionaria. No obstante, esta excepción solo está prevista para el caso específico de Gran Bretaña. Como bien apunta TEJEDOR BIELSA, J., en su trabajo “Sociedades locales, idoneidad de medios propios y régimen de contratación”, en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, GIMENO FELIÚ, J. M., (dir.) y BERNAL BLAY, M. A. (coord.), Civitas, Cizur Menor, 2014, págs. 361 a 421, ya avanza que: “*La excepción que las Directivas introducen en el tercer de los requisitos expuestos, a mi juicio y atendiendo a la experiencia española, ha de resultar perturbadora*”.

Por otro, se dota de sustantividad al requisito relativo que en la persona jurídica controlada no exista participación privada, ya que antes se vinculaba con el “control análogo”. La Directiva introduce una excepción importante a la prohibición de participación de capital privado en los medios propios²⁰³, excluye que pueda existir “control análogo” ya que la jurisprudencia comunitaria había venido señalando que no puede existir “control análogo” si en la persona controlada existe una participación aunque sea minoritaria de capital privado²⁰⁴. Además, cualquier inversión de capital privado en una empresa, al no estar regida por objetivos de interés público, supone que la adjudicación de la concesión sin un procedimiento competitivo otorgaría al operador económico privado con presencia en el capital de la persona jurídica controlada, una ventaja indebida respecto a sus competidores. No obstante lo anterior, esta prohibición podría ser excepcionada si así lo prevé un Tratado o la legislación nacional. Se deberá estar pues a posibles supuestos que los Estados miembros y la UE prevean específicamente.

Finalmente, cabe destacar que dicho precepto matiza qué se ha de entender por “control análogo” de acuerdo con los pronunciamientos de la jurisprudencia comunitaria:

“Se considerará que un poder adjudicador o entidad adjudicadora contemplado en el artículo 7, apartado 1, letra a), ejerce sobre una persona jurídica un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, según dispone el párrafo primero, letra a), del presente apartado, cuando influya de forma decisiva tanto en los objetivos estratégicos²⁰⁵ como en las decisiones fundamentales²⁰⁶ de la persona jurídica

²⁰³ GONZÁLEZ DE OLANO, G. y NAVARRRO MANICH, J. A., “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, págs. 44 a 57.

²⁰⁴ Sobre el alcance de la suficiencia de la titularidad exclusivamente pública a la hora de evaluar el cumplimiento del primer criterio: la Sentencia *Teckal* planteó si la mera titularidad pública del capital social bastaba para entender cumplido el mismo.

²⁰⁵ El Tribunal estableció en la Sentencia de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen* (As. C-458/03) los elementos complementarios citados al señalar que el control debe permitir a la autoridad pública influir en las decisiones de la entidad y que dicha influencia debe ser determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes. La Sentencia enumera una serie de criterios significativos a estos efectos. Estos elementos conducen al núcleo esencial del primer criterio *Teckal*: el “control análogo” se produce cuando la entidad de que se trate carezca de autonomía de decisión respecto de los poderes adjudicadores que la controlan. Y cuando no hay autonomía de la voluntad no hay contrato y, por lo tanto, las directivas sobre contratos públicos no se aplican. En la Sentencia de 11 de mayo de 2006 *Carbotermo* (As. C-340/04), el Tribunal rechazó la existencia de control porque el que ejercía el “poder adjudicador” no iba más allá de la capacidad de acción que el Derecho societario reconoce a la mayoría de los socios, lo que limita considerablemente su capacidad de influir en las decisiones de la entidad. En la Sentencia de 10 de septiembre de 2009, *Sea Srl y Comuni di Ponte Nossa* (C-573/07) recogiendo la jurisprudencia anterior, el Tribunal afirma que para apreciar si la “entidad adjudicadora” ejerce sobre la sociedad adjudicataria un “control análogo” al que ejerce sobre sus propios servicios, es preciso tener en cuenta el conjunto de disposiciones legales y

controlada. Dicho control podrá ser ejercido también por otra persona jurídica, que sea a su vez controlada del mismo modo por el poder adjudicador o entidad adjudicadora”.

Dicho precepto también especifica que para determinar el porcentaje de las actividades, se tomará en consideración el promedio del volumen de negocios total o una medida basada en una actividad alternativa adecuada, tales como los costes soportados por la persona jurídica, el poder adjudicador o la entidad adjudicadora de

circunstancias pertinente en el sentido que resulte que la sociedad adjudicataria está sometida a un control que permita a la entidad adjudicadora influir en las decisiones de dicha sociedad. La influencia determinante debe hacer referencia tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha sociedad y analiza si la sociedad Setco tiene vocación de mercado. El Tribunal se detiene en tres aspectos que estima esenciales para determinar la existencia de influencia determinante por parte de la autoridad pública: legislación aplicable, vocación de mercado y mecanismos de control establecidos en los Estatutos. Respecto a la vocación de mercado, y examina el alcance geográfico y material de las actividades de la sociedad en cuestión así como la posibilidad de que entable relaciones con empresas del sector privado. El Tribunal evaluó favorablemente el hecho de que el ámbito geográfico se limitara al territorio de los municipios accionistas de la entidad y que el objeto de la sociedad sea la gestión de servicios públicos solo para dichos municipios. En esta Sentencia, se confirma la jurisprudencia *TRAGSA* en el sentido de que la entidad de que se trate pueda simultanear la prestación de servicios a las autoridades que la controle y a personas privadas siempre que esta última tenga carácter meramente accesorio respecto a su actividad principal que es la gestión de servicios públicos. En concreto, respecto a los mecanismos de control, el Tribunal valoró el establecimiento de algunos mecanismos que no figuran en el Derecho societario italiano. El Tribunal estimó favorablemente la existencia de un control reforzado mediante la creación de diferentes comités integrados por representantes de todas y cada una de las entidades socias con independencia de la talla o el número de acciones que posea en la entidad de que se trate. Estos comités tienen amplias facultades de control y decisión ya que la Junta General está obligada a tener en cuenta sus orientaciones e instrucciones. Llegados a este punto, el Tribunal realiza una afirmación importante: el segundo criterio *Teckal* permite que la entidad de que se trate ejerza una actividad que tenga carácter marginal con otros operadores distintos a las entidades que las controlan, subrayando que este segundo criterio *Teckal* carecería de objeto si el primero se interpretara en el sentido de que prohíbe cualquier actividad accesorio incluso con el sector privado (párrafo 80).

²⁰⁶ En la mencionada Sentencia de 19 de abril de 2007, *TRAGSA II* (As. C-295/05) afirma la existencia de un “control análogo” a pesar de una participación minoritaria o testimonial por parte del ente encomendante en la sociedad instrumental, cuando la encomienda de gestión es de ejecución obligatoria para la sociedad de acuerdo con las instrucciones fijadas unilateralmente por el poder adjudicador, y cuando la retribución es fijada por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan. Al respecto, cabe señalar una parte de la doctrina encuentra discutibles las consideraciones vertidas en dicha Sentencia y apuntan como dudoso que pueda adquirir categoría de principio interpretativo general. En ella, el Tribunal subraya la obligación establecida en normas de rango legal de que *TRAGSA* realice los trabajos que le encomienden los poderes públicos y la imposibilidad de fijar libremente la tarifa de sus intervenciones. Esta ausencia de autonomía lleva al Tribunal a señalar, que se cumple el primer criterio *Teckal*. Sin embargo, la Sentencia de 18 de diciembre de 2007 (As. 220/06), *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia contra Administración General del Estado, servicio postal de España* relativa a un convenio de colaboración para la prestación de servicios postales y telegráficos, sin licitación previa entre la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos S.A. con el Ministerio de Educación Cultura y Deporte, relativiza la relevancia de la doctrina anterior y afirma que debe ser considerado como un indicio más de la existencia de una relación interna, no como una circunstancia determinante, en todo caso. El Tribunal señala que hay que analizar la capacidad de negociación de la sociedad encomendada en relación al contenido concreto de los servicios que debe prestar y a las tarifas aplicables a tales servicios, así como si dicha sociedad tiene la facultad de liberarse de las obligaciones derivadas del convenio de colaboración. Otras sentencias posteriores han abundado en este criterio. En la Sentencia de 17 de julio de 2008, *MANTUA* (As. C-371/05), el Tribunal estima la existencia de “control análogo” basándose en las facultades del municipio: nombrar la mayoría de los miembros del órgano de administración, fijar gastos de funcionamiento, reserva de posibilidad de realizar determinadas verificaciones sobre la actividad y las cuentas de la sociedad. En la Sentencia de 8 de mayo de 2014, *Universidad Hamburgo* (C-15/2013), el Tribunal afirma que, un mero control parcial de la ciudad de Hamburgo sobre una pequeña parte de la Universidad no permite hablar propiamente del “control análogo”.

que se trate contemplada en el artículo 7, apartado 1 letra a), en relación con servicios, suministros y obras en los tres años anteriores a la adjudicación de la concesión²⁰⁷.

Cuando, debido a la fecha de creación o de inicio de las actividades de la persona jurídica, poder adjudicador o entidad adjudicadora pertinente o debido a una reorganización de sus actividades, no se disponga del volumen de negocios, o de una medida basada en una actividad alternativa como los costes, de los tres años precedentes o éste ya no sea pertinente, será suficiente mostrar que el cálculo de la actividad es verosímil, en especial mediante proyecciones de actividades. Esta aclaración es de aplicación a los tres supuestos de control regulados en este precepto.

En definitiva, el artículo 17 de la Directiva regula el supuesto de los “*encargos in house providing*” o relaciones domésticas, entendido como un sistema de autoprovisión, que reclama la concurrencia de tres requisitos: “control análogo”, “vínculo de destino” y la ausencia de participación privada.

Es importante no confundir los dos primeros requisitos, ya que la realización de la parte esencial pone de manifiesto la falta de autonomía contractual del ente

²⁰⁷ Se ha eliminado la aclaración de la propuesta de Directiva que especificaba que el momento en el que se comprobaría la inexistencia de participación privada sería el de la adjudicación de la concesión o de la celebración del acuerdo. En este sentido, se pronunciaba la jurisprudencia vertida en la Sentencia de 10 de noviembre de 2005 *Comisión contra Austria*: “*Si el capital de una sociedad es propiedad en su totalidad de la entidad adjudicadora, sola o con otras autoridades públicas, en el momento en que se adjudica a dicha sociedad el contrato de que se trate, la apertura del capital de ésta a inversores privados solo puede tomarse en consideración si existe, en ese momento, una perspectiva concreta y a corto plazo de tal apertura*”. Y se concluía que, en todo caso, las excepciones dejaban de surtir efecto desde el momento en que exista participación privada, con la consecuencia de que debería convocarse una licitación para la adjudicación de las concesiones vigentes a través de los procedimientos de contratación normales. Respecto al momento en el que ha de comprobarse dicha participación, desde el punto de vista jurisprudencial, el Tribunal reitera que, con carácter excepcional, circunstancias particulares pueden requerir que se tomen en consideración acontecimientos ocurridos con posterioridad a la fecha de adjudicación del contrato, como el supuesto que la participación privada se produce poco después de la adjudicación del contrato en el marco de una construcción artificial destinada a eludir las normas de contratación pública Sentencia de 10 de noviembre de 2005, (C-29/04). En este supuesto, escasos meses después se acordó transmitir el 49% de las participaciones sociales a una empresa privada modificándose la escritura de constitución para que las decisiones se tomaran por mayoría simple. El Tribunal declara que “*la fecha relevante en el caso de autos para apreciar si deben aplicarse disposiciones de la Directiva 92/50 no es la fecha en la que efectivamente se adjudicó el contrato público en cuestión*”. En la Sentencia de 10 de septiembre de 2009 *Sea Srl y Comune di Ponte Nossa* (As. C-573/07), el Tribunal confirma que la existencia de una participación privada debe comprobarse en el momento de adjudicar el contrato, ya que aunque sea posible que, en cualquier momento, se venda a terceros una participación en el capital, no puede admitirse que esta mera posibilidad deje en suspenso indefinidamente la apreciación del carácter público o no del capital pues no sería conforme a Derecho (párrafos 47 a 50 de la Sentencia). El Tribunal afirma que en el momento en que se adjudica el contrato, la apertura del capital a inversores privados solo puede tomarse en consideración si existe en ese momento, una perspectiva concreta y a corto plazo de tal apertura. Y afirma: “*...la mera posibilidad de que participen particulares en el capital de la citada sociedad no basta para concluir que no se cumple el requisito relativo al control de la autoridad pública*”. El Tribunal entiende que dichas consideraciones no quedan invalidadas por las efectuadas en la Sentencia de 21 de julio de 2005, *Coname* (As. C-231/03) en el sentido que el hecho de que una sociedad como la controvertida en el asunto que dio lugar a dicha Sentencia esté abierta a capitales privados impide considerarla una entidad de gestión interna de un servicio público en el ámbito de los municipios que participan en ella.

controlado de forma que desnaturalizaría la esencia de la exención de procedimiento previo de los encargos “*in house*” al ser formas de autoprovisión. De actuar en el mercado, como un agente más se debería aplicar la Directiva. Tal y como se refleja en los Considerandos de la Directiva, el elemento decisivo es únicamente la participación privada directa en la persona jurídica controlada²⁰⁸. También hay que destacar la excepción prevista de la participación de capital privado y la flexibilización que la jurisprudencia ha ido otorgando al requisito del “control análogo”, reconociendo su ejercicio de forma colectiva por varias entidades. Ello no obstante, en todo caso, este control sobre el medio propio ha de ser efectivo²⁰⁹.

En resumen, la finalidad de este requisito es velar que la normativa sobre contratación pública de la Unión Europea siga siendo aplicable en el supuesto que una entidad controlada por uno o varios poderes adjudicadores opere en el mercado y, por tanto, pueda entrar en competencia con otras empresas.

B) Concesiones adjudicadas por un medio propio (que sea, a su vez, poder adjudicador o entidad adjudicadora) a la entidad que la controla o bien a otra persona jurídica controlada por el mismo poder adjudicador:

El supuesto previsto en el artículo 17.2 de la Directiva se trata de un supuesto de control en el que una persona jurídica controlada es “poder adjudicador” o “entidad adjudicadora” contemplado en el artículo 7, apartado 1, letra a) y adjudica una concesión a su poder adjudicador o entidad adjudicadora de control o a otra persona jurídica controlada por el mismo poder o entidad adjudicadora, siempre que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica a la que se ha adjudicado

²⁰⁸ El Considerando 46 añade que: “*Por lo tanto, cuando exista una participación de capital privado en los poderes o entidades adjudicadores que ejercen el control, ello no debe impedir la adjudicación de contratos públicos a la persona jurídica controlada sin aplicar los procedimientos establecidos en la presente Directiva, ya que dicha participación no perjudicará a la competencia entre operadores económicos privados. También debe aclararse que los poderes o entidades adjudicadores tales como los organismos de Derecho público que puedan tener una participación de capital privado deben estar en condiciones de hacer uso de la excepción por cooperación horizontal. Por consiguiente, cuando se cumplan todas las demás condiciones relativas a la cooperación horizontal, la excepción por cooperación horizontal se hará extensiva a los poderes o entidades adjudicadores cuando el contrato se celebre exclusivamente entre poderes o entidades adjudicadores*”.

²⁰⁹ BERNAL BLAY, M. A., “El control análogo sobre los medios propios y su ejercicio colectivo por varias entidades”, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, núm. 124, 2013, págs. 88 a 93. El Tribunal en la Sentencia de 13 de noviembre de 2008, *Coditel* (As. C-324/07), apartado 46 señaló: “*La jurisprudencia exige que el control ejercido sobre la entidad concesionaria por una autoridad pública concedente sea análogo al que dicha autoridad ejerce sobre sus propios servicios, pero no que sea totalmente idéntico a éste (véase, en sentido, la sentencia Parking Brixen, antes citada, apartado 62). Lo esencial es que el control ejercido sobre la entidad concesionaria sea efectivo, no es indispensable que sea individual*”.

la concesión, con excepción de las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por disposiciones legales nacionales, de conformidad con los tratados y que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada²¹⁰.

El primer caso, se trata de una “adjudicación de contrato inversa” de la prevista en el primer apartado del artículo 17, en el que una entidad controlada (medio propio) adjudica una concesión a la entidad que la controla o bien a otra persona jurídica controlada por el mismo “poder adjudicador” (relación triangular). En este segundo supuesto, se trata de dos entidades internas “hermanas” que ninguna ejerce control sobre la otra ya que son controladas por la misma matriz. En este sentido, son de aplicación los pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal ya expuestos relativos a la necesidad de inexistencia de participación directa de capital privado.

C) Concesiones adjudicadas por un poder o entidad adjudicadora a otra persona jurídica, siempre que sobre ésta se ejerza un control de *forma conjunta* con otros poderes o entidades adjudicadoras:

Este supuesto se trata de una variante del primer supuesto de adjudicación a medio propio, en concreto, cuando un “*poder adjudicador*” o una “*entidad adjudicadora*” en el sentido del artículo 7, apartado 1, párrafo primero, que no ejerza control sobre una persona jurídica en el sentido del primer apartado, podrá adjudicar una concesión a una persona jurídica sobre la que ejerce un control de forma conjunta con otros poderes o entidades adjudicadores, sin aplicar las disposiciones de la presente Directiva siempre que cumpla todas y cada una de las siguientes condiciones:

a) que el poder o la entidad adjudicador a que se refiere el artículo 7, apartado 1, letra a), ejerzan conjuntamente²¹¹ con otros poderes o entidades adjudicadores, sobre dicha persona jurídica un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios;

²¹⁰ Al igual que en los casos de adjudicación a medio propio, se exceptiona en la nueva y definitiva redacción de la Directiva dichos supuestos impuestos por disposiciones legales nacionales, de conformidad con los Tratados y siempre que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona controlada.

²¹¹ La Sentencia *Teckal* permitía la posibilidad que el control análogo se producía cuando varios entes públicos participaban en el capital social de la persona jurídica, aunque posteriormente la Sentencia de 21 de julio de 2005, *Coname* (As. C-231/03) pareció alejarse al señalar que una participación extremadamente minoritaria (un 0,97% del capital) no permitía el control exigido por el primer criterio *Teckal*. La Sentencia *Parking Brixen* de fecha 13 de octubre de 2005 estableció la doctrina del Tribunal sobre las encomiendas internas, en las que se exigía que el poder

encomendante ejerciera una influencia determinante sobre las decisiones estratégicas e importantes de la sociedad instrumental por lo que se entendía que no era aplicable la excepción “*in house*” a los contratos entre una entidad territorial y un ente dependiente de otros entes territoriales distintos. Posteriormente en la Sentencia *TRAGSA II*, Sentencia de 19 de abril de 2007 (As. C-295/05), flexibilizó el criterio de la Sentencia *Teckal* ya que el Tribunal no exigió un pleno control individual por el ente encomendante, sino que era suficiente con un poder de control público colectivo, siempre que esté reconocida la obligación legal de que el ente instrumental atienda al encargo del poder encomendante. La Sentencia estableció claramente que el porcentaje de participación no podía utilizarse para cuantificar la facultad de control, señalando expresamente que incluso una participación tan reducida como un 0,25% del capital no se oponía a que pudiera hablarse de una realización cuasi-interna de tareas en relación con las Administraciones Públicas participantes. Esta interpretación más atenuada del criterio de “control análogo” da un mayor margen de actuación a la potestad autoorganizativa a las Administraciones, ampliando el abanico de la descentralización funcional, y a las posibilidades de cooperación entre administraciones territoriales. Siguiendo esta línea en la Sentencia *Coditel Brabant*, de 13 de noviembre de 2008, (As. C-324/07), el Tribunal exige que el control sea análogo pero no que sea totalmente idéntico a éste, subrayando que lo esencial es que el control ejercido sea efectivo, no siendo indispensable que sea individual. El Tribunal entiende que cuando varias autoridades públicas deciden cumplir sus funciones a través de una entidad concesionaria común cabe descartar normalmente que una de ellas ejerza por sí sola un control determinante sobre las decisiones de ésta a menos que posea una participación mayoritaria. El Tribunal señala que en el supuesto de que existan varias autoridades públicas en el capital de la entidad exigir que el control ejercido sea individual equivaldría a imponer una licitación en la mayoría de los casos. El Tribunal valoró el hecho de que el consejo rector de la entidad concesionaria estaba constituido por representantes de los municipios asociados designados por éstos. Incluso la facultad de fijar las tarifas de dicho consejo rector se entendió que no respondía a la autonomía de la voluntad en tanto en cuanto la entidad no estaba constituida como sociedad por acciones o anónima (con objetivos distintos de los de sus accionistas) sino que su régimen jurídico revestía la forma de sociedad cooperativa intermunicipal y de sus estatutos se desprende que su objetivo consistía en cumplir la misión e interés general para cuya realización fue creada. En definitiva, esta Sentencia representa un paso más hacia la interpretación funcional del criterio del “control análogo” de la Sentencia *Teckal*. De manera que se flexibiliza el concepto de “control análogo” al admitir que la posibilidad de influir de manera determinante sobre los objetivos estratégicos y las decisiones importantes del medio propio pueda realizarse de manera colectiva por varias entidades. Dicha corriente fue confirmada en la Sentencia *Comune di Ponte Nossa* anteriormente citada, en la que se reconoce que si una autoridad pública se convierte en socio minoritario de una sociedad por acciones de capital totalmente público, con objeto de adjudicarle la gestión de un servicio público, el control que las autoridades públicas socios ejercen pueden ser considerado “análogo” al que ejercen sobre sus propios servicios cuando es ejercido conjuntamente por dichas autoridades. En la Sentencia de 29 de noviembre de 2012 *Econord Spa* (C-182/11 y 183/11) sigue la línea de “flexibilización” al admitir la existencia de “control análogo” colectivo sobre un medio propio siempre que haya una participación tanto en el capital como en los órganos de dirección. Si bien se establecía este límite a dicha “extensión” del concepto de control análogo, no se acaba por delimitar el modo en que se debe participar en los órganos de dirección para poder afirmar la existencia del “control análogo”. En este caso concreto, el Tribunal no aborda el supuesto según el cual los ayuntamientos que habían suscrito una acción en el capital social de ASPEM serían consultados, podrían nombrar a uno de los auditores de cuentas y a designar un miembro del consejo de administración de común acuerdo con otras entidades que participan permita afirmar que un accionista minoritario (con una sola acción) ostente un control sobre una entidad, análogo al que dispone sobre sus propios medios. Este supuesto es diferente del estudiado en la Sentencia de 10 de septiembre de 2008 *Sea srl* donde el ejercicio conjunto del control análogo sobre el medio propio se manifestaba en la participación de todas las entidades con un representante en órganos de dirección superpuestos a los que se establece el derecho de sociedades para el gobierno de las mismas, con independencia de su participación en el accionariado, y a través de los cuales se ejercían unas importantes facultades de control tanto de la Junta General de accionistas como del consejo de administración. En la cuestión prejudicial de 8 de mayo de 2014 (Asunto C-15/13) el Tribunal no admitió la existencia de “control conjunto”. En este supuesto se analizaba la adjudicación de un contrato atribuido directamente por la Universidad de Hamburgo a HochschulInformations-System GMBH (sociedad de responsabilidad limitada de Derecho privado, cuyo capital está controlado en una tercera parte por el Estado Federal alemán y en dos terceras partes por los 16 Länder alemanes, correspondiendo a la ciudad de Hamburgo un 4,6% de dicho capital) sin aplicar los procedimientos de adjudicación previstos en la Directiva 2004/18/CE. Se alegaba que la adjudicación directa del contrato por la Universidad a HIS, según estas partes contratantes, estaba justificada por el hecho de que, aunque entre estas dos entidades no existía ninguna relación de control, el requisito de “control análogo” establecido por la jurisprudencia antes citada del Tribunal de Justicia se cumplía, porque ambas entidades se encontraban bajo el control de la Ciudad de Hamburgo. En la respuesta a la cuestión del Tribunal recuerda que conforme a la jurisprudencia del Tribunal, el objetivo principal de las normas del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos es la apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros en los ámbitos de ejecución de obras, suministro de productos y prestación de servicios, lo cual implica la obligación de toda entidad adjudicadora de aplicar las normas pertinentes del Derecho de la Unión cuando se cumplan los requisitos establecidos por éste (en este sentido, la citada Sentencia *Standt Halle* y *RPL Locahu*, C-26/03, EU:C:2005:5, apartado 44). Por lo que cualquier excepción a la aplicación de esta obligación debe interpretarse de manera estricta. De acuerdo con la doctrina de los medios propios, el Tribunal concluyó que no se cumplían en este supuesto los requisitos que amparan esta potestad de autoorganización y declara que un contrato que tiene por objeto el suministro de productos celebrado entre, una parte, una universidad que es entidad adjudicadora y que en el ámbito de sus adquisiciones de productos y servicios estaba controlada por un lado por el Estado federado alemán y, por otra, una empresa de Derecho privado controlada por el

b) que más del 80% de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido encomendados por el poder o entidad adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por la misma poder o entidad adjudicador y,

c) que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada con la excepción de las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por las disposiciones de la legislación nacional, de conformidad con los Tratados y que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada.

Se trata de una variedad del primer supuesto, en el que la única particularidad es que el control del poder adjudicador o entidad adjudicadora se ejerce conjuntamente de acuerdo con lo que venía admitiendo la jurisprudencia.

Y este artículo 17.3 de la Directiva añade a efectos de lo dispuesto en la letra a), que se considerará que los “poderes y entidades adjudicadores” contemplados en el artículo 7, apartado 1, letra a) ejercen un “control conjunto” sobre una persona jurídica cuando concurren todas las condiciones siguientes²¹²:

i) que los órganos decisorios de la persona jurídica controlada estén compuestos por representantes de todos los poderes y entidades adjudicadores participantes. Cada representante puede representar a varios poderes o entidades adjudicadores participantes o a todos ellos²¹³;

ii) que esos poderes o entidades adjudicadores, puedan ejercer conjuntamente una influencia decisiva en los objetivos estratégicos y en las decisiones fundamentales de la persona jurídica controlada; y

iii) que la persona jurídica controlada no persiga intereses contrarios a los intereses de los poderes o entidades adjudicadores que la controlan²¹⁴.

Estado federal y los Estados federados alemanes, incluido el antedicho Estado federado, constituye un contrato público en el sentido de la referida disposición y debe, por tanto, estar sujeto a las reglas de adjudicación de contratos públicos previstas en la citada Directiva.

²¹² En la propuesta inicial se preveía otro supuesto: “d) que la persona jurídica controlada no obtenga ningún beneficio que no sea el reembolso del coste real de los contratos públicos celebrados con los poderes adjudicadores”.

²¹³ Esta matización del apartado i) supone una novedad introducida en la redacción final que no contemplaba el artículo 15.3.a) de la propuesta de Directiva.

²¹⁴ La Sentencia de 13 de diciembre de 2008, *Coditel Brabant SA*, (C-324/07) afirma que la entidad cooperativa está constituida en forma de sociedad cooperativa intermunicipal, que carece de carácter mercantil, que su objeto consiste en cumplir la misión de interés municipal para cuya realización fue creada y que no persigue ningún interés distinto

La Directiva se refiere a encargos a otros entes distintos de la propia Administración (“*in house*”, en sentido amplio o cuasinternas). Del examen de estos supuestos, se observa que el “control conjunto” se configura como una modulación de dicho “control análogo”, pues deben concurrir no solo todos los requisitos anteriormente señalados, sino que además se exige un plus que consiste en que los órganos decisorios de la persona jurídica controlada estén compuestos por representantes de todos los poderes o entidades adjudicadoras participantes y que la persona jurídica controlada no persiga intereses contrarios a los intereses de los poderes o entidades adjudicadores que la controlan.

En conclusión, la redacción del artículo 17 es, en líneas generales, el reflejo de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal. En todo caso, como bien ha insistido la jurisprudencia comunitaria, la consideración de “medio propio” debe ser examinada y aplicada desde una perspectiva restrictiva (Sentencia del Tribunal de 11 de mayo de 2005, *Cabotermo*) y la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción a dichas normas incumbe a quien quiera beneficiarse de ella (véase la Sentencia de 11 de enero de 2005, *Stadt Halle C-26/03 y RPL Lochau*, apartado 46²¹⁵). En todo caso, este control que se ha ido “flexibilizando” ha de ser efectivo, no formal y que no afecte al principio de libre competencia²¹⁶.

A la vista de lo estudiado, se lamenta que el legislador comunitario no haya aprovechado para regular determinados aspectos del régimen jurídico, a saber:

del de las autoridades públicas asociadas”. La Sentencia de 10 septiembre 2009, *Sea Srl. y Commune di Ponte Nossa (C-573/07)* examina el alcance geográfico y material de la sociedad para verificar si tiene vocación de mercado.

²¹⁵ GIMENO FELIÚ, J. M., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública...*, *op. cit.* págs. 66 a 83; MORENO MOLINA, J. A., “El ámbito objetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público”, *Documentación Administrativa*, núm. 274 a 275, 2006, pág. 76; PILLADO QUINTANS M., “TRAGSA: Un caso irresuelto convertido en modelo legal de los encargos de las Administraciones a sus medios instrumentales”, *Documentación Administrativa*, núm. 274/275, 2006, págs. 279 a 380; MEILÁN GIL, J. L., en *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008, pág. 116, ya advirtió, con acierto, que la interpretación de las notas que justifican la excepción a la normativa sobre contratos públicos ha de ser restrictiva por el carácter excepcional que tiene el supuesto, con el objeto, por tanto, de evitar vulneraciones del Derecho comunitario de contratos públicos en *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008, pág. 116. También ha tratado este tema BERBEROFF AYUDA, D., “Contratación pública, Derecho comunitario y entidades locales”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 18, 2008, págs. 56 a 58.

²¹⁶ Al respecto, cabe destacar el Informe de la Comisión Nacional de la Competencia, “Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia”, de julio de 2013, el Informe núm. 1003, de 11 de marzo de 2015 del Tribunal de Cuentas sobre encomiendas de gestión y el Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de junio de 2008, por el que se dan instrucciones para la atribución de la condición de medio propio y servicio técnico a sociedades mercantiles estatales cuyo capital corresponde en su integridad a la Administración General del Estado o a la SEPI y a fundaciones constituidas con aportación íntegra de esta entidad.

I.- que el ente instrumental está sujeto a la normativa de contratación pública, en concreto, los procedimientos de licitación previstos en la Directiva (Sentencia de 22 de mayo de 2003, *Korhonen* C-18/01; y de 18 de enero de 2007, *Jean Auroux* y otros, C-220/05 apartado 62).

II.- y que las decisiones por las que se recurre a la gestión “*in house*” sean susceptibles de recurso (Sentencia del Tribunal de 11 de enero de 2005, *Stadt Halle* y *RPL Lochau*, apartado 33).

Por último, señalar que hubiera sido deseable y acorde con los principios de transparencia e igualdad de trato la previsión de publicar las relaciones “*in house*” así como el establecimiento de algún tipo de supervisión periódica en el cumplimiento de los requisitos necesarios en los contrato “*in house*”, en concreto, la participación pública, la realización de la parte esencial y la existencia del control análogo durante toda la vida del contrato.

D) Supuestos de cooperación horizontal o cooperación público-público:

La Directiva regula por primera vez²¹⁷ los supuestos de cooperación en los que se considerará que los acuerdos celebrados entre dos o más “poderes o entidades adjudicadores”, contemplados en el artículo 7, letra a), quedarán fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva²¹⁸. La falta de regulación en las anteriores Directivas

²¹⁷ Como antecedentes cabe destacar la Resolución del Parlamento Europeo sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones de 26 de octubre de 2006 (2006/2043/INI) al entender que la cooperación debe considerarse irrelevante en materia de Derecho de contratación pública cuando se trate de cooperación entre autoridades municipales, las tareas encomendadas a esas autoridades municipales sean objeto de reestructuración técnico-administrativa o las competencias de supervisión de las autoridades locales sean similares a las que ejercen sobre sus propios servicios y las actividades se lleven a cabo básicamente para las autoridades locales correspondientes. El Parlamento había rechazado la aplicación del Derecho de contratación pública en los casos en los que los municipios deseen desempeñar cometidos conjuntamente con otros municipios en su ámbito geográfico de actuación como medida de reorganización administrativa, sin ofrecer a terceros en el mercado libre la prestación de tales servicios (apartado 46). Se funda su opinión en que el Derecho de contratación pública debe aplicarse solo cuando las autoridades locales ofrezcan servicios en el mercado actuando como empresas privadas en el contexto de cooperación entre tales autoridades locales o prevean que las tareas públicas las desempeñen empresas privadas u otras autoridades locales (apartado 48).

²¹⁸ El Considerando 47 afirma que: “*Los poderes o entidades adjudicadores contemplados en el artículo 7, apartado 1, letra a), pueden optar por prestar conjuntamente sus servicios públicos mediante la cooperación y sin verse obligados a adoptar una forma jurídica concreta. Dicha cooperación puede incluir todo tipo de actividades relacionadas con la ejecución de los servicios y responsabilidades que hayan sido asignadas a los poderes participantes o que estos hayan asumido, como las tareas obligatorias o facultativas de los poderes locales o*

y la interpretación diferente dada por los Estados miembros y poderes adjudicadores generó gran inseguridad jurídica²¹⁹ en el momento de determinar qué supuestos de cooperación debían estar sometidos a las Directivas.

El artículo 17.4 de la Directiva establece que los siguientes supuestos de cooperación horizontal público-público quedarán fuera del ámbito de aplicación de la Directiva cuando concurren todas las condiciones:

- a) que el contrato²²⁰ establezca o lleve a cabo una cooperación entre las entidades o poderes adjudicadores participantes con el fin de garantizar:

regionales o los servicios confiados a organismos específicos de Derecho público. Los servicios prestados por los diferentes poderes o entidades participantes no han de ser necesariamente idénticos, sino que también pueden ser complementarios. Los contratos para la prestación conjunta de servicios públicos no deben estar sujetos a la presente Directiva, siempre que se hayan celebrado exclusivamente entre poderes o entidades adjudicadores, que la aplicación de dicha cooperación esté guiada únicamente por consideraciones de interés público y que ningún prestador de servicios privado se encuentre en situación ventajosa frente a sus competidores. A fin de cumplir estas condiciones, la cooperación debe estar basada en un concepto cooperador. Mientras se hayan contraído compromisos de contribuir a la ejecución cooperativa del servicio público de que se trate, no es necesario que todos los poderes participantes asuman la ejecución de las principales obligaciones contractuales. Además, la ejecución de la cooperación, incluidas todas las transferencias financieras entre los poderes adjudicadores participantes, ha de regirse en la práctica únicamente por consideraciones de interés público”.

²¹⁹ En el Considerando 1 de la Directiva se refleja la preocupación del legislador comunitario por los problemas de inseguridad jurídica que provocaba la ausencia de unas normas claras a nivel de la Unión en el ámbito de la adjudicación de contratos de concesión y afirma en el Considerando 45 que: “El mero hecho de que las dos partes en un acuerdo sean poderes públicos no excluye por sí mismo la aplicación de las normas establecidas en la presente Directiva. No obstante, la aplicación de las normas establecidas en la presente Directiva no debe interferir con la libertad de los poderes públicos para ejercer las funciones de servicio público que le han sido conferidas utilizando sus propios recursos, lo cual incluye la posibilidad de cooperación con otros poderes públicos. Debe evitarse que la exención reconocida a las operaciones de cooperación entre entidades públicas falsee las condiciones de competencia frente a los operadores económicos privados, por colocar al prestador de servicios privado en situación de ventaja respecto de sus competidores”. Al respecto, GIMENO FELIÚ, J. M., en *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública...*, op. cit., pág. 76, ha destacado que ésta ha sido una de las cuestiones más vidriosas en la contratación pública ya que la jurisprudencia del Tribunal se ha interpretado de manera diferente por los Estados miembros e incluso por los poderes adjudicadores.

²²⁰ En la propuesta se hacía referencia a “acuerdo”, con la mención expresa a “contrato” se hace refiere a la verdadera naturaleza del acto jurídico para evitar una práctica de otorgar vía “convenio” o “acuerdo” verdaderos contratos. En efecto, la práctica generalizada de los convenios interadministrativos no puede ocultar contratos públicos. El propio Tribunal (Gran Sala) en la Sentencia de 19 de diciembre de 2012, *Azienda Sanitaria Locale do Lecce y Universidad de Salento*, (C-159/11) que trae causa de una cuestión prejudicial en relación con un contrato de consultoría celebrado ante la Azienda Sanitaria Locales di Lecce y de la Universidad de Salento, recuerda que en un contrato oneroso y celebrado por escrito entre un operador económico y una entidad adjudicadora cuyo objeto sea la prestación de servicios contemplados en el Anexo II A de dicha Directiva constituye un contrato público, y excluye esta exclusión. Resulta irrelevante que dicho operador sea él mismo una entidad adjudicadora o que la entidad de que se trate no tenga, con carácter principal, ánimo de lucro, carezca de una estructura empresarial o no esté presente de modo continuado en el mercado. Así, por lo que se refiere a entidades como universidades públicas, el Tribunal ha declarado que éstas tienen, en principio, en un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios. Sin embargo, los Estados miembros pueden regular las actividades de dichas entidades autorizando o no que operen en el mercado habida cuenta de sus objetivos institucionales y estatutarios. En consecuencia, en la medida en que tales entidades estén facultadas para ofrecer determinados servicios en el mercado, no puede prohibírseles que participen en una licitación sobre tales servicios. El Comité de Regiones en el Dictamen (2012/C 277/09) relativo a la Directiva considera que los contratos de concesión entre “poderes adjudicadores” deberían estar totalmente exentos de las normas de adjudicación –enmienda 19- en las condiciones mencionadas en las letras c) a e). Y afirma que el Tribunal no ha afirmado que el volumen de negocio de los poderes adjudicadores en el mercado libre no pueda superar el 10% del total.

- b) que los servicios públicos²²¹ que han de realizar se prestan con miras a alcanzar los objetivos que tienen en común²²²;
- c) que la aplicación de dicha cooperación se base únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público²²³;
- d) que los poderes o entidades adjudicadores participantes realicen²²⁴ en el mercado libre menos de un 20 % de las actividades de que se trate mediante cooperación²²⁵;

En cuanto al porcentaje, se calculará de acuerdo con el criterio anteriormente señalado para todos los supuestos del artículo 17 de la Directiva²²⁶. De acuerdo con esta redacción, se suprime la referencia a la inexistencia del capital privado por lo que, en principio, los organismos de derecho público que tengan participación de capital privado también podrán estar en condiciones de hacer uso de la excepción por cooperación horizontal (Considerando 46).

La presente Directiva establece los casos de cooperación público-público o cooperación no institucionalizada horizontal que no tienen que someterse los contratos de concesión celebrados entre poderes adjudicadores a las normas de concesiones si se

²²¹ Esta excepción de la aplicación de la normativa sobre contratación pública tiene como precedentes la Sentencia del Tribunal de 9 de junio de 2009, *Comisión contra Alemania* (Asunto C-480/06) en la que apreció como única causa para excluir una licitación pública el origen de la cooperación intermunicipal que no es otro que la obligación de cumplir una misión de servicio público. El Tribunal analizó el contrato celebrado entre los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo y cuatro Landkreise vecinos para garantizar la gestión mancomunada del tratamiento de sus residuos. En esta Sentencia el Tribunal parte del hecho señalado en el apartado 36 que está acreditado que los cuatro Landkreise no ejercen un control que pueda calificarse de análogo al que ejercen sobre sus propios servicios. Así pues, no se trata de un caso de relación “*in house*” ya que no existen entes controladores ni una entidad controlada. Como señala el propio órgano judicial comunitario se trata de un contrato que culmina una acción de cooperación intermunicipal entre las partes del mismo y que conlleva exigencias propias para garantizar la misión de dicha cooperación. En tal sentido, el Tribunal aprecia que dicha cooperación tiene como finalidad realizar una misión de servicio público común a las mismas derivada de la aplicación de la Directiva 75/442/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1975, relativa a los residuos que obliga a los Estados miembros a establecer planes de gestión de residuos siendo una de las medidas más importantes la búsqueda de un tratamiento de residuos en una instalación lo más cercana posible.

²²² En el apartado número 39 de la Sentencia del Tribunal de 9 de junio de 2009 *Comisión contra Alemania* (As. C-480/06), el Tribunal reconoció la existencia de obligaciones mutuas de las partes del contrato controvertido, los servicios de limpieza de la ciudad de Hamburgo y las cuatro circunscripciones administrativas.

²²³ En el apartado 47 de la Sentencia *Comisión contra Alemania* afirma que: “...tal colaboración entre autoridades públicas no cuestiona el objetivo principal de la normativa comunitaria sobre contratación pública, a saber, la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros, siempre que la realización de dicha cooperación se rija únicamente por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público y se garantice el principio de igualdad de trato de los interesados contemplado en la Directiva 92/50”.

²²⁴ En el mismo sentido que las operaciones verticales, se flexibiliza la propuesta de la Comisión que hacía referencia que no realizasen en el mercado libre más de un 10 % del volumen de negocios (enmiendas núm. 34 y 35, pág. 331).

²²⁵ De manera que no se favorezca a ningún prestador privado respecto a sus competidores.

²²⁶ El artículo 17.5 de la Directiva establece que para la determinación de este porcentaje se debe tomar en consideración el promedio del volumen de negocios total u otro indicador alternativo de actividad, como los gastos soportados por la persona jurídica o el poder adjudicador considerado en relación con servicios, suministros y obras en los tres años anteriores a la adjudicación de la concesión.

satisfacen las condiciones establecidas en la presente Directiva. En todo caso, el límite es que no se falseen las condiciones de competencia frente a los operadores económicos privados ni las condiciones de competencia, recogiendo la jurisprudencia aplicable por los Estados miembros y por poderes adjudicadores.

La Directiva recoge así la jurisprudencia comunitaria existente²²⁷ en el sentido que la colaboración entre autoridades públicas no cuestiona el objetivo principal de la normativa comunitaria sobre contratos (libre circulación de servicios y apertura a la competencia) siempre que se realice únicamente por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público y se garantice el principio de igualdad de trato de los interesados de forma que ninguna empresa privada se sitúe en una situación privilegiada respecto a sus competidores.

Llegados a este punto, cabe diferenciar los supuestos “*in house providing*” desarrollados en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 17, de los que son propiamente “cooperación interadministrativa” del apartado 4 del precitado artículo 17 en los que también se excepciona la aplicación de la normativa comunitaria de contratación pública²²⁸ si bien en éste último supuesto es mucho más estricto al exigir que la

²²⁷ En concreto, la ya mencionada Sentencia de 9 de junio de 2009, *Comisión contra Alemania* (As. C-480/06) y la Sentencia del Tribunal de 13 de junio de 2013, *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH Co. KG* (As. C-386/11), que afirma que todos los requisitos son acumulativos.

²²⁸ Así, en el caso *Coditel Brabant SA* (C-324/07) existían unos entes controladores y una entidad controlada mientras que en la Sentencia de 9 de junio de 2009, *Comisión contra Alemania* (C-480/06) esta situación no se produce. En la Sentencia *Coditel* la valoración de la misión de servicio público se realiza para determinar si la entidad controlada goza de margen de autonomía o éste no existe, en cuyo caso se puede apreciar una relación “*in house*”. Además, el acuerdo ha de revestir el carácter de una cooperación real que tienen por objeto garantizar el desempeño de una misión de servicio público que compete a todas las partes cooperantes. Esta ejecución conjunta se caracteriza por la participación y obligaciones recíprocas de las partes contratantes, que generan efectos sinérgicos recíprocos. Ello no implica necesariamente que cada una de las partes cooperantes participe por igual en el desempeño efectivo de esta misión: la cooperación puede basarse en una división de tareas o en una cierta especialización y, en todo caso, el contrato ha de responder a un objetivo común que es el desempeño conjunto de una misma misión. Mientras que el contrato público normal en el que una de las partes realiza una cierta tarea a cambio de una retribución (Sentencia del Tribunal de 15 de octubre de 2009, *Comisión/Alemania*, C-275/08). Si un poder adjudicador asigna unilateralmente una tarea a otro, ello no puede considerarse cooperación. Finalmente, es importante subrayar que la misión de servicio público en el asunto *Comisión contra Alemania* deriva de una Directiva comunitaria. Por consiguiente, puede comportar derechos y obligaciones recíprocas, pero no transferencias financieras entre las partes cooperantes, salvo el reembolso de los costes reales de los contratos o concesiones. Este es un elemento diferencial importante que no se ha producido en otros asuntos en los que se ha evaluado una relación “*in house*”. Se admite así el ejercicio de servicios públicos de modo conjunto por varias entidades públicas independientes (sin la creación de un medio instrumental común), fuera del ámbito del Derecho comunitario de la contratación pública, cuando dicha cooperación se rija únicamente por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público. En los casos de cooperación existen restricciones en cuanto a las actividades que pueden desarrollarse en el mercado comercial ya que, de acuerdo con el Tribunal, estos supuestos deben guiarse solo por consideraciones de interés público por lo que el acuerdo de cooperación no debe incluir actividades que vayan a ofrecerse en el mercado abierto. En el caso que las entidades cooperantes tengan orientación de mercado entrarían en competencia directa con los operadores privados, con objetivos e instrumentos comerciales iguales o similares. Toda cooperación exenta de la aplicación de las normas sobre contratación y cuya finalidad sea el desempeño de una tarea pública ha de involucrar

prestación quede fuera del mercado, mientras que en los primeros supuestos de medios propios se permite la actuación del medio propio con terceros siempre que la parte esencial de su actividad tenga como destinatario al ente o entes que lo controlan.

Con la inclusión de esta exclusión, se da respuesta a una necesidad que tanto el Parlamento como el propio Tribunal habían detectado de distinguir entre formas modernas de organización de la ejecución conjunta de las tareas públicas por los poderes adjudicadores guiadas exclusivamente por consideraciones de interés público y los contratos propiamente, a efectos primordialmente de la aplicación de la normativa sobre contratación pública.

4. ÁMBITO OBJETIVO DE LA DIRECTIVA

Una vez analizado el ámbito subjetivo y las exclusiones, corresponde abordar el ámbito objetivo de la figura concesional. Como se tendrá ocasión de profundizar, la nueva Directiva presenta importantes novedades respecto a las anteriores Directivas. En primer lugar, regula específicamente las concesiones de forma diferenciada al resto de los contratos públicos, en segundo lugar, define de manera más precisa el concepto de concesión y, en tercer lugar, unifica el régimen jurídico aplicable a todas las concesiones de obras y de servicios que tengan un valor igual o superior a 5.225.000 euros, de forma que con la nueva Directiva ambos tipos de concesiones quedan sujetos a regulación armonizada. También cabe destacar que el artículo 4 de la Directiva²²⁹ distingue dentro de los Servicios de Interés Económico General los de carácter económico y los que no lo son, de manera que éstos últimos no entran dentro del ámbito de aplicación de la presente Directiva, pues en éstos prima el objetivo de la solidaridad²³⁰ respecto al lucro y eficiencia económica (como serían los servicios de salud, educación, seguridad social y servicios sociales). Si bien, respecto a su carácter

solo a entidades cuya actividad principal no sea una actividad de mercado con fines comerciales. Esto se debe al hecho de que las partes cooperantes han de ser “poderes adjudicadores”.

²²⁹ Este artículo de la Directiva reconoce la libertad a los Estados miembros para definir los Servicios de Interés Económico General y cómo se han de organizar y financiar de conformidad con las disposiciones sobre ayudas públicas y a qué obligaciones específicas se han de someter. En el mismo sentido el Considerando 6 de la Directiva.

²³⁰ AGUADO I CUDOLÀ, V. y NOGUERA DE LA MUELA, B., “Servicios de interés general, colaboración pública-privada y sectores específicos: una aproximación general”, en *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos*, PARISIO V., AGUADO I CUDOLÀ, V. y NOGUERA DE LA MUELA, B., (dirs.), Tirant lo Blanc, 2016, Valencia, pág. 13.

social, la jurisprudencia comunitaria ha afirmado que el carácter social de un servicio no resulta suficiente para calificarlo como no económico.

En efecto, como ya se ha señalado hasta la aprobación de la Directiva 2014/23/UE, la adjudicación de las concesiones de obras se regía por las normas básicas de la Directiva 2004/18/CE mientras que las concesiones de servicios de interés transfronterizo se ajustaban a los principios del TFUE.

Por ello, para el legislador comunitario era necesario eliminar la inseguridad jurídica existente como consecuencia de la diferente interpretación de los principios del Tratado por los legisladores nacionales y de diferentes legislaciones de los Estados miembros y unificar conceptos y criterios que existían en el mercado interior. Según el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la propuesta de Directiva (C 191/84 DOCE 29 de junio de 2012) punto 5.1, seguían existiendo importantes dudas en relación con la necesidad de nueva directiva de la Unión Europea sobre la adjudicación de contratos de concesión y recuerda la resolución del Parlamento Europeo de 25 de octubre de 2011 sobre modernización de la contratación pública que afirma que solo estaría justificada si tiene por objeto corregir posibles distorsiones del funcionamiento del mercado interior.

Una de las mayores virtualidades de esta Directiva es la delimitación de la figura concesional, que sin duda exigirá un esfuerzo de transposición²³¹. Es importante incidir en el carácter estratégico de esta normativa para poder fomentar las inversiones y reactivar adecuadamente la economía en un mercado²³², donde el riesgo -como tendré ocasión de analizar en el siguiente punto de este trabajo- es el eje sobre el cual gira la figura de la concesión. En consecuencia, el principal objetivo de esta nueva Directiva es

²³¹ El Informe del Comité Económico y Social, publicado en el Diario oficial del día 29 de junio de 2012 (C 191/84) es crítico con la propuesta, lo mismo que el Informe del Comité de las regiones publicado en el diario oficial el día 13 de septiembre de 2012 (C 277/74) ya que ambos alertan de la complejidad de la regulación, así como de la necesidad de precisar a qué tipo de concesiones afectaría al ser tan diversa la regulación en los Estados miembros. También el Parlamento europeo había aprobado un Informe sobre la modernización de la política de contratación pública de 25 de octubre de 2011, en el que se afirma con relación a las de servicios que “*ha de tenerse debidamente en cuenta tanto la complejidad de los procedimientos como las diferencias existentes entre los Estados miembros en materia de cultura y práctica jurídicas con respecto a la concesión de servicios; ...insiste en que una propuesta de acto legislativo relativo a la concesión de servicios solo estaría justificada si tiene por objeto corregir posibles distorsiones del funcionamiento del mercado interior; resalta que, a día de hoy, no se ha observado ninguna distorsión de este tipo y que un acto legislativo relativo a la concesión de servicios será, por lo tanto, innecesario si no persigue una mejora evidente del funcionamiento del mercado interior*”.

²³² No puede desconocerse la directa relación que con las políticas presupuestarias y de estabilidad tienen estas modalidades contractuales. *Vid.*, por todos, GONZÁLEZ GARCÍA, J., *Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

aclarar el marco jurídico aplicable a la adjudicación de concesiones y delimitar el ámbito de aplicación, así como incrementar la seguridad jurídica ya que, por un lado, los poderes y entidades adjudicadores contarán con unas disposiciones precisas que incorporen los principios del Tratado a la adjudicación de concesiones y, por otro, los operadores económicos dispondrán de algunas garantías básicas respecto al procedimiento de adjudicación²³³.

Como indica GIMENO FELIÚ²³⁴ en los tiempos actuales de restricciones presupuestarias la política de concesiones parece una herramienta de indudable interés práctico²³⁵. En este sentido, MARCOU²³⁶ ha afirmado que “*los distintos contratos sobre cuya base el sector privado se encarga de la financiación de las inversiones y/o la explotación de obras públicas o servicios públicos, no constituyen, hablando con propiedad, una forma de privatización, sino que se trata más bien de un conjunto de instituciones jurídicas, que tienen como objetivo movilizar las inversiones privadas y el savoir faire industrial y técnico del sector privado, con el fin de proveer los equipamientos públicos necesarios para la sociedad y la economía*”.

4.1. Concepto y delimitación del contrato de concesión

La fijación del concepto del contrato de concesión es, sin duda, el aspecto fundamental de la nueva Directiva. En efecto, la nueva Directiva define con carácter amplio²³⁷ los contratos de concesiones -en la línea de la Directiva 2004/18/CE- como

²³³ Interesa sobre el contenido de esta Directiva el trabajo de HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. J., “La nueva Directiva de concesiones. Un largo viaje...”, *op. cit.*, págs. 170 a 174, así como el de PERDIGÓ SOLÀ, J., “Aproximación a la Directiva 2014/23/UE, de Concesiones”, en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, GIMENO FELIÚ, J. M., (dir.), BERNAL BLAY, M. A., (coord.), Civitas, Cizur Menor, 2015, págs. 83 a 115; y BLANCO LÓPEZ, F., “La Directiva 2014/23 de concesiones. El riesgo operacional”, *Revista Derecho y Salud*, Vol. 24, núm. 2, 2014.

²³⁴ GIMENO FELIÚ, J. M., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública...*, *op. cit.*, pág. 140.

²³⁵ El Considerando 3 subraya la importancia de las concesiones: “*representan instrumentos importantes para el desarrollo estructural a largo plazo de infraestructuras y servicios, contribuyen al desarrollo de la competencia en el mercado interior, aprovechando las competencias del sector privado y permiten lograr eficiencia y aportar innovación*”.

²³⁶ MARCOU, G., “La experiencia francesa de la financiación privada de infraestructuras y equipamientos”, en el libro colectivo, *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España* (Elementos comparativos para un debate), Instituto de Estudios Económicos y Civitas, Madrid, 2000, págs. 27 a 90. También BRUNETE DE LA LLAVE, M. T., “Colaboración público-privada...”, *op. cit.*, págs. 331 a 335. Desde la perspectiva de la contabilidad pública cabe destacar los trabajos de PINA V., TORRES L. y BASILIO ACERETE J., *La iniciativa privada en el sector público: externalización de servicios y financiación de infraestructuras*, Edit. AECA, 2004.

²³⁷ UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, D., “La influencia del Derecho de la Unión Europea sobre la adjudicación de concesiones”, en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos, número monográfico especial (2015)*,

aquellos contratos a título oneroso celebrados entre uno o más operadores económicos y uno o más poderes o entidades adjudicadoras, cuyo objeto es la adquisición²³⁸ de obras o servicios, y su contrapartida es normalmente el derecho a explotar las obras o servicios únicamente o bien este derecho junto con un pago²³⁹. Por lo tanto, los elementos fundamentales del contrato de concesión de obras y contratos de concesión de servicios son el derecho a explotar las obras o servicios objeto del contrato y la asunción del riesgo, aspectos que precisamente los diferencian de los contratos de obras y contratos de servicios respectivamente.

En concreto, el artículo 5 de la Directiva define:

-la concesión de obras como 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, y

-la concesión de servicios como un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de obras contempladas en la letra a) 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.

Y añade lo que sin duda es el aspecto fundamental y más importante de esta Directiva: el concesionario asume un riesgo operacional, esto es, 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.

Las nuevas Directivas de Contratación Pública, GIMENO FELIÚ, J. M. (dir.), Civitas, Cizur Menor, 2015, págs. 331 a 340.

²³⁸ De acuerdo con el Considerando 11 de la Directiva, puede conllevar o no la transferencia de la propiedad a los poderes o entidades adjudicatarias, pero estos obtienen siempre los beneficios derivados de las obras o servicios.

²³⁹ Al respecto, la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalidad Valenciana en el Informe núm. 4/2012, de 9 de mayo, destacó la diferencia “sustancial” entre la definición de las concesiones de la propuesta de Directiva 2014/23/UE –aspecto que no se ha visto alterado en la redacción definitiva- y la Directiva 2004/18/CE, ya que si bien antes se hacía referencia al precio, ahora es al pago que puede proceder de terceros o de la propia entidad contratante y está relacionado directamente con la utilización (demanda) y, en su caso, la disponibilidad del servicio.

De acuerdo con el precitado artículo 5 de la Directiva, el contrato de concesión de servicios se caracteriza por la nota de onerosidad, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios o este mismo derecho en conjunción con un pago - requisitos que ya estaba en la Directiva 2004/18/CE²⁴⁰ - y por la asunción por parte del concesionario de un riesgo operacional, elemento determinante de la existencia de la concesión tal y como se desarrollará en las páginas 153 a 179 de este trabajo.

Igualmente cabe señalar que en la concesión de servicios²⁴¹ el objeto es abierto y se define de manera residual de manera que serán todos aquellos servicios que no sean obras. De esta manera, ya no se define por su referencia al contrato de servicios como lo hacía la Directiva 2004/18/CE. Al respecto, cabe hacer notar que en la práctica habrá que acudir a la interpretación del concepto que deriva del propio TFUE, es decir, a falta de una definición específica, deberá entenderse por servicios aquellas actividades económicas que con carácter general consideradas como tales en aplicación del Tratado²⁴².

Dicho lo anterior, el legislador comunitario ya apunta que determinados regímenes no se consideraran concesiones y distingue la figura de la concesión de la autorización, del arrendamiento, de la licencia²⁴³ y de otro tipo de acuerdos²⁴⁴. En

²⁴⁰ La Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, definía expresamente al contrato de concesión de servicios como aquel que “*presenta las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un “precio”*”, estableciendo, en su artículo 17 que dichos contratos estaban excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva pero no a los principios del Tratado.

²⁴¹ MÍGUEZ MACHO, L., “La distinción entre las concesiones de servicios y otros contratos públicos a la luz de la Directiva 2014/23/UE: repercusiones para el Derecho español” en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos, número monográfico especial (2015), Las nuevas Directivas de Contratación Pública*, GIMENO FELIÚ, J. M. (dir.), Civitas, Cizur Menor, 2015, págs. 397 a 410.

²⁴² La lista de actividades contenida en el Anexo II de la Directiva es incompleta al no recoger todos los servicios que pueden ser objeto de concesión.

²⁴³ El Considerando 14 establece que: “*Además no deben considerarse concesiones ciertos actos de los Estados miembros, como las autorizaciones o licencias, en virtud de los cuales el Estado o una autoridad pública establece las condiciones para el ejercicio de una actividad económica, con inclusión del requisito de llevar a cabo una operación determinada, que por lo general se conceden a petición del operador económico y no por iniciativa del poder adjudicador o entidad adjudicadora, y en los que el operador económico quede libre de renunciar a la prestación de las obras o servicios. Para dichos actos de los Estados miembros pueden ser de aplicación las disposiciones específicas de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. A diferencia de dichos actos de los Estados miembros, los contratos de concesión imponen obligaciones mutuamente vinculantes por las que la ejecución de estas obras o servicios está sujeta a obligaciones mutuamente vinculantes por las que la ejecución de estas obras o servicios está sujeta a obligaciones específicas determinadas por el poder adjudicador o la entidad adjudicadora, que son exigibles legalmente”*.

²⁴⁴ El Considerando 15 especifica que no deben considerarse concesiones determinados acuerdos cuyo objeto es el derecho de un operador económico a explotar determinados parajes o recursos de carácter público, con arreglo al Derecho privado o público, como es el caso de terrenos o cualquier propiedad pública, especialmente en el sector de los puertos marítimos e interiores o aeroportuario, en los que el Estado, poder adjudicador o entidad adjudicadora establece únicamente sus condiciones generales de utilización, sin contratar obras o servicios específicos. Tal es el caso, normalmente, de los contratos de arrendamiento de bienes o de tierras de dominio público, que en general

concreto, los Considerandos 12 al 16 de la Directiva distinguen las concesiones de servicios de los supuestos de mera financiación de una actividad mediante subvenciones; los regímenes en los que todos los operadores que cumplan determinadas condiciones están autorizados a realizar una determinada tarea, sin selectividad alguna, que se dan en ámbitos como los servicios sociales; las autorizaciones o licencias en virtud de los cuales un Estado o autoridad pública establece las condiciones para el ejercicio de una actividad económica (ya que, de acuerdo con la Directiva, por lo general se conceden a petición del operador económico y no imponen obligaciones mutuamente vinculantes a las partes, sino que aquél es libre de renunciar al ejercicio de la actividad); las concesiones de dominio público; y los acuerdos que confieren derechos de paso relativos a la utilización de bienes públicos inmobiliarios para el suministro o explotación de líneas fijas o redes destinadas a prestar un servicio al público, en la medida en que tales acuerdos no impongan la obligación de suministro de servicios a la Administración o entidad pública o a los usuarios finales, ni impliquen adquisición alguna de servicios.

Llegados a este punto, es necesario profundizar el alcance del contrato de concesión²⁴⁵ de obras y de servicios y su depuración respecto del contrato de servicios²⁴⁶. En efecto, hasta el momento de la aprobación de las nuevas Directivas, no

contienen condiciones sobre la toma de posesión del arriendo, el uso al que debe destinarse el bien, las obligaciones del propietario y del arrendatario por cuanto se refiere al mantenimiento del bien, la duración del contrato de arrendamiento y la devolución de la posesión al propietario, la cuantía del alquiler y los gastos accesorios que debe abonar el arrendatario. Y el Considerando 16 hace referencia a los acuerdos que confieren derechos de paso relativos a la utilización de bienes públicos inmobiliarios para el suministro o explotación de líneas fijas o redes destinadas a prestar un servicio al público, en la medida en que tales acuerdos no impongan la obligación, por parte de un poder adjudicador o entidad adjudicadora, de suministro de servicios a sí mismos o a los usuarios finales ni impliquen adquisición alguna de servicios.

²⁴⁵ Para una visión más amplia de este estudio me remito a los trabajos de GIMENO FELIÚ, J. M., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública...*, *op. cit.*; “Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contratos de servicios y el CPP”, *REDA* núm. 156, octubre-diciembre 2012, págs. 17 a 57; RAZQUIN LIZÁRRAGA, M. M., “El contrato de gestión de servicios públicos: la necesaria reconducción de este tipo contractual (comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2010 y de 10 de marzo de 2011), en el *Administración y Justicia Liber amicorum a Tomás Ramón Fernández*, Civitas, Pamplona, 2012, págs. 3.549 a 3.574, *ÍDEM*, “Contratos de gestión de servicios públicos y recursos especiales en materia de contratación (presente y propuestas de futuro)”, *REDA* núm. 161, 2014, págs. 37 a 74; MÍGUEZ MACHO, L., “La distinción entre las concesiones de servicios...”, *op. cit.*, págs. 395 a 409, “Las formas de colaboración público-privada en el derecho español”, *RAP* núm. 175, 2008, págs. 157 a 215; BERNAL BLAY, M. A., *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas paraconcesionales*, Civitas, Cizur Menor, 2011 y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., “Colaboración público-privada, estabilidad presupuestaria...”, *op. cit.*, págs. 435 a 462; GÁLLEGO CÓRCOLES, I., “Distinción entre el contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios (I), *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, núm. 111, 2011, págs. 56 a 61 y “Distinción entre el contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios (II), *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, núm. 112, 2011, págs. 68 a 75.

²⁴⁶ Esta propuesta de Directiva fue anunciada por la Comisión Europea en su Comunicación *Acta del Mercado Único – Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza* de 13 de abril de 2011. COM (2011)-206 final.

quedaban claros los contornos de las figuras de las concesiones y contratos públicos incluso se llegaban a confundir ni quedaba resuelto el encaje de nuestro contrato de concesión de servicios con el del ordenamiento comunitario.

La propia Directiva señala en el Considerando 4 que: *“Existe un riesgo de inseguridad jurídica relacionado con las divergentes interpretaciones de los principios del Tratado por los legisladores nacionales y de grandes disparidades entre las legislaciones de los diferentes Estados miembros. Dicho riesgo ha sido confirmado por una amplia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que sin embargo aborda solo en parte determinados aspectos de la adjudicación de contratos de concesión”*.

Como ha resaltado la doctrina, esta cuestión no era meramente dogmática, sino que resultaba de especial interés práctico en tanto de la incorrecta tipificación de un contrato público podían alterarse las normas y principios esenciales en una licitación pública. Es importante insistir que las concesiones de servicio aunque no estaban contempladas en las directivas sobre contratos públicos de los años 90, quedaban sujetas a las normas y a los principios del TFUE, en la medida en que se concedían por medio de actos imputables al Estado, y tenían por objeto la prestación de actividades económicas.

Ello se debía al hecho que la Directiva 92/50, del Consejo de 18 de junio de 1992 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios no reguló esta cuestión. En los trabajos preparatorios de esa Directiva, la Comisión había propuesto para este tipo de concesión un régimen análogo al de las concesiones de obras pero el Consejo no aceptó la propuesta. Se planteó en este caso la cuestión de saber si la adjudicación de concesiones de servicios no estaba incluida enteramente en el régimen establecido por la “Directiva servicios”. En efecto, ésta se aplicaba a “contratos a título oneroso celebrados por escrito entre un prestador de servicios y una entidad adjudicadora”, excepto algunas excepciones mencionadas en la Directiva entre las cuales no figuraba el contrato de concesión. Una interpretación literal de esta definición seguida por algunos autores, conducía a incluir el contrato de concesión en el campo de aplicación de la “Directiva servicios”, puesto que este contrato se celebraba a título oneroso y por escrito. Este enfoque suponía que la

adjudicación de una concesión de servicios debería respetar las normas de esta Directiva y, por lo tanto, tendría que ajustarse a un procedimiento más complejo que el de las concesiones de obras. Sin embargo, a falta de jurisprudencia del Tribunal sobre este punto, la Comisión no siguió esta interpretación en los casos concretos que había tratado.

La primera definición de las concesiones en documentos oficiales de la Unión Europea está en la Comunicación interpretativa del año 2000 (2000/C 121/02)²⁴⁷, sobre las concesiones en Derecho Comunitario donde señala que en la definición resultante de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, el legislador comunitario optó por definir la noción de concesión de obras a partir de la noción de contrato público de obras²⁴⁸. En esta Comunicación, la Comisión definió las concesiones como: *“aquellos actos imputables al Estado por los que una autoridad pública confía a un tercero –ya sea mediante un acto contractual o mediante un acto contractual o mediante un acto unilateral con el consentimiento del tercero- la gestión total o parcial de servicios que normalmente son de su competencia y para los que dicho tercero asume el riesgo de explotación”*. En esta Comunicación se recordó que, al contrario de lo que sucedía en la “Directiva de obras”, la “Directiva de servicios” no contenía ninguna definición del concepto de concesión de servicios, aunque como recuerda la Sentencia del Tribunal de 9 de septiembre de 1999, *RI.SAN.Srl* (C-108/98)²⁴⁹, desde luego que la definición del concepto de concesión de un servicio público en el sentido de la normativa comunitaria en materia de contratos públicos, así

²⁴⁷ La Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho comunitario (2000/C 121/02) fue publicada en el *DOUE C* 121/2, de 29 de abril de 2000. Sobre el contenido de la Comunicación destaca el trabajo de ARNOULD, J. “Le texte définitif de la Communication interprétative de la Commission européenne sur les concessions en droit communautaire”, *Revue Française Droit Administratif*, 2000, págs. 1015 a 1021.

²⁴⁸ El texto de la “Directiva obras” prevé, en efecto, que los contratos públicos de obras son *“contratos de carácter oneroso, celebrados por escrito entre un contratista, por una parte, y un poder adjudicador (...), por otra, que tengan por objeto bien la ejecución, bien conjuntamente la ejecución y el proyecto de obras relativas a una de las actividades contempladas en el Anexo II o de una obra (...), bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador”* [letra a) del artículo 1]. La letra d) del artículo 1 de la misma Directiva define la concesión de obras como un *“contrato que presenta los caracteres contemplados en la a), con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio”*. Resulta de esta definición que la principal característica distintiva del concepto de concesión de obras es que otorga el derecho de explotación de la obra como contrapartida de la construcción de la misma; este derecho de explotación puede también estar acompañado de un precio. *Vid.* MÍGUEZ MACHO, L. “Fórmulas de colaboración público-privada contractual...”, *op. cit.*, págs. 165 a 197.

²⁴⁹ El asunto versa sobre la adjudicación del servicio público local de recogida residuos sólidos a una empresa pública mixta (*Ischia Ambiente SpA*).

como la cuestión de si una concesión de este tipo está excluida del campo de aplicación de la Directiva 92/50, estaban sujetas al Derecho comunitario.

En el apartado 2.2 de la citada Comunicación interpretativa, afirmaba que: *“la concesión de servicios, del mismo modo que la concesión de obras, se caracteriza por una transferencia de la responsabilidad de explotación. En concreto, existiría concesión de servicios “cuando el operador asume el riesgo del servicio en cuestión (establecimiento del servicio y explotación del mismo), cobrando una parte significativa de su remuneración al usuario, en particular mediante la percepción de tarifas, en cualquiera de sus formas”*, si bien la Comunicación matiza en nota número 13 a pie de página que *“aun en el supuesto de peajes ficticios, esto es, a cargo del concedente, el riesgo económico permanece si la remuneración depende del nivel de frecuentación”*. Por tanto, en este documento se considera que el modo de remuneración del operador es el elemento esencial que permite determinar la asunción del riesgo de explotación. Esto se complementa con la idea de que *“la concesión de servicios incide normalmente en actividades que, por su naturaleza, por su objeto y por las normas a las que están sujetas, pueden ser competencia del Estado y para las cuáles pueden existir derechos exclusivos o especiales”*²⁵⁰. En cambio, a efectos de la Comunicación resulta indiferente que la concesión se configure como un contrato o como un acto unilateral; lo relevante es que el Estado confíe a un tercero *“la gestión total o parcial de servicios que normalmente son de su competencia y para los que dicho tercero asume el riesgo de explotación”*, entendiendo por servicios las actividades económicas a las que se refieren los actuales artículos 56 y siguientes del TFUE. Por eso, quedan excluidos de la misma los *“actos por los que un poder público confiere una habilitación o concede una autorización para ejercer una actividad económica, por más que dichos actos puedan considerarse concesiones en algunos Estados miembros”* así como *“los actos cuyo objeto sean actividades de carácter no económico, como la escolarización obligatoria o la seguridad social”*.

La definición de la concesión de servicios construida por analogía a la de la concesión de obras públicas se recogió poco después en el artículo 1, apartado cuarto, de la Directiva 2004/18/CE. Siguiendo esta línea jurisprudencial, la Directiva

²⁵⁰ Sobre la posibilidad de identificar este requisito con los servicios públicos entendidos como actividades de relevancia económico-empresarial reservadas a la titularidad pública, me remito al trabajo de GIMENO FELIÚ, J. M., “Delimitación conceptual entre el contrato de gestión...”, *op. cit.*, págs. 17 a 57.

2004/18/CE definió expresamente el contrato de concesión de servicios: *“presenta las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, bien en dicho derecho acompañado de un “precio”, estableciendo en su artículo 17 que dichos contratos están excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva, pero no de los principios del Tratado.*

Esta definición se vio matizada por 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 de abril de 2004 al afirmar que el modelo concesional se caracterizaba no solo por el modo de remuneración del contratista sino también por el vínculo directo que existe entre el socio privado y el usuario final: *“en este contexto, uno de los modelos más conocidos, con frecuencia llamado “modelo de concesión”, se caracteriza por el vínculo directo que existe entre el socio privado y el usuario final: el socio privado presta un servicio a la población “en lugar de” el socio público, pero bajo su control. Asimismo, se caracteriza por el modo en que se remunera al contratista, que consiste en cánones abonados por los usuarios del servicio, que se completan, con subvenciones concedidas por los poderes públicos”. Y definió el contrato de concesión: “como un contrato con las mismas características que un contrato público, con la salvedad de que la contrapartida de las obras efectuadas o de los servicios prestados consiste bien únicamente en el derecho a explotar la obras o el servicio o bien en dicho derecho acompañado de un precio”. Estas dos características son justamente las que diferenciarían las concesiones de otras modalidades de colaboración público-privada también contractual. En el párrafo 23 del Libro Verde, se afirma “en otros tipos de organización, la tarea del socio privado consiste en realizar y gestionar una infraestructura para la administración pública (por ejemplo, un colegio, un hospital, un centro penitenciario o una infraestructura de transporte). El ejemplo más típico de este modelo es la organización de tipo IFP [Iniciativa de Financiación Pública]. En este modelo, la remuneración del socio privado no adopta la forma de cánones [sic] abonados por los usuarios de la obra o el servicio, sino de pagos periódicos realizados por el socio público. Dichos pagos pueden ser fijos, pero también pueden calcularse de manera variable, en función, por ejemplo, de la disponibilidad de la obra, de los servicios correspondientes o, incluso, de la frecuentación de la obra”.*

Fue con la Comunicación sobre Colaboración público-privada y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones de 15 de noviembre de 2005 [COM(2005) 569 final], cuando ya hizo referencia explícita al riesgo inherente de la explotación: *“Una característica esencial de las concesiones es el derecho del concesionario a explotar la construcción o el servicio concedido, en atención al hecho de haber erigido dicha construcción o prestado dicho servicio. La principal diferencia con la contratación pública es el riesgo inherente a la explotación que tiene que soportar el concesionario, quien suele financiar, al menos, una parte de los proyectos”*.

Tal y como había apuntado la jurisprudencia, nada en el Tratado se opone a que los Estados miembros, por consideraciones de interés público no económico, sustraigan al juego de la competencia algunos servicios de interés general, confiriendo derechos exclusivos²⁵¹. El Tribunal añade, sin embargo, que las modalidades de organización y el ejercicio de un monopolio creado de este modo no deben afectar a lo dispuesto en el Tratado sobre libre circulación de mercancías y servicios ni a las normas de la competencia²⁵². Como ya se ha indicado en este trabajo, si bien las concesiones de servicio no estaban contempladas en las Directivas sobre contratos públicos de los años 90, quedaban sujetas a las normas y a los principios del TFUE, en la medida en que se concedían por medio de actos imputables al Estado y tenían por objeto la prestación de actividades económicas. Al respecto, cabe traer a colación la Sentencia del Tribunal de 18 de noviembre de 1999 *Unitron Scandinavia* (C-275/98) al afirmar:

“El artículo 2, apartado 2, de la Directiva 93/36 debe interpretarse del siguiente modo: Dicha disposición impone a un poder adjudicador que otorga derechos especiales o exclusivos para el ejercicio de una actividad de servicio público a cualquier entidad distinta de tales poderes adjudicadores que exija a ésta que respete el principio de no discriminación en razón de la nacionalidad al adjudicar contratos públicos de suministro a terceros en el marco de esta actividad.

En cambio, cuando concurren las referidas circunstancias, dicha disposición no impone al poder adjudicador la obligación de exigir a la entidad de que se trate que respete los procedimientos de adjudicación previstos en la Directiva 93/36 para la adjudicación de tales contratos públicos de suministro”.

²⁵¹ GIMENO FELIÚ, J. M., “Delimitación conceptual entre el contrato de gestión...”, *op. cit.*, pág. 21.

²⁵² Sentencia de 18 de junio de 1991, *Elliniki Radiophonia* (Asunto C-260/89), apartado 12. Vid. FOUASSIER, C., “Vers un véritable droit communautaire des concessions?”, *Revue Trimestalle de Droit Européé*, págs. 690 a 696.

Esto significaba que el Tribunal no limitaba la libertad de un Estado miembro para hacer uso de las concesiones siempre y cuando las modalidades de adjudicación sean compatibles con el ordenamiento comunitario.

Tal y como la doctrina fue analizando, el objeto de las concesiones de obras es por definición, distinto del de las concesiones de servicios, por lo que puede suscitar diferencias en términos de inversión y de duración entre los dos tipos de concesión. Sin embargo, considerando los criterios antes citados y que ahora recoge la Directiva, un contrato de concesión presenta, en general, las mismas características, cualquiera que sea el objeto al que haga referencia. En efecto, tal como sucede con las concesiones de obras, el criterio de explotación constituye una característica esencial para determinar si se trata de una concesión de servicios. Y así lo puso de relieve la Sentencia del Tribunal de 10 de noviembre de 1998, *BFI Holding* (C-360/96), en la que se descartaba la calificación de concesión de servicios ya que la remuneración percibida consistía únicamente en un precio pagado por la autoridad pública y no en un derecho de explotar el servicio. En virtud de este criterio, como primer requisito, existe concesión cuando el operador asume el riesgo del servicio en cuestión (establecimiento del servicio y explotación del mismo), cobrando una parte significativa de su remuneración al usuario, en particular mediante la percepción de tarifas, en cualquiera de sus formas. El modo de remuneración del operador es, como en la concesión de obras, un elemento que permite determinar la asunción del riesgo de explotación²⁵³.

Una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal planteó la cuestión de la definición y del régimen jurídico de aplicación en las concesiones de servicios en la cuestión resuelta por la Sentencia de 7 de diciembre de 2000, *Telaustria*, (C-324/98) el Tribunal exponía toda la evolución de la exclusión del contrato de concesión de servicio público en el ámbito de aplicación de la Directivas de primera y segunda generación:

²⁵³ El Tribunal distinguió en la Sentencia de 26 de abril de 1994, Comisión/Italia *Lottomatica*, (C-272/91) entre una transferencia de responsabilidad al concesionario por lo que respecta a las operaciones del juego de la lotería, que pueden calificarse como actividades que entran en la competencia del Estado en el sentido indicado, y el simple suministro de sistemas informáticos a la Administración. El Tribunal concluyó, en este caso, que, al no existir tal transferencia, se trataba de un contrato público.

“Está contemplado en la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, un contrato a título oneroso, celebrado por escrito entre, por una parte, una empresa a la que la legislación de un Estado miembro ha confiado específicamente la explotación de un servicio de telecomunicaciones y cuyo capital social pertenece en su totalidad a los poderes públicos de dicho Estado miembro y, por otra parte, una empresa privada, cuando mediante dicho contrato la primera empresa encarga a la segunda la elaboración y publicación de repertorios de abonados al teléfono, impresos y en formato electrónico (guías telefónicas), con vistas a su distribución pública; pese a estar contemplado en la Directiva 93/38, un contrato de esta naturaleza resulta excluido, en el estado actual del Derecho comunitario, del ámbito de aplicación de esta última, principalmente debido a que la contraprestación que la primera empresa ofrece a la segunda consiste en que esta última obtiene el derecho de explotar su propia prestación, para conseguir así una retribución.

2) Pese a que, en el estado actual del Derecho comunitario, tales contratos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 93/38, las entidades contratantes que los celebren están obligadas no obstante a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado CE y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, principio que implica, en particular, una obligación de transparencia que permite que la entidad adjudicadora se asegure de que dicho principio es respetado.

3) Esta obligación de transparencia que recae sobre la entidad adjudicadora consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación”.

En virtud de este criterio, como primer requisito, se llegaba a la conclusión que existe concesión cuando el operador asume el riesgo del servicio en cuestión (establecimiento del servicio y explotación del mismo), cobrando una parte significativa de su remuneración al usuario, en particular mediante la percepción de tarifas, en cualquiera de sus formas, el modo de remuneración del operador es, como en la concesión de obras, un elemento que permite determinar la asunción del riesgo de explotación. En concreto, el Tribunal ha reconocido la existencia de una concesión de servicios en los casos en los que la remuneración del prestador del servicio provenía de los pagos efectuados por los usuarios de un aparcamiento público, de un servicio de

transporte público y de una red de teledistribución (Sentencia de 13 de octubre de 2005 *Parking Brixen*²⁵⁴, apartado 40; Sentencia de 6 de abril de 2006, ANAV, C-410/04, apartado 16 y Sentencia de 13 de noviembre de 2008, *Coditel Brabant*, apartado 24).

En la Sentencia de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen* (C-458/03), el Tribunal había considerado como contrato de concesión de servicios públicos la explotación de un estacionamiento de titularidad pública por cuanto: “*la retribución del prestador de servicios no procedía de la autoridad pública, sino de las cantidades abonadas por terceros para el uso del aparcamiento. Esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios, lo cual es una característica de la concesión de servicios públicos. Por consiguiente, la situación descrita en el litigio principal no se trata de un contrato público de servicios, sino de una concesión de servicios públicos*”.

Esta Sentencia sin embargo optó por un concepto de concesión de servicios públicos que no encajaba con la jurisprudencia anterior al considerar la explotación del parking como una actividad económica cuando, se trata de la explotación de una infraestructura, lo que, de por sí, está más ligada a la noción de contrato de servicios²⁵⁵. La concesión de servicios procederá en actividades donde la titularidad recaiga en una Administración Pública y por ello sea susceptible de explotación directa o indirecta. En este tipo de contratos se presta un servicio y la retribución del licitador no cambia la naturaleza, como se constata en el régimen del contrato de concesión de obra pública.

En la Sentencia de 18 de julio de 2007, *Comisión/Italia* (C-382/05), el Tribunal considera irrelevantes para delimitar los contratos de servicios de las concesiones de servicios, criterios como la duración del contrato, la existencia de retribuciones adicionales a las que paga la administración concedente o la autonomía²⁵⁶ del

²⁵⁴ Según el fundamento jurídico 41 de la Sentencia: “*Un contrato público requiere una contrapartida pagada directamente por la entidad adjudicadora al prestador de servicios. En cambio, cuando la retribución del prestador de servicios no procede de la autoridad pública, sino de cantidades abonadas por terceros para el uso del aparcamiento. Esta modalidad de retribución, implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios, lo cual es característica de la concesión de servicios públicos*”.

²⁵⁵ De acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2002 dictada en ocasión de un recurso de casación para unificación de doctrina, afirma que el servicio de aparcamientos de vehículos no encaja en la noción de servicio público local fijado en la Ley de Bases de Régimen Local. En esta misma línea cabe destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2008.

²⁵⁶ El apartado 44 de la Sentencia afirma que: “*para terminar, tampoco resulta determinante, en orden a calificar un contrato como contrato público o como concesión de servicios, la circunstancia de que, llegado el caso, las prestaciones ofrecidas por el operador puedan requerir de éste una total autonomía de ejecución*”.

empresario en la ejecución del contrato y afirma que es un contrato de servicios ya que no existe riesgo de explotación.

En las Sentencias de 13 de noviembre de 2008, *Comisión/Italia* (C-437/07), apartados 29 y 31, y de 10 de septiembre de 2009, *WAZV Gotha*, (C-206/08) apartados 59 y 68 afirman en cuanto al criterio de explotación y de riesgo, que en un contrato de concesión de servicios, la modalidad de retribución convenida consiste en el derecho a explotar el servicio y el prestador del servicio asume el riesgo vinculado a la explotación del servicio que se trate.

En la Sentencia de 10 de septiembre de 2009, *WasserWAZV Gotha contra Eurowasser* (C-206/08) el Tribunal analiza el alcance del riesgo en la explotación que debe soportar el prestador para que se pueda considerar concesión de servicios, en concreto, cuando, en el marco de un contrato de servicios, la otra parte contratante no obtiene el pago de una remuneración directa por parte de la entidad adjudicadora sino que obtiene el derecho a recaudar una remuneración de terceros, siempre que asuma la totalidad o, al menos, una parte significativa, del riesgo de explotación que corre la entidad adjudicadora, incluso si dicho riesgo es, desde el inicio, muy limitado debido a la configuración jurídico pública de los servicios. Puntualiza lo que ha de entenderse por “derecho a explotar” y “contrapartida de la explotación” y señala que debe existir un riesgo de explotación importante, pero que no es necesario que éste se corresponda con el riesgo económico que se corre habitualmente en un mercado libre. Considera que un contrato de servicios cuyo riesgo económico esté reducido al mínimo por los poderes públicos se puede calificar de concesión de servicios. El dato de la explotación por el contratista será, por tanto, condición esencial en este contrato, pues de lo contrario la prestación se tipificará como contrato de servicios. En esta Sentencia, se definió en el ámbito de las Directivas 2004/18/CE y 2004/17/CE, el concepto y diferencias del contrato de servicios y de concesión de servicios, afirmando lo siguiente²⁵⁷:

²⁵⁷ Esta doctrina se ha mantenido en la Sentencia de 10 de marzo de 2011, *Privater Rettungsdienst*, (C-274/09) afirmando que: “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”.

“49. *Procede señalar, a este respecto, que el artículo 1, apartado 2, letra a) de la directiva 2004/17 dispone que los “contratos de suministro, de obras y de servicios” son contratos a título oneroso celebrados por escrito entre una o varias de las entidades adjudicadoras contempladas en el apartado 2 del artículo 2 de dicha Directiva y uno o varios contratistas, proveedoras o prestadoras de servicios.*

51. *De la comparación de ambas definiciones se desprende que la diferencia entre un contrato de servicios y una concesión de servicios reside en la contrapartida de la prestación de servicios. Un contrato de servicios requiere una contrapartida pagada directamente por la entidad adjudicadora al prestador de servicios (véase, en este sentido, la sentencia Parking Brixen, antes citada, apartado 39) mientras que, en el caso de una concesión de servicios, la contrapartida de la prestación de servicios consiste en el derecho a explotar el servicio, bien únicamente, bien acompañado de un pago.*

54. *Dicho criterio resultaba ya de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia anterior a la entrada en vigor de la Directiva 2004/17. Según dicha jurisprudencia, existe una concesión de servicios cuando la modalidad de retribución convenida consista en el derecho del prestador a explotar su propia prestación (véase, en este sentido, la sentencia Telaustria y Telefonadress, antes citada, apartado 58; el auto de 30 de mayo de 2002, Buchhändler-Vereinigung, C-358/00, Rec. p. I-4685, apartados 27 y 28, así como las sentencias de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, C-382/05, Rec. p. I-6657, apartado 34, y de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Italia, C-437/07, apartado 29).*

55. *A este respecto, carece de pertinencia el hecho de que la remuneración se rija por el Derecho privado o por el Derecho público.*

56. *El Tribunal de Justicia ha reconocido la existencia de una concesión de servicios, en particular, en casos en los que la remuneración del prestador provenía de pagos efectuados por los usuarios de un parking público, de un servicio de transporte público y de una red de teledistribución (sentencias Parking Brixen, apartado 40, de 6 de abril de 2006, ANAV, C-410/04, Rec. P. I-3303, apartado 16 y Codiel Brabant, apartado 24).*

57. *De ello se desprende que, en el caso de servicios, la circunstancia de que la otra parte contratante no obtenga el pago de una remuneración directa por parte de la entidad adjudicadora sino que obtenga el derecho a recaudar una remuneración de terceros responde a la exigencia de una contrapartida establecida en el artículo 1, apartado 3, letra b), de la Directiva 2004/17.*

58. *Sin embargo, esta conclusión impone que se precisen los conceptos de “derecho a explotar” y de “contrapartida de la prestación”, incluidos en dicha disposición.*

59. *De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, cuando la modalidad de retribución convenida consiste en el derecho del prestador a explotar su propia prestación, esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios (Sentencias Parking Brixen, apartado 40; de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, apartado 34, y de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Italia, apartado 29).*

66. *A este respecto procede señalar que el riesgo es inherente a la explotación económica del servicio.*

67. *Si la entidad adjudicadora sigue soportando la totalidad del riesgo sin exponer al prestatario a las incertidumbres del mercado, la atribución de la explotación del servicio requerirá la aplicación de las formalidades previstas por la Directiva 2004/14 para proteger la transparencia y la competencia.*

68. *Ante la inexistencia absoluta de transmisión al prestatario de los riesgos relacionados con la prestación del servicio, la operación en cuestión constituye un contrato de servicios (véase, en este sentido, las sentencias de 27 de octubre de 2005, Contse y otros, C-234/03, Rec. P. I-9315, apartado 22, y de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, antes citada, apartados 35 a 37, así como, por analogía, respecto de una concesión de obras, la sentencia de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Italia, antes citada, apartado 30 y 32 a 35). Tal como se afirma en el apartado 51 de la presente sentencia, en este último caso, la contrapartida no consiste en el derecho a explotar el servicio.*

73. *Por un lado, la configuración jurídica pública de la explotación económica y financiera del servicio facilita el control de la explotación del mismo y reduce los factores que pueden vulnerar la transparencia y falsear la competencia.*

74. *Por otro lado, debe seguir siendo posible que las entidades adjudicadoras, actuando de buena fe, garanticen la prestación de servicios mediante una concesión, si consideran que se trata de la mejor manera de garantizar el servicio público de que se trata, incluso si el riesgo derivado de la explotación es muy limitado.*

75. *Además, no sería razonable pedir a la autoridad pública concedente que cree condiciones de competencia y de riesgo económico superiores a las que existente en el sector en cuestión debido a la normativa aplicable al mismo.*

76. *En tales circunstancias, dado que la entidad adjudicadora no tiene influencia alguna en la configuración jurídica pública del servicio, es imposible que introduzca y, por consiguiente, transfiera factores de riesgo que queden excluidos por dicha configuración.*

77. *En todo caso, incluso si el riesgo que corre la entidad adjudicadora es muy limitado, es necesario que transfiera al concesionario la totalidad, o al menos una parte significativa, del riesgo de explotación que corre para que se considere que existe una concesión de servicios”.*

Doctrina que reitera la Sentencia del Tribunal de 15 de octubre de 2009, *Acoset SpA* (C-196/08) advirtiendo que la cuestión de si una operación debe calificarse o no de “concesión de servicios” o de “contrato público de servicios” ha de apreciarse exclusivamente a la luz del Derecho comunitario (véase en particular la Sentencia de 18 de julio de 2007 *Comisión/Italia* C-382/05, apartado 31), en el sentido que existe una concesión de servicios cuando la modalidad de retribución convenida consiste en el derecho a explotar²⁵⁸ el servicio y el prestador del servicio asume el riesgo vinculado a

²⁵⁸ Sobre la explotación del servicio, el Tribunal en la Sentencia de 11 de junio de 2009, *Hans & Christophorus Oymans*, C-300/07, EU:C:2009:358, apartado 71 señala que: “En cualquier caso, de la definición antes citada de la concesión de servicios se desprende que ésta se caracteriza por una situación en la que un derecho de explotación de un servicio determinado se transfiere por un adjudicador a un concesionario, disponiendo este último, en el marco del contrato celebrado, de cierta libertad económica para determinar las condiciones de explotación de dicho derecho y estando así, de modo paralelo, ampliamente expuesto a los riesgos vinculados a dicha explotación. En cambio, un acuerdo marco se caracteriza por una situación en la que la actividad del operador económico parte en el acuerdo está regulada, en la medida en que todos los contratos que se adjudiquen al citado operador en el curso de un período determinado deberán respetar los requisitos previstos en dicho acuerdo”. En la Sentencia de 14 de julio de 2016 (Asuntos C-458/14 y C-64/15), *Promoiimpresa Srl y Consorzio dei comuni della Sponda Bresciana del Lago di Garda e Lago di Idro, Regione Lombardia y otros*, el Tribunal llega a la conclusión que la concesión para la explotación de dominio público destinada a kiosco, terraza, zona de baños muelle y pontón del lago de Garda no se

la explotación del servicio de que se trata. Y, en la línea de la anterior Sentencia del Tribunal, precisa la distinción entre contrato de servicios y concesión de servicios:

“39. La diferencia entre un contrato de servicios y una concesión de servicios reside en la contrapartida de la prestación del servicio (véase en particular la sentencia de 10 de septiembre de 2009, WAZV Gotha, C -206/08, Rec. p. I-0000, apartado 51). En un “contrato público de servicios” en el sentido de las Directivas 2004/18 y 2004/17, la contrapartida es pagada directamente por la entidad adjudicadora al prestador del servicio (véase en particular la sentencia de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C -458/03, Rec. p. I -8585, apartado 39). Existe una concesión de servicios cuando la modalidad de retribución convenida consiste en el derecho a explotar el servicio y el prestador del servicio asume el riesgo vinculado a la explotación del servicio de que se trate (véanse, en particular, la sentencia de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Italia, C-437/07, apartados 29 y 31, y la sentencia WAZV Gotha, antes citada, apartados 59 y 68).

43. El Tribunal de Justicia ha reconocido la existencia de una concesión de servicios en casos en los que la remuneración del prestador del servicio provenía de los pagos efectuados por los usuarios de un aparcamiento público, de un servicio de transporte público y de una red de teledistribución (véanse las sentencias Parking Brixen, antes citada, apartado 40; de 6 de abril de 2006, ANAV, C -410/04, Rec. p. I -3303, apartado 16, y de 13 de noviembre de 2008, Coditel Brabant, C -324/07, Rec. p. I-0000, apartado 24).

46. Pese a que los contratos de concesión de servicios públicos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de las Directivas 2004/18 y 2004/17, las autoridades públicas que los celebren están obligadas no obstante a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado CE y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad (véase en particular la sentencia ANAV, antes citada, apartado 18)”.

47. Entre las disposiciones del Tratado específicamente aplicables a las concesiones de servicios públicos cabe destacar los artículos 43 CE y 49 CE (véase en particular la sentencia ANAV, antes citada, apartado 19)”.

Esta doctrina ha sido posteriormente confirmada con la Sentencia de 10 de marzo de 2011, *Privater Rettungsdienst* (C-274/09) relativa a un contrato de servicios de socorro. Según esta Sentencia, dos son los elementos claves para afirmar que estemos ante un contrato de concesión de servicios: la contrapartida de la prestación de servicios y la asunción por parte del concesionario de la explotación de los servicios.

refieren a una prestación de servicios determinada por la entidad adjudicadora, sino a la autorización para ejercer una actividad económica en una zona de dominio público, de ello se desprende que las concesiones controvertidas no están comprendidas en la categoría de concesiones de servicios partiendo que la concesión de servicios se caracteriza por una situación en la que un derecho de explotación de un servicio determinado se transfiere por un adjudicador a un concesionario, disponiendo este último, en el marco del contrato celebrado, de cierta libertad económica para determinar las condiciones de explotación de dicho derecho y estando así, de modo paralelo, ampliamente expuesto a los riesgos vinculados a dicha explotación (apartado 46).

Respecto a la contrapartida de la contraprestación de servicios hace referencia cuando la remuneración del operador económico elegido corre íntegramente a cargo de personas distintas de la entidad adjudicadora que ha otorgado el contrato 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.

En palabras del Tribunal: *“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”*.

Finalmente, la Sentencia del Tribunal de 10 de noviembre de 2011, *Norma-A y Dekom* (C-348/10) se refiere a la transferencia del riesgo como factor determinante para la calificación del objeto del contrato y su diferenciación entre contratos de servicios y de gestión de servicios. Un contrato de servicios requiere una contrapartida pagada directamente por la entidad adjudicadora al prestador de servicios, mientras que, en el caso de una concesión de servicios, la contrapartida es consiste en el derecho a explotar el servicio bien únicamente, bien acompañado de un pago. En este caso, se trataba de un prestador de los servicios de transporte público por autobús que obtenía el derecho a explotar servicios en contrapartida de los cuales es retribuido por los usuarios de dichos servicios con arreglo a una tarifa establecida. El Tribunal entiende que si bien el modo de remuneración es 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. 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 (Sentencia de 10 de marzo de 2011, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, As. C-274/09, apartado 26

y Sentencia de 10 de septiembre de 2009, *Wasser*, As. C-206/08, apartados 59 y 58). Por lo tanto, es preciso comprobar si el prestador asume el riesgo de explotación del servicio en cuestión²⁵⁹, que si bien puede ser ciertamente muy limitado desde el primer momento, la calificación de concesión de servicios exige que la entidad adjudicadora transfiera al concesionario la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo que corre. El Tribunal se pronuncia en los siguientes términos:

“48. El riesgo de explotación del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado (véase, en este sentido, la sentencia Eurawasser, antes citada, apartados 66 y 67), que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio (véase, en este sentido, la sentencia Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, antes citada, apartado 37).

49. En cambio, riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico no son determinantes a efectos de calificar un contrato como contrato público o como concesión de servicios, puesto que tales riesgos, en efecto, son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios (sentencia Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, antes citada, apartado 38)”.

En definitiva, para poder determinar si una concreta prestación debe ser calificada de concesión de servicios o de contrato público de servicios hay que tener en cuenta todas las características de dicha operación, en especial, como señala la Sentencia del Tribunal de fecha 10 de noviembre de 2011, *Norma-A y Dekom*, que existirá un contrato de servicios en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra d) de la Directiva en un contrato mediante el cual un contratante, en virtud de las normas de Derecho público y de las cláusulas contractuales que regulan la prestación de estos servicios, no asume una parte significativa del riesgo²⁶⁰ que corre el poder adjudicador.

²⁵⁹ En la Sentencia de 8 de septiembre de 2016 del Tribunal *Domenico Politanò*, (C-225/15) relativo a un contrato de juegos de azar, el Tribunal partiendo de la estudiada jurisprudencia, llega a la conclusión que se trata de una concesión en tanto el prestador no recibe remuneración alguna por parte del poder adjudicatario y soporta íntegramente el riesgo vinculado al ejercicio de la actividad de recogida y transmisión de apuestas (apartado 32).

²⁶⁰ Según esta doctrina consolidada, existirá un “contrato de servicios” en el sentido de las Directivas en un contrato mediante el cual un contratante, en virtud de las normas de Derecho público y de las cláusulas contractuales que regulan la prestación de estos servicios, no asume una parte significativa del riesgo que corre el poder adjudicador. Así, por ejemplo, el transporte de pacientes en ambulancias no será un contrato de gestión de servicios públicos sino de servicios, tal y como se advierte en la Sentencia del Tribunal de 18 de diciembre de 2007, *Comisión/República Irlanda* (C-532/03). Con matices a tal calificación puede verse la Sentencia del Tribunal de 29 de abril de 2010,

4.2. Elementos característicos de los contratos de concesiones. El riesgo operacional

Retomando el hilo anterior, los elementos característicos de los contratos de concesión de acuerdo con la Directiva, además de la nota de onerosidad²⁶¹, son el derecho a explotar las obras o servicios o este derecho junto a un pago y este derecho a la explotación implica la asunción por parte del concesionario del riesgo operacional.

En los Considerandos de la Directiva se indica que la contrapartida de la concesión consiste en el derecho a explotar las obras o servicios o este mismo derecho en conjunción con un pago (Considerando 11) y distingue esta figura de otro tipo de actos (Considerando 14).

El artículo 5.1 de la Directiva expresamente recoge que el derecho a explotar obras o servicios implica la transferencia al concesionario del riesgo operacional.

La presencia del riesgo²⁶² es determinante para la existencia del contrato de concesiones y permite diferenciar este contrato de concesión de otras figuras contractuales. Por primera vez, se hace mención expresa en una directiva a este

Comisión/República de Alemania (C-160/08). En esta Sentencia se recuerda que los servicios de transporte sanitario de urgencia o de transporte especial de enfermos, sobre los que versa el presente asunto, se incluyen a la vez en la categoría 2 o 3 del Anexo I A de la Directiva 92/50 o del Anexo II A de la Directiva 2004/18/CE, y en la categoría 25 del Anexo I B de la Directiva 92/50 o del Anexo II B de la Directiva 2004/18/CE, de modo que los contratos que tienen por objeto tales servicios están sujetos a la aplicación del artículo 10 de la Directiva 92/50 o del artículo 22 de la Directiva 2004/18/CE (véase, en este sentido, la Sentencia de 24 de septiembre de 1998, *Tögel*, C-76/97, Rec. p. I-5357, apartado 40).

²⁶¹ Sobre la nota de onerosidad a la que ya las Directivas 2004/17/UE y 2004/18/CE se referían como uno de los elementos definitorios de los contratos públicos, es importante señalar ha sido la jurisprudencia del Tribunal la que ha ido interpretando dicha característica intrínseca de los contratos y concesiones públicas. Así en la Sentencia de 12 de julio de 2001, *Ordine Degli Architetti y otros* (Asunto C-399/98) el Tribunal afirma que el carácter oneroso de un contrato se refiere a la prestación que se ofrece al contratista por la realización del objeto del contrato y, en la Sentencia de 25 de marzo de 2010, *Helmut Müller GmbH* (Asunto C-451/08) el Tribunal considera que para que pueda hablarse de la existencia de un contrato público de obras es necesario que el poder adjudicador reciba una prestación a cambio de una contraprestación, si bien, en este punto, se añade una matización importante, puesto que el Tribunal exige que la prestación debe conllevar, además, un beneficio económico directo, para el poder adjudicador. En las conclusiones del abogado General Sr. Melchoir Wathelet en el Asunto C-576/10, la Comisión Europea Países Bajos señala que la existencia de una contraprestación y el hecho de que ésta conlleve un beneficio económico directo para el poder adjudicador se configuran como los elementos esenciales para determinar la onerosidad de un contrato público.

²⁶² Ya en el siglo XX se identificaron tres rasgos característicos de la concesión administrativa de servicios públicos, en el asunto sobre la iluminación de la Ciudad de Burdeos, resuelto por el “Arret” del Consejo de Estado de 30 de marzo de 1966, se fijó que para que exista concesión era preciso a) que el concesionario asuma el riesgo y la ventura de la gestión del servicio; b) que el concesionario cumpla sus prestaciones conforme a lo establecido en el pliego y c) que el concesionario sea remunerado con las tarifas que abonan los usuarios del servicio.

requisito propio del concepto de concesión que finalmente se denomina riesgo operacional²⁶³ -*operating risk* o riesgo en la operación²⁶⁴- que se debe interpretar como riesgo en la explotación, en la prestación de la obra o servicio recogiendo una concepción economicista²⁶⁵.

Como ya se ha tenido oportunidad de señalar, tanto la jurisprudencia como las diferentes comunicaciones interpretativas de la Comisión han ido analizando el alcance del riesgo que debe soportar el concesionario. La jurisprudencia²⁶⁶ del Tribunal ha ido matizando la interpretación de este requisito en el sentido que si bien al principio el Tribunal vinculaba la existencia de un contrato de concesión de servicios al hecho de que los pagos al prestador del servicio provinieran de los beneficiarios y usuarios de la prestación del servicio²⁶⁷, posteriormente ha ido reconociendo que la manera de retribuir la prestación es uno de los elementos determinantes para poder calificar una relación jurídica como concesión de servicios, el elemento caracterizador es la asunción del

²⁶³ Señala FUERTES LÓPEZ, M., en el trabajo “Los riesgos del riesgo de explotación (crítica a la jurisprudencia del tribunal de justicia de la Unión Europea sobre las concesiones de servicios público y los contratos de servicios)”, en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos* 2012, GIMENO FELIÚ, J. M., (dir.) y BERNAL BLAY, M. A. (coord.), Civitas, Cizur Menor, 2013, págs. 197 a 239, afirma que la expresión procede de los estudios financieros, donde se distinguen riesgos “operacionales” y “operativos” que incluyen riesgos derivados del propio sistema, pero no riesgos del mercado ni de crédito. También destaca la publicación de GUTIÉRREZ LÓPEZ, C., *Gestión bancaria de riesgos: especial referencia al riesgo operacional, propuestas de control y aplicación empírica*, Universidad de León, León, 2009, donde opina que los “criterios operativos” pueden añadir alguna distorsión por la ambivalencia de esta expresión amén que, desde la perspectiva contable, haya introducido alguna confusión en esta polémica. También resultan de interés las conclusiones de VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., “La Directiva de concesiones (Directiva 2014/23/UE) y la gestión de servicios de interés general”, en *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos*, PARISIO V., AGUADO I CUDOLÁ, V. y NOGUERA DE LA MUELA, B., (dirs.), Tirant lo Blanc, 2016, Valencia, págs. 119 a 128; BRACONNIER, S., “La consécration du critère du risque opérationnel dans le directive “concession” en La nouvelle directive “concession”, *Contracts Públicos* núm. 141, marzo 2014, págs. 26 a 32.

²⁶⁴ Al respecto, como pone de relieve VILLAR ROJAS, F. J., en su trabajo “La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales”, *RAP* núm. 172, 2007, la explotación, de igual modo que la puesta a disposición, tanto de bienes como servicios, significa “hacerlo funcionar”, pág. 158.

²⁶⁵ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L., en “La controvertida supresión del contrato de gestión de servicios públicos”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* núm. 60, Iustel, abril 2016 págs. 51 a 52, afirma que el riesgo de explotación que se trata de un concepto económico del riesgo que tiene su origen en el Sistema Europeo de Cuentas Públicas (SEC 95 y SEC 2010).

²⁶⁶ La jurisprudencia del Tribunal ha ido perfilando los criterios esenciales del contrato de concesión. Así se han ido descartando determinados criterios irrelevantes que no implican la existencia del contrato de concesión: como la existencia de retribuciones adicionales a las realizadas por el poder adjudicador y la duración del contrato y la circunstancia de que su ejecución vaya acompañada de importantes inversiones iniciales (Sentencia de 18 de julio de 2007, *Comisión/Italia*, Asunto C-382/05, apartado 42); la autonomía del adjudicatario en la ejecución del contrato (Sentencia de 18 de julio de 2007, *Comisión/Italia*, Asunto C-382/05, apartado 43); la realización de obras accesorias (Sentencia del Tribunal de 15 de octubre de 2009, *Acoset*, Asunto C-196/08); que la propia entidad adjudicadora actúe como prestadora de servicios y que, a la vez se subcontrate una parte de la actividad (Sentencia de 18 de noviembre de 2004, *Comisión contra República Federal Alemana*, (C-284/03).

²⁶⁷ Me remito a la Sentencia del Tribunal ya expuesta de 13 de octubre de 2005 *Parking Brixen* Asunto (C-458/03) que trata sobre la adjudicación de un aparcamiento público de pago en el cual el contratista recibe como retribución las cantidades abonadas por los usuarios para el uso de dicho aparcamiento.

riesgo por parte del concesionario²⁶⁸ vinculada a la duración y objeto del contrato así como a la responsabilidad asumida por el concesionario.

En la regulación que hacía la Directiva 93/37/CE respecto al contrato de concesión de obras, los riesgos inherentes a la construcción, conservación y explotación, se transferían al concesionario, sin perjuicio de que fuera posible instrumentar mecanismos que distribuían el riesgo entre concedente y concesionario, a fin de evitar aquellas incertidumbres que no fueran valoradas positivamente por el mercado de capitales.

La Comunicación interpretativa sobre las concesiones en Derecho comunitario de contratos públicos (2000/C 121/02) ya señalaba que: *“el derecho de explotación permite deducir ciertos indicios para distinguir una concesión de obras de un contrato público. El derecho de explotación permite al concesionario cobrar derechos al usuario de la obra (por ejemplo, mediante peajes o percepción de tarifas) durante cierto período de tiempo. La duración de la concesión constituye, por tanto, un elemento importante de la remuneración del concesionario, que no es directamente remunerado por el órgano de contratación sino que obtiene de éste el derecho a recibir las rentas resultantes de la utilización de las obras realizadas”*.

Esta Comunicación dedujo que en una concesión de obras públicas, el derecho de explotación²⁶⁹ o riesgo operacional que se reconoce al concesionario conlleva a la asunción de los riesgos de ejecución y explotación de la obra.

²⁶⁸ Esta jurisprudencia se ha consolidado en las Sentencias de 15 de octubre de 2009, *ANAV y Acoset* (C-196/08) y en la Sentencia de 13 de noviembre de 2008, *Coditel* (Asunto C-324/07). En la Sentencia del Tribunal de 10 de marzo de 2011, *Privater Rettungsdienst* (Asunto C-274/09) admite el pago por terceros distintos a los usuarios.

²⁶⁹ Dicha Comunicación declaró que la duración de las concesiones se ha de fijar de manera que no limite la competencia más allá de lo que resulte necesario para garantizar la amortización de las inversiones y una remuneración razonable de los capitales invertidos, aun cuando se mantenga por el concesionario el riesgo inherente a la concesión. Se indicaba que el derecho de explotación implica también la transferencia de la responsabilidad de explotación, que engloba los aspectos técnicos, financieros, y de gestión de la obra. Y afirmaba que es al concesionario a quien le incumbe, por ejemplo, la tarea de realizar las inversiones necesarias para que su obra pueda, de forma útil, ponerse a disposición de los usuarios. También recae sobre él la carga de la amortización de la obra. Por otra parte, el concesionario no solo asume los riesgos vinculados a cualquier construcción, sino que deberá también soportar los riesgos vinculados a la gestión y frecuentación del equipamiento -señalaba que habrá que examinar caso por caso, teniendo en cuenta diferentes elementos como el objeto, duración e importe del contrato, la capacidad económica y financiera del concesionario y cualquier otro elemento que permita determinar que el concesionario asume realmente el riesgo-. Dicha Comunicación añadía que de las consideraciones precedentes se deduce que, en una concesión de obras, los riesgos inherentes a la explotación se transfieren al concesionario. Y concluía: *“Cierto es que, aun en el marco de los contratos públicos, puede quedar, en su caso, una parte del riesgo a cargo del contratista. Sin embargo, las contingencias fruto del entramado financiero de la operación, que podríamos clasificar como “riesgo económico”, son inherentes al fenómeno de las concesiones”*. En efecto, este tipo de riesgo, que depende estrechamente de las rentas que el concesionario pueda percibir de la frecuentación, constituye un

Posteriormente, la Directiva 2004/18/CE al definir el contrato de concesión de obras públicas no señalaba como elemento característico de las mismas el riesgo del concesionario durante la explotación del contrato, sino que únicamente establecía que la retribución del concesionario provenía del derecho de explotación que le confiere la entidad adjudicadora, que, en su caso, puede venir acompañado de un precio.

El Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones [COM (2004) 327 final], apartado 46 hacía referencia al período durante el cual el socio privado se ocupará de la explotación de la obra o servicio en función de la necesidad de garantizar el equilibrio económico y financiero del proyecto.

Fue la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre Colaboración público privada y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones de 15 de noviembre de 2005 [COM(2005) 569 final]. donde se apuntó que la principal diferencia de las concesiones con los contratos públicos es el riesgo inherente a la explotación que tiene que soportar el concesionario, quien suele financiar, al menos, una parte de los proyectos.

4.2.1. Especial análisis del alcance del riesgo operacional

Sentado que para la existencia de un contrato de concesión es necesaria la transferencia al concesionario del riesgo de explotación²⁷⁰ corresponde proceder al examen detenido de las notas características de ese riesgo específico de las concesiones que la Directiva denomina “riesgo operacional”:

elemento distintivo importante entre concesiones y contratos públicos. Si los poderes públicos asumen las contingencias vinculadas a la gestión de una obra, asegurando, por ejemplo, el reembolso de la financiación, faltará el elemento de riesgo. En este caso, la Comisión consideraba que se trataba de un contrato público de obras y no de una concesión. Las mismas consideraciones se hacían respecto a los contratos de concesión de servicios públicos.

²⁷⁰ Sin explotación no es posible hablar de concesión, tampoco de asunción de riesgo por el empresario como advierte VILLAR ROJAS, F. J., en su trabajo “La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios...”, *op. cit.*, pág. 158 al analizar esta técnica en el ámbito sanitario y de los servicios sociales.

A. En primer lugar, cabe señalar que el riesgo operacional es de carácter económico²⁷¹ pues está vinculado a una explotación económica²⁷². La propia Directiva dice que 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 (Considerando 20). Ello significa que no esté garantizado que el concesionario 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 en condiciones normales de funcionamiento. De manera que existirá concesión aun cuando la remuneración proceda exclusivamente del poder o entidad adjudicadora, siempre que “*la recuperación de las inversiones y costes satisfechos por el operador para la ejecución de las obras o la prestación de los servicios dependa de la demanda o del suministro efectivos de esos bienes o servicios*” (Considerando 18).

Por lo tanto, si bien el origen de las rentas es un elemento significativo, lo determinante es la presencia del riesgo de explotación vinculado a la inversión realizada o a los capitales invertidos. Así, la posibilidad de percibir un pago²⁷³ por parte del órgano de contratación, en principio, no alteraría la naturaleza de la concesión siempre que no elimine el riesgo asumido por la explotación²⁷⁴. Por ello será fundamental analizar la verdadera naturaleza del contrato al margen de la calificación o *nomen iuris* que se halla dado por parte del órgano de contratación.

²⁷¹ Como bien apunta VILLALBA PÉREZ, F., en “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”, *REALA*, núm. 2, julio-diciembre 2014, pág. 11, la especificación que el riesgo es de carácter económico permite excluir dentro del riesgo operacional otros riesgos que se puedan presentar durante el desarrollo del contrato.

²⁷² Esta idea es fundamental pues la propia Directiva en el Considerando 6 *in fine* ya señala que los servicios no económicos de interés general deben quedar excluidos del ámbito de su aplicación.

²⁷³ Son frecuentes los supuestos en los que el Estado asume parcialmente el coste de explotación a través de diferentes fórmulas: importe garantizado a tanto alzado, importe fijo pagado en función del número de usuarios (o “precios sociales”) como son los “peajes ficticios” o “peajes a la sombra” muy habitual en las autopistas.

²⁷⁴ En todo caso y haciendo un estudio de los supuestos recogidos en los Considerandos 12 a 17 de la Directiva no serán concesiones: la mera financiación de una actividad, en particular por medio de subvenciones, los sistemas que permitan el acceso permanente de los operadores económicos a la prestación de determinados servicios bajo condiciones de transparencia y no discriminación, pudiendo los clientes elegir entre los distintos operadores autorizados; las autorizaciones que establezcan las condiciones para el ejercicio de una actividad económica; los acuerdos que reconozcan el derecho de un operador económico para explotar determinados bienes o recursos de carácter público sin contratar obras o servicios específicos; los acuerdos que confieren derechos de paso relativos a la utilización de bienes públicos inmobiliarios para el suministro o explotación de líneas fijas o redes destinadas a prestar un servicio público, en la medida que no impongan la obligación de suministro de servicio ni impliquen adquisición alguna de servicios; los contratos que no conlleven pagos al contratista o en los que éste reciba su retribución de acuerdo con tarifas reglamentarias que cubran la totalidad de los costes e inversiones realizadas.

B. Este riesgo que se transfiere al concesionario no tiene que ser total pues una parte del riesgo lo puede seguir asumiendo el poder o entidad adjudicador (artículo 5.1 de la Directiva), ya que sería excesivo exigir que el concesionario asumiese todos los riesgos inherentes a la construcción y explotación de la obra²⁷⁵. En todo caso, para afirmar que se trata de una concesión, se deberá transferir al concesionario una parte significativa del riesgo de explotación²⁷⁶ (Considerando 19, 2ª parte), sin que sea preciso transferir riesgos económicos superiores a los que existe en el sector de acuerdo con la normativa aplicable sobre los que la entidad adjudicadora carece de margen de decisión²⁷⁷. En definitiva, no es óbice para poder afirmar que un contrato es una concesión el hecho que el riesgo esté limitado desde el inicio por razón de la configuración jurídico-pública del servicio. Esto es lo que ocurre en aquellos sectores con tarifas reglamentadas, y siempre que no cubra la totalidad de los costes e inversiones soportados por el concesionario, incluida la que corresponda por extinción anticipada de la concesión por motivos atribuibles al poder o entidad adjudicadora o por causas de fuerza mayor (Considerando 19 de la Directiva). Además, cabe señalar que esta limitación del riesgo en muchas ocasiones viene determinada por el sector²⁷⁸ del contrato en cuestión.

C. Este riesgo operacional de carácter económico está ligado al devenir del mercado, ya que la parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real²⁷⁹ a las incertidumbres del mercado²⁸⁰ que no sea meramente nominal o desdeñable,

²⁷⁵ En este sentido, el Tribunal se pronunció en la Sentencia ya mencionada de 10 de septiembre de 2009, *Eurawasser* (C-206/08), apartado 29; y en la Sentencia de 10 de noviembre de 2011, *Norma-A y Dekom* (C-348, 10) apartado 45. Respecto a la evolución de esta jurisprudencia me remito al trabajo realizado por CARANTA, R (2012) “La Corte de giustizia ridimensiona la rilevanza del rischio di gestione”, en *Urbanística e appalti*, núm. 3, 2012, págs. 291 a 297.

²⁷⁶ Al no determinar la Directiva exactamente un límite, se deberá analizar caso por caso si supone la asunción de una parte significativa del riesgo, examen que no está exento de riesgo. Al respecto, cabe hacer referencia a la jurisprudencia del Tribunal en las Sentencias de 10 de septiembre de 2009, *Eurawasser* (Asunto C-206/08), Sentencia de 10 de marzo de 2011, *Privater Rettungsdienst* (Asunto C-274/09), y de 10 de noviembre de 2011, *Norma-A y Dekom* (Asunto C-348/10), y apartado 75 de la Sentencia de 10 de septiembre de 2009 (Asunto C-206/08) al afirmar que: “...no sería razonable pedir a la autoridad pública concedente que cree condiciones de competencia y de riesgo económico superiores a las que existen en el sector en cuestión debido a la normativa aplicable”.

²⁷⁷ LAZO VITORIA, X., “El futuro del mercado concesional...”, *op. cit.*, pág. 154. A este respecto, sostiene la Junta Consultiva de Contratación de la Administración del Estado en el Informe núm. 69/09, de 23 de julio de 2019 que: “el establecimiento de cláusulas que supongan una reducción parcial del riesgo asumido por el concesionario no es contrario a la naturaleza propia de las concesiones siempre que no desaparezca el núcleo de tal asunción. Es decir siempre que, considerado en término de vida de la concesión, el concesionario haya asumido el riesgo derivado de la explotación de la obra o del servicio en su conjunto, aun cuando éste haya podido estar limitado o incluso excluido durante un cierto periodo o en relación a determinadas circunstancias”.

²⁷⁸ A nivel interno así lo ha entendido la doctrina, entre otras, las Resoluciones del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid núm. 103/2014, Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales núm. 204/2013 y el Tribunal Administrativo de Recurso de la Junta de Andalucía núm. 95/2015.

²⁷⁹ De esta manera, se consigue la efectiva traslación del riesgo: no puede existir concesión sin la traslación del riesgo de explotación, esta premisa es consubstancial a la existencia de un contrato de concesión tal y como he expuesto de la jurisprudencia comunitaria. Esta idea de diferenciar riesgos conecta con la referencia que se hace el

si bien la Directiva no especifica si esta exposición a las incertidumbres del mercado es en general o tiene que ser en todo momento²⁸¹. En todo caso, como el objetivo es que el riesgo sea real, el legislador regula la duración del plazo de las concesiones como forma para hacerlo efectivo.

En ningún caso -señala el Considerando 17- esta Directiva debe aplicarse a los contratos que no conlleven pagos al contratista y en los que éste reciba su retribución de acuerdo con tarifas reglamentadas calculadas de manera que cubran la totalidad de los costes e inversiones que este haya soportado para prestar el servicio. Tampoco estaría justificado que el poder adjudicador o entidad adjudicadora aliviase²⁸² 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 (Considerando 18) ni que la reglamentación específica del sector eliminase 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 (Considerando 19).

D. Este riesgo operacional si bien es previsible ha de ser incierto, es decir, se entiende que debe derivarse de factores externos que escapen del control de las partes²⁸³

legislador en el Considerandos 68 de la Directiva relativo que en el contrato de concesiones el concesionario asume “riesgos” que tradicionalmente asumían los poderes adjudicadores o entidades adjudicadoras. Existe pues una labor de redirreccionar riesgos a quien realmente debe asumirlos de conformidad con las singularidades propias del contrato de concesión a diferencia de los contratos en general.

²⁸⁰ Dicha referencia ya la había establecido la jurisprudencia comunitaria en las Sentencias *Norma-A* y *Dekom* (apartado 48) y Sentencia *Eurawasser* (apartados 66 y 67) ya analizadas.

²⁸¹ En el trabajo “La inversión en infraestructuras públicas en España”, Propuesta de mejora en el marco legal y la práctica de la contratación pública en materia de contrataciones y colaboración público-privada, de la Comisión de Concesiones y servicios de la Confederación Española de organizaciones Empresariales (CEOE), octubre 2013, pág. 30, considera que este criterio debe cumplirse en relación con la totalidad de la vida del contrato, de modo que resultaría perfectamente compatible con él que, en determinados períodos de la concesión (por ejemplo sus primeros años), se garantizara la recuperación de costes.

²⁸² Por eso, las concesiones de servicio de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera, reguladas en el Reglamento 1370/2007 están excluidas expresamente en el artículo 10.3 de la Directiva 2014/23/UE al existir compensación y les será de aplicación exclusivamente este reglamento. Sobre el ámbito de aplicación de este Reglamento me remito a la reciente Resolución núm. 70/2017 del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público que aborda esta cuestión recogiendo la Sentencia del Tribunal de 27 de octubre de 2016 *Hörmann Reisen* (C-292/15) que reconoce: “41 De lo anterior se deriva que, a afectos de la adjudicación de un contrato de servicio público de transporte de viajeros en autobús, como la controvertida en el asunto principal, solo no se aplican las disposiciones del artículo 5, apartados 2 a 6, del Reglamento n.º 1370/2007, mientras que las demás disposiciones de este Reglamento siguen siendo aplicables”.

²⁸³ En la Sentencia de 18 de julio de 2007, *Comisión Italia* (Asunto C-382/05), el Tribunal concluyó, en relación a un contrato de utilización de la fracción residual de residuos urbanos, que la empresa contratista no asumía el riesgo de explotación del servicios ya que, si bien la entidad adjudicadora determinaba la retribución mediante un canon fijo por tonelada de residuos transferida, garantizaba que todos los municipios afectados trasladasen a la empresa, por una parte, la totalidad de su fracción residual y, por otra, una cantidad mínima anual de residuos. Además, los pliegos preveían la adaptación del importe del canon en los supuestos en los que la cantidad anual efectiva de residuos

ajenos a las condiciones en las que el concesionario ejecuta el contrato. Entre los factores externos señalados por la jurisprudencia del Tribunal (Sentencia *Norma-A y Dekom*), cabe destacar los riesgos anteriormente expuestos derivados de enfrentarse a la competencia de otros operadores; un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios; la insolvencia de los deudores por los servicios prestados, que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación y el de la responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio²⁸⁴.

Mientras que, de acuerdo con el Considerando 20 de la Directiva, aquellos riesgos vinculados a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económicos o a situaciones de fuerza mayor, no serán determinantes a efectos de la calificación como concesión pues son factores que son propios de todos los contratos²⁸⁵.

4.2.2. Clases de riesgo operacional. Riesgo de demanda y Riesgo de oferta: riesgo de suministro vinculado a la demanda

De lo estudiado hasta el momento, partiendo que el concesionario tiene que asumir un riesgo económico de la explotación pero que no tiene que asumir todos los riesgos -compartimentación del riesgo operacional con el poder o entidad adjudicadora- el artículo 5.1 *in fine* de la Directiva concreta que, para que podamos estar ante una concesión, se debe transferir al concesionario el riesgo de demanda o el riesgo de

transferida fuera inferior al 95 por ciento o superior al 115 por ciento, así como la revalorización anual del canon en función de la evolución de diversos costes.

²⁸⁴ En la Sentencia de 10 de marzo de 2011, *Privater Rettungsdienst* (C-274/09), el Tribunal afirma que existe riesgo de explotación aunque sea muy limitado cuando el importe de los precios por la utilización de los servicios depende del resultado de negociaciones anuales con terceros, sin que se le garantice al concesionario la cobertura íntegra de los costes soportados. No afecta a esta consideración el hecho de que los precios no sean pagados directamente por los usuarios, sino por una oficina liquidadora central encargada de recaudar y abonar esos importes en forma de pagos a cuenta periódicos; puesto que todas las remuneraciones del prestador de servicio proceden de personas distintas de la entidad adjudicadora que le ha atribuido el contrato (apartados 29 y 48).

²⁸⁵ En este sentido se pronunció la Sentencia del Tribunal de 10 de noviembre de 2011, *Norma-A y Dekom* (C-348/10) al afirmar en el apartado 49: “*En cambio, riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico no son determinantes a efectos de calificar un contrato como contrato público o como concesión de servicios, puesto que tales riesgos, en efecto, son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios (Sentencia Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, antes citada, apartado 38)*”. En esta Sentencia el Tribunal resuelve que el contrato en cuestión se trataba de un contrato de servicio la prestación de un servicio de transporte público retribuido por los usuarios con arreglo a tarifas establecidas, en tanto que la entidad adjudicadora debe compensar al prestador las pérdidas derivadas de la explotación y además se le garantiza una cantidad en concepto de beneficio (apartados 48 a 49 y 52 a 55). La Comunicación interpretativa de 2000 también entendía como riesgo inherente a todo contrato los riesgos resultantes de cambios normativos o el riesgo de obsolescencia técnica.

suministro o los dos: riesgo de demanda y riesgo de suministro²⁸⁶ sin que dicho precepto diga nada más, ni defina ni indique ningún aspecto de ambos tipos de riesgos.

El Considerando 20 añade más información, lo hace en términos poco precisos²⁸⁷, pero como tendré ocasión de exponer, finalmente va a permitir comprender el alcance de los riesgos. Así, por riesgo de demanda, afirma que es “*el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato*” (demanda real de las obras o servicios), y por riesgo de oferta “*el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular, el riesgo de que la prestación no se ajuste a la demanda*”. Ésta es la única definición de la Directiva relativa a los dos tipos de riesgos que conforman el riesgo operacional pues en el articulado no se acaban de perfilar dichos conceptos. Al respecto, cabe destacar que en el articulado se hace referencia al riesgo de suministro y en los Considerandos, cuando se intenta dar un poco de luz a los tipos de riesgos que configuran el riesgo operacional, aparece el término de riesgo de oferta²⁸⁸. De nuevo, esta falta de definición del riesgo de suministro junto a esta doble terminología, nos obliga a plantearnos si, el riesgo de oferta que tímidamente se intenta definir en el Considerando 20 al incluir en la definición el riesgo de suministro, son términos equivalentes o si el riesgo de oferta incluye el riesgo de suministro.

Como quiera que la presencia de este riesgo operacional es determinante para la existencia de la concesión de la Directiva, resulta obligado en este trabajo determinar el contenido y alcance de estos dos riesgos²⁸⁹.

²⁸⁶ Esta redacción final tiene su origen en las enmiendas 65 y 84 presentadas por la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor del Parlamento Europeo (*Documento de sesión de 1 de febrero de 2013*, págs. 56 a 57 y 66).

²⁸⁷ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L., en “La nueva Directiva de concesiones...”, *op. cit.*, pág. 185.

²⁸⁸ De acuerdo con el texto de la Directiva en inglés, tanto el Considerando 20 como el artículo 5 se refieren al *supply risk* que, de acuerdo con la definición dada por el Cambridge Diccionario significa “*to provide something that is wanted or needed in large quantities and over a long period of time*”, es decir, proveer algo que es querido o necesitado en grandes cantidades o largos períodos de tiempo –característica propia del contrato de todo contrato de concesión. Por lo tanto, teniendo en cuenta esta redacción, parecería acertada la traducción como riesgo de suministro. Sin embargo en la redacción francesa se refiere al riesgo de oferta, en concreto *risque lié à l’offre* –la redacción en italiano también hace referencia al *rischio sul lato dell’offerta* dentro del *rischio operativo*. Así las cosas, en la traducción al español se produce un baile de referencias: del riesgo de suministro en el articulado al riesgo de oferta en el Considerando 20. La referencia al riesgo de oferta –terminología más cercana a la teoría económica– se encuentra en el Considerando de manera que éste último debe de guiar la correcta aplicación e interpretación del articulado, mientras que son los preceptos los que se han de aplicar, esto es, riesgo de suministro. En todo caso, recordemos el Informe emitido por el *Center for Strategy & Avaluation Services* previo a la elaboración de la Directiva que ya señalaba que la definición de las concesiones de servicios existente en la legislación de la Unión Europea presentaba dificultades para ser transpuesta a los ordenamientos internos en los mismos términos operacionales.

²⁸⁹ Un sector de la doctrina se ha pronunciado al respecto, me remito a los trabajos de LAZO VITORIA, X., en “Contratos públicos, concesiones y contratos mixtos” en *Observatorio de los Contratos Públicos, número monográfico especial (2015), Las nuevas Directivas de Contratación Pública*, GIMENO FELIÚ, J. M. (dir.), Civitas,

Es importante destacar que durante la tramitación de la Directiva, la redacción del artículo relativo al riesgo se vio alterada ya que la propuesta hacía referencia al “riesgo operacional sustancial”²⁹⁰ -*sustancial operating risk*- y diferenciaba dentro del riesgo económico:

- a) riesgo relacionado con el uso de las obras o la demanda de la prestación del servicio, o
- b) riesgo relativo a la utilidad²⁹¹ de las infraestructuras prestada por el concesionario o utilizada para la prestación de servicios a usuarios.

El Comité de las Regiones en su Dictamen sobre la Directiva (2012/C 277/09) – en la línea del Libro Verde del año 2004- consideró que la definición inicial de la propuesta de Directiva superaba con creces la jurisprudencia del Tribunal²⁹² que no

Cizur Menor, 2015, págs. 425 a 436; HERNÁNDEZ GONZÁLEZ F. L., en “La nueva Directiva de concesiones...”, *op. cit.* págs. 183 a 191 y MÍQUEZ MACHO, L., en “La distinción entre las concesiones de servicios...”, *op. cit.* págs. 400 a 405. Resultan de interés las reflexiones de LAZO VITORIA, X., “El futuro del mercado concesional en Europa...”, *op. cit.*, págs. 137 a 174. En este trabajo advierte que mientras el legislador comunitario incluye en la propuesta de Directiva el “riesgo operacional sustancial” a los de uso y de disponibilidad, el mercado concesional (por lo menos en lo que respecta a las grandes infraestructuras de transporte) muestra una clara preferencia por retribuir al concesionario en base a estándares de disponibilidad. De ahí la oposición o, cuando menos, fuertes recelos que la Directiva concesiones ha despertado en las empresas concesionarias españolas. Es imprescindible que los riesgos que se transfieran al operador privado en virtud del contrato “*no excedan de los que una diligente gestión empresarial pueda prever y asumir, es decir, aquellos que pueda gestionar*” y, por lo mismo, LAZO VITORIA subraya la necesidad de flexibilizar el concepto de “riesgo operacional sustancial” contenido en la propuesta Directiva.

²⁹⁰ La Comisión consideró que, ante la dificultad de evaluar el carácter sustancial del riesgo transferido, la referencia a la falta de garantía del “equilibrio” es la única manera de garantizar un cierto nivel de seguridad jurídica (Documento no oficial de la Comisión-Dirección General del Mercado Interior-de 17 de febrero de 2012, pág. 9, disponible en http://www.parlament.gv.at/PAKT/EU/XXIV/EU/07,31/EU_73104/imfname_10019124.pdf).

²⁹¹ VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA, R., “Proyecto de Directiva de concesiones...”, *op. cit.*, págs. 58 a 60, afirma: “*Es decir, conforme a la Directiva proyectada, para que un contrato se considere concesión —y, por ende, se rija por esa norma— es preciso que el concesionario cumulativamente asuma de forma muy significativa, o bien el riesgo de demanda, o bien el riesgo de disponibilidad, que son los riesgos precisos para que la concesión pueda considerarse como leasing operativo, y en consecuencia quedar fuera del balance de la Administración, según la normativa SEC 95 de Eurostat. No se incluye expresamente el riesgo de construcción (retrasos en la construcción, sobrecostes, incumplimiento de estándares de calidad, deficiencias técnicas y externalidades negativas), que ha de asumirse también mayoritariamente por el concesionario si se pretende que la infraestructura no consolide en las cuentas públicas*”. Desde el mundo académico, sirva el trabajo de SÁNCHEZ SOLIÑO, A., “Optimización de la transferencia de riesgos en los contratos de infraestructuras y servicios públicos”, *Hacienda Pública Española* núm. 201, 2012, págs. 67 a 91, en el cual se propone para el caso específico de las autopistas de peaje “*reducir la transferencia del riesgo de demanda y profundizar en la transferencia del riesgo de disponibilidad, mediante la utilización de los indicadores de calidad que se han desarrollado en los últimos años respecto del mantenimiento de las infraestructuras viarias*”, pág. 88.

²⁹² En el Informe del Comité de las Regiones (DOUE 277/74 de 13.9.2012) Enmienda 12, Artículo 2 apartado 2, Exposición de Motivos se indicaba que: “*El concepto de “sustancial” referido al riesgo operacional debe evitarse. Definir o delimitar un elevado riesgo operacional, diferenciándolo de la obligación de servicio público, presenta por lo general problemas considerables a nivel municipal. La definición de “riesgo operacional sustancial” recogida en el proyecto de Directiva supera con creces la jurisprudencia del Tribunal que no plantea exigencias demasiado excesivas en cuanto al riesgo económico*”. Incluso en el caso de una obligación de conexión y de utilización en el ámbito del suministro de agua -Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de septiembre de 2009, *Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha*, C-206/08, apartados 72 a 76- el Tribunal parte de la hipótesis de una concesión de

planteaba exigencias demasiado excesivas en cuanto al riesgo económico. También cabe destacar que hubo diferentes sectores²⁹³ que propusieron suprimir el riesgo de demanda en favor del riesgo de disponibilidad -principalmente el sector de las infraestructuras de transporte- atendiendo al grado de cumplimiento y vinculando los ingresos del concesionario bien a niveles de inversión en la infraestructura bien a indicadores de calidad del servicio prestado.

En la redacción final de la Directiva desapareció el carácter “sustancial” del riesgo transferido, permaneciendo la consideración que el concepto de concesión es compatible con el hecho que “*parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador*” (Considerando 18) y que, el hecho de que el riesgo esté limitado desde el inicio no impedirá que el contrato se considere una concesión (Considerando 19). Igualmente se suprimió la referencia al riesgo de disponibilidad y se sustituyó por el riesgo suministro mientras que el riesgo de demanda se mantuvo.

Si bien el concepto y alcance del riesgo de demanda -*demand risk*- vinculado a la frecuentación o uso queda claro en la Directiva, además de haber sido el criterio que tradicionalmente se ha ido utilizando y que se ha ido analizando por la jurisprudencia para entender que el riesgo de explotación se transfería al concesionario²⁹⁴, más problemas interpretativos presenta el riesgo de suministro al aparecer *prima facie* en la Directiva de cuarta generación. En efecto, los primeros contratos de colaboración

servicios que no está sujeta a la normativa de contratación público. El Tribunal en la Sentencia de 13 de noviembre de 2008, *Comisión/Italia* (As. C-437/07) entiende que cuando el concesionario recibe un importe fijo en concepto de explotación de la obra, la garantía de la retribución del concesionario de obra pública elimina su riesgo en la ejecución del contrato, y la ausencia del concesionario trae como consecuencia la calificación del contrato como de obras, en lugar de concesión de obras públicas y consecuentemente la aplicación al contrato de un régimen distinto. En la Sentencia de 10 de septiembre de 2009, *Eurawasser* (As. C-206/08) entiende que: “*es necesario que transfiera al concesionario la totalidad, o al menos una parte significativa, del riesgo de explotación que corre para que se considere que existe una concesión de servicios*”. Y, en la Sentencia de 25 de marzo de 2010, *Helmut Müller*, (As. C-451/08) el Tribunal afirma que en los casos en los que el concesionario se le reconoce el derecho de propiedad sobre los bienes construidos puede dudarse de la existencia de riesgo de explotación.

²⁹³ Así en las primeras Sentencias del Tribunal sobre concesiones como en la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre concesiones de la Comisión de 2000 indicaba que el riesgo del concesionario depende estrechamente de las rentas que pueda percibir de la frecuentación. Si bien durante la tramitación de la Directiva determinado sector vinculado con las infraestructuras pretendió residenciar todo el riesgo operacional en el riesgo de disponibilidad y no en el riesgo de demanda. De esta manera, se supera la concepción inicial del riesgo de la Comunicación interpretativa sobre concesiones del año 2000 (apartado 2.1.2, 121.4 y nota 3) que afirmaba que el riesgo económico inherente a las concesiones “*permanece si la remuneración depende del nivel de frecuentación*”. Los pagos van a depender del efectivo cumplimiento por el concesionario de las condiciones establecidas en el contrato. En este sentido, VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA, R., “Proyecto de Directiva de concesiones...”, *op. cit.*, págs. 58 a 60, y LAZO VITORIA, X., “El futuro del mercado concesional...”, *op. cit.*, págs. 137 a 174.

²⁹⁴ Entre otras, me remito a las Sentencias del Tribunal *Teleaustria* (As. C- 324/98); Sentencia *Parking Brixen* (C-458/03) y Sentencia *Wasser* (C-206/08) ya analizadas.

públicos-privados (CPP)²⁹⁵ se basaron en el riesgo de demanda²⁹⁶ que se transfería al agente privado, si bien en los últimos años la tendencia ha sido que el riesgo de demanda permanezca en el lado de la Administración. En concreto, se ha extendido el planteamiento iniciado en el Reino Unido que los contratos llevados a cabo en el marco de las CPP se basen en el pago por disponibilidad al contratista²⁹⁷ ya que en determinados supuestos la demanda real ha sido inferior a la prevista y como consecuencia de la crisis económica del 2008 que ha supuesto por parte de determinadas entidades la negativa de la financiación de los proyectos que suponían una transferencia sustancial del riesgo de demanda al agente. Este cambio es importante para poder entender el cambio de planteamiento y esta flexibilización²⁹⁸ en el reparto de los riesgos para poder calificar el contrato como concesión desde la óptica comunitaria que inicialmente se focalizaba en el riesgo de demanda.

A ello se debe añadir, como afirma SÁNCHEZ SOLIÑO²⁹⁹, que las necesidades prácticas de las Administraciones Públicas van claramente por delante de la reflexión teórica, de manera que no existe un planteamiento teórico que avale de forma general las soluciones habituales de transferir el riesgo de demanda, en su totalidad, al agente, o,

²⁹⁵ Como bien indican SUBERVIOLA GARMENDIA, A.; COLINA LÓPEZ J. y FREIRE AURICH F., en el trabajo “La financiación de las colaboraciones público derivadas: problemática actual y perspectivas de futuro”, *Master en Gestión de Infraestructuras, Equipamientos y Servicios, Universidad Politécnica de Madrid, Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos*, Madrid 28 de julio de 2015, págs. 10 a 11, [On line] <http://87.98.229.209/~csg/proyectos2014-2015/GRUPO%20JAJME%20COLINA.pdf> es importante aclarar términos que a menudo se utilizan indistintamente. Existen dos modelos: el modelo francés del “*Partenariat*” y el modelo británico de los “*Public Private Partnerships*”. El *Partenariat* es una manera de diseñar y ejecutar determinadas políticas públicas sobre la base de la colaboración entre los poderes públicos y el sector privado. Los “*Public Private Partnerships*” o CPP son acuerdos institucionales capaces de movilizar los recursos necesarios en la gestión pública en los que participan actores tanto del sector público como del privado. Las CPP pueden adoptar múltiples formas como el diseño, construcción y mantenimiento, o edificación, propiedad, explotación y transferencia. La elección del modelo depende de factores como los objetivos del gobierno, la naturaleza del proyecto, la disponibilidad de financiación y la actividad que el sector privado pueda desarrollar. El “*Public Private Partnerships*” se puede definir como una fórmula jurídica que acoge diferentes formas de cooperación, a medio-largo plazo entre la Administración pública y el ámbito empresarial y/o sociedad civil cuyo objetivo es la utilización de financiación y técnicas privadas para introducir la innovación en la prestación de un servicio prestado o no prestado tradicionalmente por el sector público. En este contexto, un “*Public Private Partnership*” es una fórmula que permite desarrollar de manera conjunta productos o servicios, distribuyendo los riesgos, costes y beneficios. La traducción de la expresión “*Public-Private Partnership*” como “Colaboración Público-Privada” no goza de unanimidad, pero sí está bastante extendida. Algunos autores prefieren traducirla como “Asociación Público-Privada”, argumentando, entre otras razones, que el término inglés “*partnership*” implica una relación más estructurada que la mera colaboración.

²⁹⁶ En concreto, en contratos para la construcción y mantenimiento de carreteras (o bien solo de mantenimiento), basados en el peaje al usuario (en lo que sería una concesión tradicional) o en el denominado *canon de demanda* o *peaje en sombra*, en el que es la Administración quien paga una tarifa por cada usuario.

²⁹⁷ Vid. STANDARD & POOR’S: *The evolution of DBFO payment mechanisms: one more of the road?*, Londres: Standard & Poor’s.

²⁹⁸ Los Considerandos 1 y 8 de la Directiva hacen referencia a la necesidad de flexibilizar la figura de la concesión respecto a la coordinación mínima entre los Estados miembros, consciente el legislador que el requisito de la transferencia del riesgo de demanda en ocasiones puede ser excesiva o difícil atendiendo al sector en concreto que se trate.

²⁹⁹ SÁNCHEZ SOLIÑO, A., “Optimización de la transferencia de riesgos...”, *op. cit.*, pág. 71

por el contrario, excluir cualquier transferencia del riesgo de demanda, basando la relación contractual exclusivamente en la transferencia del riesgo de disponibilidad.

Del estudio de esta tipología de riesgos, cabe indicar que los dos riesgos que recogía la propuesta de Directiva: riesgo de demanda y riesgo de disponibilidad eran coincidentes con los riesgos con el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea³⁰⁰ -que son riesgo de construcción, riesgo de demanda y riesgo de disponibilidad. Sobre este punto³⁰¹, considero oportuno hacer una breve referencia a la normativa del Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea (SEC-2010) que los organismos de la Unión Europea han desarrollado para aclarar los requisitos que deben cumplir las formas de CPP para que las inversiones realizadas por estas últimas queden efectivamente fuera del ámbito de las Administraciones Públicas desde el punto de vista de la contabilidad nacional. Con esta finalidad, se dio origen a la decisión de EUROSTAT (2004), que basaba la externalización contable de las inversiones realizadas por las CPP en la efectiva transferencia de riesgos al agente privado. Así, para considerar que una determinada inversión realizada por una CPP fuera atribuible al socio privado, y no a la Administración correspondiente, era necesario que una serie de riesgos fueran asignados mayoritariamente al socio privado: en todo caso debía asumir el riesgo de construcción además del riesgo de demanda³⁰² o bien el riesgo de disponibilidad. Esta recomendación

³⁰⁰ La Oficina Estadística de la Comisión (EUROSTAT) es el organismo comunitario al que el Reglamento (CE) 2223/96 del Consejo, de 25 de junio, relativo al sistema de cuentas nacionales y regionales, atribuye la supervisión de las cuentas nacionales de los estados miembros, y de los contratos y operaciones que se incluyen en las mismas, a fin de garantizar y verificar la aplicación de criterios contables uniformes en toda la Comunidad (sistema contable SEC 2010). Además este organismo estadístico es el encargado del seguimiento y verificación del cumplimiento del Pacto de Estabilidad y Crecimiento por parte de los Estados miembros. EUROSTAT a través de su oficina estadística ha ido estableciendo criterios para el tratamiento en las cuentas nacionales de las Asociaciones Público-Privadas, que contiene la interpretación auténtica de la Comisión Europea, a través de su oficina estadística, para determinar en este tipo de relaciones dónde deben computarse los activos sobre los que se prestan los servicios y la financiación precisa para constituirlos y mantenerlos, si en las cuentas de la Administración cuyas necesidades se cubren con el contrato o en las del contratista o socio privado. Según EUROSTAT, los gastos iniciales de inversión relativos a los activos serán registrados como formación bruta de capital fijo de las Administraciones Públicas, con efecto negativo sobre el déficit o superávit público. Como contrapartida de este gasto público, la deuda pública aumentará bajo la forma de un “préstamo imputado” del socio privado, que se incluye en el concepto de “endeudamiento público” a efectos del Procedimiento de Déficit Excesivo. Los pagos regulares que la Administración efectúe al socio privado durante los años de duración del contrato, deberán desglosarse en tres partes diferenciadas: amortización del préstamo imputado, intereses efectivos del préstamo imputado y, en su caso, inversión o consumos intermedios. Por el contrario, si el socio privado soporta el riesgo de construcción y al menos uno de los riesgos de demanda o de disponibilidad, el activo se registrarán por el importe de los pagos regulares que la Administración pública realice al socio privado, una vez iniciada la fase de explotación, los cuales tendrán incidencia sobre el déficit o superávit público al contabilizarse las compras de servicios (consumos intermedios).

³⁰¹ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L., “La controvertida supresión del contrato de gestión de servicios públicos...”, *op. cit.*, pág. 51 afirma que el riesgo operacional tiene su origen en el Sistema Europeo de Cuentas Públicas SEC 95 y SEC 2010.

³⁰² Sobre los criterios de EUROSTAT, me remito a los trabajos de VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., “Colaboración público-privada, estabilidad presupuestaria...”, *op. cit.* págs. 446 a 450; HERNANDO RYDINGS, *La colaboración*

se acoge en el vigente Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea (SEC 2010)³⁰³ para lo que éste denomina “asociaciones público-privadas”.

De la comparativa entre la redacción definitiva de la Directiva y el SEC 2010 se pone de manifiesto que el riesgo de suministro que se introduce en la Directiva para calificar un contrato como concesión no estaba recogido en el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea, ni tampoco coinciden exactamente los criterios pues para que exista una concesión es suficiente con la transferencia del riesgo de demanda, mientras que el SEC 2010 atiende al cómputo del riesgo de demanda o riesgo de disponibilidad y necesariamente se ha de transferir el riesgo de construcción.

Desde la óptica contable, el riesgo de demanda³⁰⁴ hace referencia a todos aquellos que cubren variaciones en la demanda (superior o inferior a la prevista a la

público-privada..., *op. cit.*, págs. 123 y ss, y MACHO PÉREZ A. y MARCO PEÑAS, E., “El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda públicos: análisis de los criterios de Eurostat”, *RAP* núm. 194, 2014, págs. 437 a 474.

³⁰³ De acuerdo con la nueva regulación SEC 2010 aprobada por el Reglamento (UE) núm. 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea (*DO L* 174 de 26.6.2013) que ha ido delimitando los supuestos en los que una determinada operación computa a efectos de déficit público por aplicación de los criterios de contabilidad recogidos en el SEC (2010). En relación a cómputo déficit de las operaciones de las Administraciones Públicas se indica que: “*Propiedad económica y asignación del activo 20.283 Al igual que sucede con los contratos de arrendamiento, para determinar quien 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) *Riesgos 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”.*

Los efectos sobre dichas cuentas se registrarán por el importe de los pagos regulares que la Administración Pública realice al socio privado, una vez iniciada la fase de explotación, los cuales tendrán incidencia sobre el déficit o superávit público al contabilizarse las compras de servicios (consumos intermedios). 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 los riesgos. Así, el punto 20.284 del Manual del SEC 2010 señala que en estas operaciones “*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*”.

firma del contrato) y que no dependen de la actuación del socio privado. Es decir, un desplazamiento de la demanda no puede estar vinculado a una calidad o cantidad insuficiente de los servicios prestados por el socio, sino que debe resultar de otros factores como pueden ser el ciclo económico, un cambio en las preferencias de los usuarios finales u obsolescencia tecnológica, y forma parte del riesgo económico que asumen las entidades privadas en una economía de mercado.

Mientras que el riesgo de disponibilidad³⁰⁵ -en la propuesta de Directiva “*the risk related to the availability*”- hace referencia a todos los supuestos en los que durante la explotación³⁰⁶ del activo se reclama la responsabilidad del socio a causa de una gestión deficiente³⁰⁷, el volumen es inferior al contractualmente convenido o su nivel de

³⁰⁴ Según MARTÍNEZ MANZANEDO, R., en “La contabilidad de la colaboración público-privada en el contexto del Sistema Europeo de Cuentas (SEC 95)”, en *Presupuesto y Gasto Público 45/2006: 187 a 196*, Secretaría General de Presupuestos y Gastos 2006, Instituto de Estudios Fiscales, 2006, pág. 196, la evaluación del riesgo de demanda exige analizar una serie de factores que pueden sintetizarse en los siguientes puntos:

-Analizar el sistema de fijación de la tarifa que la Administración Pública debe abonar al socio privado por la prestación de los servicios fijados en el contrato, comprobando si dicha tarifa se calcula en función del nivel efectivo de demanda.

-Estudiar el efecto en el contrato de cláusulas que garanticen pagos mínimos al socio privado, o de aquellas que impongan limitaciones contractuales a la posibilidad de que el socio realice beneficios adicionales.

-Comprobar que las tarifas por tramos de uso del servicio están calculadas sobre la base de estudios de variabilidad de la demanda.

³⁰⁵ La evaluación del riesgo de disponibilidad exige un estudio pormenorizado de diversos aspectos, (MARTÍNEZ MANZANEDO, R., “La contabilidad de la colaboración público-privada...”, *op. cit.*, 2006, pág. 195:

-Verificar que en el contrato se fijan los parámetros que permiten valorar la calidad de cada uno de los servicios suministrados por el socio privado (de forma individualizada) y el nivel de disponibilidad del servicio.

-Constatar que el contrato prevé la aplicación de deducciones, determinadas con claridad y precisión, para cada uno de los parámetros utilizados para medir la calidad y disponibilidad de los servicios.

-Comprobar que contractualmente se determina la periodicidad (mensual, trimestral u otra) para llevar a cabo las mediciones sobre las posibles existencias de fallos en la calidad y en el nivel de disponibilidad.

-Verificar que el contrato estipula claramente que el importe de las deducciones resultantes se aplica de manera automática a los pagos que la Administración debe realizar al socio privado.

-Confirmar que el montante de las deducciones representa una parte realmente significativa de los ingresos del socio.

³⁰⁶ La Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía núm. 214/2014, de 10 de noviembre, sobre gestión indirecta mediante concesión del servicio público de la Escuela Infantil Municipal “Garabatos” de Lebrija (Sevilla), apartado 4º, señala: “*El riesgo de disponibilidad se aplica a las consecuencias derivadas de la falta de cumplimiento de las prestaciones objeto del servicio por el adjudicatario, bien se trate de la reducción de los pagos o la imposición de sanciones. Pero en todo caso dichas consecuencias deben tener un efecto importante sobre los ingresos del adjudicatario y no ser algo puramente simbólico o cosmético, tal y como se desprende de la Decisión de Eurostat antes citada. En caso contrario, cuando los pagos de la Administración contratante son iguales o con escasas modificaciones cualquiera que fuera el grado de cumplimiento del contrato se podría afirmar que no hay riesgo de disponibilidad. (...) Por otro lado, el riesgo de demanda cubre las variaciones que pueden producirse a lo largo de la vida del contrato de la demanda de los servicios, debidos a factores ajenos. En el caso de que la Administración contratante se obligue a pagar con independencia del nivel de demanda real no se produce ninguna transmisión del riesgo (...)*”.

³⁰⁷ Para que no se contabilice en la contabilidad del ente público que ha adjudicado el contrato, el bien objeto del contrato debe estar disponible para el servicio que quiere prestar la Administración Pública en cantidad suficiente y con la calidad adecuada. Paralelamente, ante supuestos de incumplimiento por parte del contratista, lo que resulta exigible para la desconsolidación contable es que ésta responda como hace cualquier empresario privado ante este tipo de situaciones. Desde el punto de vista de los abonos que hace el ente público al contratista, EUROSTAT indica que los pagos por la Administración dependerán del nivel efectivo de disponibilidad asegurado por el cliente privado durante un periodo de tiempo determinado.

calidad³⁰⁸ o cantidad no satisface la convenida en el contrato, cuando el socio privado no alcanza los estándares de disponibilidad fijados en el contrato como resultado de una evidente falta de ejecución por su parte.

Expuesto lo anterior, considero que si bien la comparativa con el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea resulta necesaria para intentar entender y orientar el alcance del riesgo operacional de la Directiva, llego a la conclusión que necesariamente no tiene por qué coincidir exactamente. En efecto, el SEC 2010 contiene criterios contables para que la inversión no compute como déficit³⁰⁹, mientras que la Directiva de concesiones regula esta figura desde el punto de vista jurídico, de manera que no pueden utilizarse los fines estadísticos del SEC 2010 para definir los contratos de concesión pues ambas regulaciones tienen finalidades distintas³¹⁰. Además, es importante también destacar que tampoco la jurisprudencia del Tribunal ha hecho referencia a los riesgos del Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y

³⁰⁸ Para garantizar y controlar este riesgo, el ente público deberá fijar un gran número de estándares de calidad del contrato y garantizar su cumplimiento mediante la correspondiente disminución del pago final que efectúa la Administración precisamente para motivar al socio privado en el cumplimiento de esos estándares. De lo contrario, el riesgo será inexistente. Estas penalizaciones deberán ser automáticas. Así, en el caso de infraestructuras de transporte, en la práctica se pueden fijar más de cuarenta indicadores que pueden ir desde la regularidad de la vía, número de carriles disponibles en las autopistas, accidentalidad, demoras, limpieza, encuestas de satisfacción a los usuarios, estado del firme, necesidades de reparación o reposición, instalación túneles, funcionamiento de los teléfonos de emergencia, estado de las áreas de descanso, señalización...etc. En otros proyectos de CPP los indicadores podrían ser; en el caso de un hospital, el número de camas disponibles; en el caso de servicios penitenciarios: el número de plazas; en el caso de una escuela: el número de aulas disponibles...etc. De la experiencia en el Reino Unido que puso en marcha un contrato estandar de PPP llamado PF2 y publicado en el último registro www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/221556/infrastructure_standardisation_of_contracts_051212.pdf, en el capítulo 19 (y la sección 19.5.3 en particular), articula el sentido del riesgo de disponibilidad dando ejemplos: *no prestación de un determinado nivel de acceso, no prestación de las condiciones físicas y ambientales especificadas; una falta en el suministro de electricidad, gas, electricidad agua u otros servicios públicos; no prestación de un nivel especificado de temperatura ambiente; no prestación de un nivel determinado de iluminación; no prestación de servicios de comunicaciones en pleno funcionamiento o de información; el incumplimiento de una ley que se aplica, afecta o se refiere a la importancia de la infraestructura de la zona; el incumplimiento de una ley que se aplica, afecta o se refiere a la relevancia del área; especifica las amenazas a la seguridad o salud de las personas que utilicen o tengan acceso, incluyendo no proporcionar sistemas de detección de incendios y de alarma; o el incumplimiento de cualquier otros factores especificados (es decir, aquellos que son habituales que pongan en peligro las operaciones continuadas)*".

³⁰⁹ Buena prueba de la necesidad de la reducción del déficit es la reciente Recomendación de Decisión del Consejo de la Unión Europea de 27 de julio de 2016, COM (2016) 518 final, por la que se formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a la reducción del déficit que se considera necesaria para poner remedio a la situación de déficit excesivo, advierte que en nuestro país existe una *"falta de mecanismos de control a priori y a posteriori suficientes (que) obstaculiza la aplicación correcta y uniforme de la legislación en materia de contratación pública"*.

³¹⁰ FUERTES LÓPEZ, M., en "Los riesgos del riesgo...", *op. cit.*, págs. 232 y 233, entiende que ha sido la perspectiva contable la que ha introducido alguna confusión sobre los riesgos, la que ha aumentado la complejidad del problema, el "enredo gordiano", porque ha introducido un pie forzado de carácter cuantitativo, y concluye que la perspectiva contable y la jurídica tienen sus propias lógicas y no siempre coinciden. En este mismo sentido, en el trabajo de la CEOE "La inversión en estructuras públicas de España", Propuesta de mejora en el marco legal y la práctica de la contratación pública en materia de contrataciones y colaboración público-privada, pág. 58, se expone que la propia EUROSTAT ha manifestado que la fuerte presencia de las cuestiones contables en este ámbito no significa que sea función de los estadísticos examinar los motivos, fines y eficiencia de los modelos de colaboración público-privada, ni tampoco expresar una opinión en relación con la viabilidad económica o "financiabilidad" de los proyectos analizados, sino que su papel ha de ser, exclusivamente, el de clarificar su tratamiento en las cuentas anuales y, en un contexto de déficits, excesivo, valorar su impacto en el déficit y deuda públicos.

Regionales de la Unión Europea como el riesgo de construcción o riesgo de disponibilidad para la calificación del contrato como concesión salvo las sentencias ya estudiadas relativas que los pagos al prestador del servicio provinieran de los beneficiarios y usuarios de la prestación del servicio³¹¹.

Del estudio conjunto de ambas regulaciones ya puedo adelantar que la Directiva va más allá del Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea (SEC-2010) al hacer referencia a más supuestos en los que adquiere gran relevancia la demanda y al afectar a toda la inversión y costes de gestión asumidos por el concesionario. En todo caso, deberá tenerse en cuenta los criterios que vaya acordando EUROSTAT³¹² sobre tratamiento en las cuentas nacionales de las asociaciones público-privadas en las que se contiene la interpretación auténtica de la Comisión Europea a través de su oficina estadística, para determinar en este tipo de relaciones dónde deben computarse los activos sobre los que se prestan los servicios y la financiación precisa para construirlos y mantenerlos, si en las cuentas de la Administración cuyas necesidades se cubren con el contrato o en las del contratista o socio privado³¹³.

Dicho lo anterior, la determinación del alcance del riesgo de suministro de la Directiva *-supply risk-* presenta serias dificultades³¹⁴ al no definir el articulado de la Directiva este riesgo y contener la Directiva una doble referencia: riesgo de suministro y riesgo de oferta carente de la claridad necesaria que hubiera sido deseable dada la voluntad expresa y reiterada del legislador comunitario por definir y regular este contrato en aras a eliminar la inseguridad jurídica existente en los diferentes ordenamientos jurídicos respecto a los contornos del contrato de concesión.

³¹¹ Al respecto, cabe destacar la jurisprudencia ya analizada del Tribunal, en concreto, Sentencia de 13 de octubre de 2005 *Parking Brixen*; Sentencia de 6 de abril de 2006, *ANAV*, apartado 16 y Sentencia de 13 de noviembre de 2008, *Coditel Brabant*, apartado 24.

³¹² Recordemos las limitaciones legales sobre el gasto público y, en especial, sobre el nivel de déficit público y de endeudamiento de las Administraciones. En concreto, el artículo 104 del TCE establece que: “*Los Estados miembros evitaran déficit públicos excesivos*”, en relación con este mandato, el apartado 2 del mismo artículo en relación con el protocolo 20 del Tratado fijó la proporción entre producto interior bruto y déficit público en el 3% y, además, la relación entre la deuda pública y el producto interior bruto en el 60%. Éstos son los parámetros de estabilidad presupuestaria para los Estados miembros.

³¹³ En especial la Decisión 18/2004, de 11 de febrero News Release 18/2004, que concreta la doctrina de la transferencia de riesgos al socio privado, como criterio determinante para no consolidar el coste, ni la financiación, de la adquisición o construcción de los bienes en las cuentas públicas. New decision of Eurostat on deficit and debt. Treatment of public-private partnerships.

³¹⁴ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., “La Directiva de concesiones (Directiva 2014/23/UE) y la gestión de servicios de interés general...”, *op. cit.*, pág. 126.

Del examen del articulado de la Directiva, se comprueba que no se hace ninguna otra aclaración en el sentido si la referencia al riesgo de suministro en vez de riesgo de disponibilidad es meramente semántica o si es de fondo, si dentro del riesgo de suministro puede entenderse el riesgo de disponibilidad o si el riesgo de disponibilidad quedó reemplazado por el riesgo de suministro u oferta³¹⁵ o si son riesgos diferentes. Esta falta de definición del alcance concreto del riesgo de suministro obliga a plantearme si el riesgo de suministro comprende el riesgo de disponibilidad ya que la redacción definitiva de la Directiva no lo contempla ni consta ninguna justificación de dicho cambio. Teniendo en cuenta la situación económica en la que se ha ido gestando la Directiva, todo parece apuntar que ya, en la propuesta, el legislador comunitario quiso flexibilizar el criterio tradicionalmente utilizado para determinar una concesión basado exclusivamente en el riesgo de demanda y, siguiendo esta finalidad, la redacción definitiva no ha de suponer un cambio radical de los criterios que ya preveía la propuesta, sino que vendría a completar y a perfilar el riesgo operacional, de manera que supone una corrección³¹⁶ de los criterios del SEC 2010 para el caso específico de las concesiones.

De la comparativa entre la redacción final y la propuesta, y en mi andadura para intentar entender este cambio de última hora operado durante la tramitación de la propuesta de Directiva, y en el afán de dar un contenido al riesgo de suministro llego a la conclusión que este cambio no es meramente semántico³¹⁷ sino de complementar y abarcar más supuestos de los que inicialmente preveía la propuesta así como, asegurar que no hay concesión por la simple transferencia del riesgo de disponibilidad pese a las posiciones de determinado sector, como tendré ocasión de exponer, deviniendo el riesgo de demanda un aspecto clave para completar el alcance del riesgo operacional.

³¹⁵ MÍGUEZ MACHO, L., “La distinción entre las concesiones de servicios...”, *op. cit.*, pág. 403 a 404.

³¹⁶ MÍGUEZ MACHO, L., en “La distinción entre las concesiones de servicios...”, *op. cit.*, pág. 403 afirma que: “*la Directiva 2014/23/UE corrige parcialmente este criterio contable para las concesiones de obras y servicios, ya que el riesgo de disponibilidad se ve sustituido por el de suministro u oferta, mientras que el de demanda se mantiene. En el SEC 2010, por riesgo de disponibilidad se entiende “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” (punto 20.283, letra b) del Manual). Ahora bien, el Considerando 20 de la Directiva señala que “un riesgo operacional debe derivarse de factores que escapan al control de las partes” y por ello, “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”.*

³¹⁷ LAZO VITORIA, X., se plantea estos cambios de conceptos así como su repercusión en “Contratos públicos, concesiones...”, págs. 423 a 434.

Recordemos que el término riesgo operacional es un término fuertemente vinculado al mercado: a la oferta y demanda. En efecto, se ha de partir que la Directiva de concesiones gira entorno a la explotación³¹⁸ de la obra o servicio, y sobre esa base debemos interpretar el riesgo de demanda de manera que la retribución del concesionario está vinculada a esa utilización o uso por parte de los usuarios mientras que el riesgo de suministro está más ligado a la prestación y a la provisión de la obra o servicio de manera que no tiene asegurada la recuperación de las inversiones y costes realizados.

El hecho de sustituir sin más el riesgo de disponibilidad e introducir el riesgo de suministro no puede presuponer que sean coincidentes –sería absurdo este cambio terminológico para querer decir lo mismo- pero tampoco pueden ser totalmente diferentes puesto que el riesgo de disponibilidad atiende a la manera como se ofrece el servicio conforme a los requisitos establecidos en el contrato, a la calidad y la cantidad requeridas y, por lo tanto, tendría encaje dentro del concepto amplio de suministro o provisión.

Llegados a este punto, y aun partiendo que el riesgo de suministro no es coincidente con el riesgo de disponibilidad, sino que es más amplio debemos plantear qué supuestos puede englobar el primero. Una vez más, criticar que la Directiva no hace ningún esfuerzo por definir el riesgo de suministro y contiene una definición tautológica en el Considerando 20 al definir riesgo de oferta afirma que es 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.

ALIAGA MORENO³¹⁹ considera que riesgo de suministro u oferta es riesgo de disponibilidad y lo fundamenta sobre la base de la redacción de la propuesta de Directiva y sobre al apartado 13 de la Sentencia del Tribunal, de 10 de noviembre de 2011 *Norma A y Dekom* (C-348/10), al definir ambos tipos de riesgo: “*Existe riesgo de explotación de la obra o del servicio (riesgos económicos) cuando los ingresos del*

³¹⁸ Es importante este punto de partida de la Directiva focalizado más en la explotación que en la construcción.

³¹⁹ ALIAGA MORENO, I., en “La regulación de las concesiones de obras y servicios en las nuevas Directivas europeas. Visión crítica de la regulación en Navarra”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 45 a 46, Zaragoza, 2015, pág. 281.

socio privado dependen de la demanda de la utilización de la obra o de la demanda del servicio por parte de los usuarios finales (riesgo de demanda) o de que el servicio se ofrezca a los destinatarios finales conforme a los requisitos establecidos en el contrato de concesión (riesgo de disponibilidad), o bien cuando los ingresos dependen tanto del riesgo de demanda como del riesgo de disponibilidad” (apartado 13). Al respecto, personalmente no veo justificada dicha afirmación pues el apartado 13³²⁰ de la Sentencia hace referencia a la legislación letona -*Publiskās un privātās partnerības likums Latvijas Vēstnesis*, 2009, no 107, p. 4093; Ley de colaboración entre el sector público y el sector privado que entró en vigor el 1 de octubre de 2009 en Letonia- mientras que la aportación del Tribunal sobre el riesgo propio de las concesiones se contiene en el apartado 48 donde si bien no distingue expresamente el riesgo de suministro, contiene alguna de sus manifestaciones: “*El riesgo de explotación del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado (véase, en este sentido, la sentencia Eurawasser, antes citada, apartado 67), que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio (véase, en este sentido, la sentencia Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, antes citada, apartado 37)*”. Sin que este apartado - fundamental para la interpretación del riesgo de las concesiones- no prevea la definición y referencia del riesgo de disponibilidad, de manera que el apartado 13 se está refiriendo a la normativa letona.

MÍGUEZ MACHO³²¹ llega a la conclusión que el riesgo de suministro no es otra cosa que el riesgo de demanda analizado desde la perspectiva del contratista que, en particular en las concesiones de servicios, ha de disponer o preparar una oferta del servicio que luego puede encontrar respuesta en una demanda efectiva del mismo, suficiente para cubrir inversiones y costes y obtener un beneficio, o no, de manera que

³²⁰ En concreto el apartado 13 de la precitada Sentencia del Tribunal establece: “*De acuerdo con el apartado 9 del citado artículo 1, existe riesgo de explotación de la obra o del servicio (riesgos económicos) cuando los ingresos del socio privado dependen de la demanda de la utilización de la obra o de la demanda del servicio por parte de los usuarios finales (riesgo de demanda) o de que el servicio se ofrezca a los destinatarios finales conforme a los requisitos establecidos en el contrato de concesión (riesgo de disponibilidad), o bien cuando los ingresos dependen tanto del riesgo de demanda como del riesgo de disponibilidad*”.

³²¹ MÍGUEZ MACHO, L., en “La distinción entre las concesiones de servicios...”, *op. cit.*, pág. 405.

en ello justamente radica el riesgo empresarial que debe existir en estas operaciones. Y concluye que para que pueda entender que se produce la transferencia de este tipo de riesgos al concesionario, la retribución de éste debe hallarse vinculada a la demanda del servicio.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ³²² afirma que desde el punto de vista económico financiero, el riesgo de suministro u oferta es el riesgo de construcción y riesgo de disponibilidad, lo que supone reducir la transferencia de riesgo a su mínima expresión, diluyendo las frágiles fronteras que delimitan las concesiones del resto de contratos públicos. Según la doctrina económica existen dos categorías principales de riesgos: el riesgo comercial y el riesgo jurídico-político. Por su parte, el riesgo comercial se divide en riesgo de oferta y riesgo de demanda; siendo así que el riesgo de oferta se refiere, principalmente, a la capacidad del socio privado de cumplir con sus compromisos, y comprende tanto los riesgos de construcción como de disponibilidad³²³.

Al respecto, considero que aun partiendo que el riesgo de suministro no es equivalente a riesgo de disponibilidad, en tanto el riesgo de suministro hace referencia a la manera cómo se presta en general el servicio u obra, dentro de este riesgo ha de incluirse el riesgo de disponibilidad y el riesgo de construcción ya que uno de los principales ejes sobre los que gira la Directiva es que no se garantice al concesionario que vaya a recuperar las inversiones y los costes realizados³²⁴, esto es, que la inversión de capital en riesgo y costes significativos no sea reembolsada o compensada hasta que el activo no funcione adecuadamente.

³²² HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L., “La nueva Directiva de concesiones. Un largo viaje con final esperado...”, *op. cit.*, pág. 187.

³²³ Vid. OCDE (2008), *Les partenariats public-privé. Partager les risques et optimiser les ressources*, págs 53 a 56.

³²⁴ En el examen exhaustivo de la Directiva, son muchas las referencias que hace el legislador comunitario de la necesidad que el riesgo de la explotación de la obra o servicio que denomina riesgo operacional descansa sobre: la demanda, las inversiones y los costes. En concreto, en el Considerando 18 señala: “*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...*” y “*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*”. Y el Considerando 20 *in fine* cuando se refiere a 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*”. De manera que si los costes e inversiones se encuentran totalmente compensados no existirá riesgo operacional (Considerandos 17, 19 y 52).

Esta interpretación supone la existencia de diferentes escenarios de las concesiones respecto al cómputo de déficit³²⁵, de manera que habrá un supuesto que no coincidirán, cuando únicamente se traslade del riesgo de demanda -a diferencia de los que sucede en las normas SEC 2010 que debe ir también acompañado del riesgo de construcción- de manera que en este supuesto existirá contrato de concesión pero el déficit será imputable a la Administración, por lo que parece que será un factor disuasorio para que se celebre el contrato puesto que, recordemos, a la Administración le interesa por las razones ya argüidas anteriormente asegurar que el contrato no compute como endeudamiento garantizando el cumplimiento con la estabilidad presupuestaria.

Ahora bien, el riesgo de disponibilidad³²⁶ depende de factores que el propio concesionario puede controlar, al referirse a las consecuencias de no suministrar los servicios especificados en el contrato en la cantidad o calidad requeridas³²⁷, mientras que el riesgo operacional como expresa el Considerando 20 ha de atenerse a factores que escapan de los concesionarios. En este sentido se ha pronunciado una parte de la

³²⁵ De acuerdo con esta tesis, resulta que la Directiva de concesiones recoge los siguientes supuestos para la existencia de concesión: 1. riesgo de demanda: aquí se ha rebajado el nivel de exigencia, ya que recordemos según el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea (SEC 2010) para que no computase a efectos de déficit se ha de transferir el riesgo de demanda y riesgo de construcción, mientras que de acuerdo con la Directiva solo se exige transferir el riesgo de demanda; 2. riesgo de suministro: que según esta tesis es riesgo de construcción y riesgo de disponibilidad, es decir, es coincidente con el segundo de los supuestos previstos en la SEC 2010 -si bien como tendré ocasión de exponer la Directiva completa el SEC 2010 refiriendo el riesgo de suministro a la demanda-; y finalmente, 3. riesgo de demanda y riesgo de suministro, en tanto este último es riesgo de construcción y riesgo de disponibilidad, este supuesto que prevé la Directiva estaría haciendo referencia a la transmisión de estos tres riesgos: construcción, demanda y disponibilidad. Esta comparativa respecto a la SEC, a su vez permite ver cómo el supuesto de la transferencia del riesgo de demanda es precisamente el riesgo que tradicionalmente se ha contemplado pero que en los últimos años determinados sectores se han mostrado reacios que sea el riesgo que determine la existencia de concesión y de ahí la flexibilización de la Directiva a contemplar otros riesgos.

³²⁶ COYLE, C., “Nueva Directiva sobre Adjudicación de Concesiones: ¿excluye las basadas en la transferencia del riesgo de disponibilidad? http://www.legaltoday.com/practica-juridica/publico/d_administrativo/nueva-directiva-sobre-adjudicacion-de-concesiones-excluye-las-basadas-en-la-transferencia-del-riesgo-de-disponibilidad apunta como interpretación posible la exclusión del riesgo de disponibilidad dentro del concepto comunitario de riesgo operacional, es decir, no sería, en su opinión un mero cambio terminológico sino de fondo. Según este autor, el Considerando 20, el riesgo operacional “*debe derivarse de factores que escapan del 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...*”. Y ello le lleva a afirmar que “*ciertamente, el riesgo de disponibilidad está vinculado a la mejor o peor gestión por parte del concesionario, y se trata de un riesgo que, de algún modo, depende de factores que el concesionario puede controlar*”.

³²⁷ La doctrina francesa representada por BERGÈRE F., BEZANÇON X., DERY L., FISZELSON R. y FORNACCIARI M.; *La guide opérationnel del PPP*, Editions Le Moniteur, 2010, págs. 215 a 220 consideran que dentro del riesgo de disponibilidad deberían estar los “riesgos de explotación o mantenimiento” entendidos como los problemas entre el socio privado o de sus subcontratistas en la explotación y/o el mantenimiento de la obra; a la puesta en práctica de las garantías bianuales y/o decenales; a la aparición de huelgas y/o desórdenes sociales; a la disfunción o disponibilidad de las obras o equipamientos; a las erróneas estimaciones de los ingresos Anexos; o a los costes de explotación o mantenimiento superiores a los previstos, entre otros.

doctrina³²⁸ al mantener respecto a la redacción inicial de la propuesta que no hubiera resultado ni lógico ni procedente que se hubiera podido calificar un contrato como concesión solo por el hecho que el concesionario asumiese el riesgo de disponibilidad ya que dicho riesgo es propio de todos los contratos públicos. Lo mismo sucede con el riesgo de construcción³²⁹ que es propio de todos los contratos, por lo que el riesgo de suministro, en general, ha de ser entendido como riesgo de construcción y riesgo de disponibilidad por lo que no puede ser un criterio adecuado para calificar los contratos como concesión, pues no queda expuesto a las incertidumbres de mercado sino que depende del propio concesionario. Lo anterior permite vislumbrar la débil frontera que también limita los supuestos de “*la mala gestión*”³³⁰ a los que hace referencia el Considerando 20– o errores de apreciación del operador económico recogiendo la jurisprudencia del Tribunal en particular la precitada Sentencia *Norma-A y Dekom* apartado 49 y Sentencia *Privater* apartado 38 y que no entrarían dentro de los riesgos de la concesión- del riesgo de disponibilidad - que gira en torno a la calidad, cantidad y al cumplimiento de estándares de la prestación- y del riesgo de construcción ya que ambos son actos que son controlables por el concesionario y son propios de todos los contratos.

El Considerando 20 aclara el alcance y contenido del riesgo de suministro de la concesión, cuando define el riesgo de oferta. Veamos, es revelador que el legislador afirme que el riesgo operacional puede ser riesgo de demanda o riesgo de suministro o los dos y a renglón seguido defina el riesgo de oferta englobando el riesgo de suministro: “*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”*. De lo anterior caben dos interpretaciones, una,

³²⁸ LAZO VITORIA, X., en el trabajo “Contratos públicos, concesiones...”, *op. cit.*, pág. 429 llega a la conclusión que si el “riesgo de disponibilidad” no está recogido en la Directiva 2014/23/UE quiere decir que no es posible calificar como concesión un contrato en el que la retribución del concesionario se basa exclusivamente en estándares de calidad, ello sin duda, obligará a cambiar la adjudicación tal y como está en nuestro ordenamiento en concreto, a la adjudicación en España de contratos de concesión transfiriendo únicamente el riesgo de disponibilidad y que será difícilmente conciliable con la nueva conceptualización de los contratos de concesión. MÍGUEZ MACHO, L. “La distinción entre las concesiones de servicios...”, *op. cit.*, pág. 403 quien afirma que: “*parece acertado excluir la transferencia del llamado “riesgo de disponibilidad” de los criterios definitorios de las concesiones, porque no cabe duda de que, tal como se viene entendiendo por los documentos contables de la Unión Europea, es un elemento inherente a cualquier contrato público*”.

³²⁹ Serían circunstancias como una posible entrega tardía, la falta de cumplimiento de los estándares establecidos, unos costes adicionales significativos, deficiencias técnicas; e incluso efectos externos negativos (incluyendo riesgo medioambiental) que impliquen compensaciones a terceros como podrían ser fallos en el diseño de la obra, retrasos en su ejecución por causas de fuerza mayor, dificultades para la obtención de permisos o licencias administrativas, incapacidad de continuar la obra por motivos técnicos, etc.

³³⁰ La mala gestión es un concepto amplio y que sería común a todos los contratos sería una incorrección que no llega a ser propiamente un incumplimiento – de norma o pliegos por parte del contratista- y ambos supuestos junto con la fuerza mayor no son específicos de los contratos de concesión.

que dicha alternancia de términos suministro/oferta se deba a una cuestión meramente semántica, de estilo, para que la definición de suministro no sea tautológica (aunque en la versión de la Directiva en inglés se sigue definiendo en el Considerando 20 el riesgo de suministro como tal *–supply risk–* entendido como el riesgo que la provisión de las obras o servicios que son el objeto del contrato, en particular que no se ajuste a la demanda, alternando pues los términos suministro/provisión). La segunda consiste en entender que el riesgo de oferta es aquel riesgo de suministro específico conectado con la demanda del servicio u obra, de manera que la especificación del legislador “*en particular*” permite conectar ese “riesgo de suministro” a las incertidumbres de mercado mediante la conexión “*que no se ajuste a la demanda*”. Vendría a ser un mecanismo de cierre del planteamiento del riesgo operacional³³¹. El legislador hace esta especificación al utilizar las palabras “*en particular*”, que la prestación o suministro no se ajuste a la demanda, en el sentido que el concesionario ha de preparar una oferta que luego puede encontrar respuesta en una demanda efectiva y suficiente para cubrir inversiones y costes y obtener un beneficio³³². Esta matización del riesgo de suministro se ajusta a la teoría económica: el riesgo comercial es riesgo de demanda y riesgo de oferta. Es decir, a efectos prácticos, cualquier contrato puede transferir al contratista el riesgo de suministro pero solo en el de concesión se debe trasladar al concesionario el riesgo de suministro ligado a la demanda –incertidumbres del mercado– esto es, el riesgo de oferta, especialmente importante en aquellos sectores fríos: asistenciales, sanitarios, educativos, y sociales³³³ que sean susceptibles de explotación económica. Esta interpretación es por la que personalmente me decanto al despejar las dudas planteadas anteriormente y nos permite completar el alcance de los riesgos. Desde este prisma, el riesgo de oferta es el riesgo de suministro específico de las concesiones que está expuesto a las incertidumbres de mercado, puesto que está vinculado a la demanda, a diferencia del riesgo de suministro normal propio de todos los contratos que queda en la esfera de la diligencia del concesionario. Por ello, considero más coherente y clara la referencia al riesgo de oferta del Considerando 20 que la utilización del término riesgo de suministro que aparece en el artículo 5 de la Directiva sin especificar la vinculación a

³³¹ GIMENO FELIÚ, J. M., hace referencia al riesgo de suministro de oferta o riesgo de suministro de demanda en “Hacia una nueva Ley de contratos del sector público. Hacia una nueva Ley de contratos del sector público. ¿Una nueva oportunidad perdida?”, *REDA*, núm. 182, enero-marzo 2017, pág. 206.

³³² MÍCHEZ MACHO, L., en “La distinción de las concesiones...”, *op. cit.*, pág. 405.

³³³ En efecto, en estos sectores propiamente no existe un riesgo de demanda, la retribución del contratista no depende de la utilización del servicio que queda garantizada por la Administración, por lo que para calificar un determinado contrato como concesión se deberá tener en cuenta si hay un verdadero riesgo de oferta ligado a la demanda: riesgo de disponibilidad –vía estándares; número de camas, calidad de la prestación..., entre otros- y riesgo de construcción.

la demanda. Además el alcance del riesgo de oferta encaja con la jurisprudencia del Tribunal, en especial en la ya analizada Sentencia *Norma-A y Dekom* en el supuesto específico del riesgo en el desajuste entre la oferta y la demanda (apartado 48).

De lo expuesto, cabe apreciar la intención del legislador comunitario a no abandonar totalmente el punto de vista de la demanda para definir el riesgo de las concesiones, ya que con la propuesta se podría entender que existía concesión solo con la transferencia del riesgo de disponibilidad, mientras que con la redacción definitiva no es posible, ha de tenerse en cuenta también el riesgo de construcción junto con el riesgo de disponibilidad y desde la perspectiva de la demanda. De esta manera, la demanda siempre será un aspecto determinante para la calificación de la concesión, ya sea como riesgo de demanda o como riesgo de suministro vinculada a la demanda, esto es, riesgo de oferta.

En todo caso, será el Tribunal quien vaya matizando y analizando supuestos específicos de estos riesgos. Hasta el momento, personalmente considero que la postura más prudente es seguir los parámetros fijados por la jurisprudencia del Tribunal, que si bien no hace mención expresa al riesgo de oferta, entiendo que alude a diferentes manifestaciones que dan luz para su correcta interpretación. Así en la ya mencionada Sentencia *Privater* de 10 de marzo de 2011 (C-274/2009) relativa a un contrato de socorrismo, el Tribunal se refiere al riesgo de suministro cuando el importe de los precios por la utilización de los servicios depende del resultado de negociaciones anuales con terceros, sin que se le garantice al concesionario la cobertura íntegra de los costes soportados. No afecta a esta consideración el hecho de que los precios no sean pagados directamente por los usuarios, sino por una oficina liquidadora central encargada de recaudar y abonar esos importes en forma de pagos a cuenta periódicos; puesto que todas las remuneraciones del prestador de servicio proceden de personas distintas de la entidad adjudicadora que le ha atribuido el contrato (apartados 29 y 48). Igualmente en la estudiada Sentencia *Norma-A y Dekom*, apartado 48 hace referencia a diferentes manifestaciones de riesgos:

-el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores: entiendo que es riesgo de oferta en tanto obligaría al concesionario a tener que ajustar muchos aspectos de su prestación como el precio y los servicios de la prestación para ser más competitivo, la

calidad de la prestación, conservación y estado de las instalaciones, atención al usuario, entre otros.

-el riesgo de desajuste entre oferta y demanda: este supuesto sería encuadrable tanto en desde el punto de vista del riesgo de oferta -en tanto el concesionario puede encontrar mucha o poca oferta y puede que no pueda cubrir los gastos e inversiones efectuados o bien que suministre más de la demanda- como del riesgo de demanda -en aquellos casos en los que el usuario pueda quedarse sin suministro.

-el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados: es una manifestación del riesgo de oferta ya que aun prestando el servicio pudiera ser que no fuera retribuido (Sentencia de 10 de marzo de 2011, *Privater Rettungsdienst*, C-274/09).

-riesgo que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación: el concesionario asume unas pérdidas, es un supuesto claro de riesgo de oferta.

Esta Sentencia recoge otro supuesto dentro de los riesgos de exposición a las incertidumbres de mercado: el relativo al *riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio* en el momento de ofrecer dicho servicio, pero personalmente considero que este supuesto se debería concretar ya que una primera observación es que, tal y como está redactado este riesgo, no es específico de las concesiones. Esta responsabilidad originada por una irregularidad no depende de las incertidumbres del mercado sino que deriva de la prestación misma, de manera que es un riesgo de suministro propio de todo contrato pero no es un riesgo de oferta porque el Tribunal no lo está vinculándolo a la demanda. Este supuesto se arrastra de la Sentencia *Privater* que a su vez recoge la Sentencia de 27 de octubre de 2005, *Contse*, (C-234/03) apartado 22 (posteriormente también plasmado en la Sentencia *Hans y Christophorus*, apartado 74). En aquella ocasión el Tribunal calificó el contrato de servicios y no de concesión porque la Administración española seguía siendo responsable de cualquier perjuicio causado por una eventual irregularidad en la prestación del servicio³³⁴. Particularmente, no me parece concluyente el argumento de la responsabilidad como manifestación del riesgo de la concesión tal y como está prevista en estas Sentencias ya que se trataba de un servicio público de tipo sanitario competencia de la Administración, una *locatio conductio operarum*, y ello implica que, ineludiblemente la Administración será la responsable última de cualquier perjuicio

³³⁴ En el mismo sentido se pronunció la Sentencia de 27 de octubre de 2005, *INSALUD*, (C-158/03).

causado por una eventual irregularidad del servicio. De ahí que, a mi entender, este criterio en ningún caso sea determinante ni delimitador para la construcción del concepto riesgo operacional entendido como el riesgo económico ligado a la exposición de las incertidumbres de mercado.

En definitiva, si bien la gran aportación de la Directiva es la definición del contrato de concesión en base a la existencia del riesgo operacional, lamentablemente considero que no proporciona la seguridad jurídica que sería necesaria al no definir exactamente qué se ha de entender por riesgo de suministro. Encuentro que la regulación de la Directiva es parcial e incompleta, por lo que obliga a hacer dos interpretaciones para dotar de contenido este riesgo. Para ello, resulta imprescindible tener en cuenta todos los trabajos previos de la Directiva, la jurisprudencia del Tribunal que se ha pronunciado al respecto, la tramitación de la propia Directiva así como el cambio gestado durante la tramitación de riesgo de disponibilidad a riesgo de suministro.

Finalmente, llego a la conclusión que riesgo de suministro u oferta es el riesgo de construcción y riesgo de disponibilidad ligado a la demanda, de esta manera se completa el alcance de este riesgo de la Directiva para que esté ligado a las incertidumbres del mercado sin que se haga depender del propio concesionario.

4.2.3. Reparto de los riesgos

Las concesiones son contratos largos y complejos y vinculados a planificaciones de alta intensidad³³⁵. Ello reclama el establecimiento de unas reglas claras que preserven la equivalencia de las prestaciones en ambas partes de manera prudente y real, ajustadas a la realidad y a las capacidades de ambas partes.

La Directiva si bien introduce el concepto de riesgo operacional y las notas caracterizadoras, no regula cómo se realizará el reparto de riesgos entre el operador privado y el poder o entidad adjudicadora. La falta de determinación previa del reparto

³³⁵ GIMENO FELIÚ, J. M. en el trabajo “Remunicipalización de servicios locales y Derecho comunitario”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 58/59, 2016, págs. 50 a 71.

de riesgos, implica que se deberá analizar caso por caso y atendiendo al sector concreto que se trate. ALIAGA MORENO³³⁶ recuerda que durante la tramitación³³⁷ de la Directiva se estudió la necesidad de fijar el porcentaje de riesgo que el poder o entidad adjudicadora tenían que transferir al concesionario para poder concluir con certeza cuándo existía una concesión, pero se llegó a la conclusión de que era imposible fijar tal porcentaje en atención al casuismo inherente de las concesiones.

La Comunicación interpretativa del año 2000 sobre las concesiones en Derecho Comunitario señalaba que el reparto de los riesgos entre concedente y concesionario se efectúa en cada caso en función de las respectivas aptitudes para gestionar de manera más eficaz los riesgos en cuestión.

Como ilustran BAEZA, ORTEGA y VASSALLO³³⁸, existen varias formas de asignar los distintos tipos de riesgos. En nuestro país el proceso de adjudicación es abierto tras una precalificación³³⁹, lo que permite reducir los costes y tiempo de licitación. Los pliegos del concurso indican cómo debe repartir los riesgos. Todos los ofertantes tienen que aceptar esas condiciones, lo que aumenta el riesgo de renegociación, pero con indudable ventaja de que el número de ofertas presentadas al concurso se incrementa.

En todo caso, comparto la reflexión de VALCÁRCEL FERNÁNDEZ³⁴⁰ quien afirma que a la celebración de concesiones con transferencia efectiva de riesgo operacional *“solo debería acudirse tras un estudio pormenorizado de las circunstancias de cada proyecto que arrojase que la realización del mismo por el sector público es insuficiente porque no está en disposición de afrontarlo de la forma que se entiende necesaria. Por tal razón, el mayor coste que reportará la asunción del mismo por los particulares, está compensado por la plusvalía real que se obtiene en términos de eficacia, respecto al resto de alternativas, en atención del cometido público perseguido.*

³³⁶ ALIAGA MORENO, I., “La regulación de las concesiones de obras y servicios...”, *op. cit.* págs. 278.

³³⁷ Conferencia sobre las nuevas normas de la UE relativa a adquisiciones y concesiones, celebrada el día 19 de marzo de 2014 en Bruselas.

³³⁸ BAEZA MUÑOZ, M. A.; ORTEGA HORTELANO, A. y VASSALLO MAGRO, J. M.; “Reparto de riesgos en concesiones de infraestructuras ante la crisis económica”, *Transporte innovador y sostenible de cara al siglo XXX. Congreso Ingeniería del transporte celebrado en Granada del 20 al 22 de junio de 2012*, en Granada, Universidad de Granada, Granada, 2012.

³³⁹ En el Reino Unido el proceso de adjudicación que se utiliza es el negociado, que implica elevados costes y tiempo de licitación al repartirse los riesgos durante la licitación, la probabilidad de un renegociación posterior es baja.

³⁴⁰ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., “Colaboración público-privada, estabilidad presupuestaria...”, *op. cit.*, pág. 459.

No valen, por consiguiente, respuestas globales, amplias o genéricas, sino que para decidir lo que en cada caso proceda hay que tener un amplio y profundo conocimiento de las capacidades y eficiencia del sector público o de otros métodos contractuales distintos de este tipo de mecanismo de colaboración”.

SÁNCHEZ SOLIÑO³⁴¹ afirma que generalmente el criterio teórico establecido para la distribución de los riesgos es que cada una de las partes contratantes debe asumir aquellos riesgos que sea capaz de gestionar a un menor coste³⁴².

En todo caso, considero importante incidir en la redacción utilizada para trasladar el riesgo operacional: “*riesgo de demanda o riesgo de suministro o ambos*” mediante la utilización de la preposición disyuntiva “o” no ha de suponer que se esté otorgando una libertad absoluta de elección al poder adjudicador o entidad adjudicadora a la hora de trasladar los riesgos al margen de la realidad de quien es el que mejor puede asumirlos, pues ello supondría un fraude con el espíritu y finalidad de la Directiva. Todo lo contrario, lo único que debe desprenderse de dicha redacción es la voluntad de flexibilizar dicha transferencia de riesgo –no solo riesgo de demanda- para adecuar mejor el riesgo asumido al contrato en cuestión y al sector específico que se trate como ya se ha tenido ocasión de analizar.

En efecto, en función del sector en cuestión se trasladará el riesgo de demanda, o el riesgo de suministro o los dos, de acuerdo con los principios de buena fe y teniendo en cuenta la doctrina económica relativa que el reparto de riesgos ha de atender a quien lo pueda asumir, a quien sea capaz de gestionar a un menor coste³⁴³, esto es, principio de optimización del riesgo o de transferencia óptima del riesgo³⁴⁴. De esta manera, el

³⁴¹ SÁNCHEZ SOLIÑO, A., en “Optimización en la transferencia de riesgos...”, *op. cit.*, pág. 68 afirma que “Siguiendo este criterio, se acepta que la mayor parte de los riesgos técnicos y económicos (como son los riesgos de construcción en la fase inicial del contrato, o los riesgos de variación de los costes de operación), así como los riesgos de financiación (variación de tipos de interés, o restricciones en el crédito) sean asumidos por el agente, mientras que el principal (en este caso una Administración Pública) suele ser quien asume los riesgos políticos (por ejemplo, una oposición ciudadana al proyecto) o los derivados de situaciones de fuerza mayor, como son las catástrofes naturales (Yescombe, 2007). La mayor dificultad se encuentra, sin embargo, en el riesgo de demanda, es decir, el derivado de que la demanda del servicio sea significativamente distinta a la prevista inicialmente. De hecho, la caracterización y gestión de los riesgos de demanda ha dado lugar a numerosos estudios, especialmente en el campo de las infraestructuras y servicios de transporte”.

³⁴² DEBANDE, O., “Private Financing of Transport Infrastructure. An assessment of the UK Experience”, *Journal of Transport Economics and Policy*, 36, 2002, págs. 355 a 387.

³⁴³ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L., “La nueva Directiva de Concesiones. Un largo viaje...”, *op. cit.* pág. 187.

³⁴⁴ Principio recogido en el apartado 2.1.2 de la Comunicación interpretativa sobre concesiones de la Comisión del año 2000.

sector privado debería asumir³⁴⁵ aquellos riesgos que el mercado no puede diversificar, mientras que el sector público³⁴⁶ colabora otorgando aquellas garantías que ayuden a que el proyecto pueda ser asumido por el sector privado en unas condiciones razonables de rentabilidad y riesgo³⁴⁷. En definitiva, con la incorporación del riesgo de oferta se flexibilizan los criterios para posibilitar la transferencia del riesgo operacional al permitir atribuir específicamente según el sector los riesgos específicos de las concesiones, sin que ello suponga que la Directiva incremente la variable riesgo en estos contratos³⁴⁸. De esta manera, se quiere evitar prácticas en las que en un contrato de concesión la transferencia del riesgo sea artificiosa o incluso no exista.

Y es que resulta más fácil reflejar y determinar los riesgos objetivos como riesgos de construcción (riesgo de construcción de una escuela o una cárcel), incluso el riesgo de demanda (que precisará de un estudio detallado de las previsiones) mientras que presentan más dificultades los riesgos subjetivos, como es el riesgo de disponibilidad (el relativo a la calidad del servicio en un hospital, o en las estaciones de metro) de ahí de la importancia que queden asegurados en los contratos³⁴⁹.

³⁴⁵ Sobre la correcta asignación de riesgos, la doctrina coincide que se debe atender a cada caso en concreto. Al respecto, me remito al trabajo de VASSALLO, J. M. y IZQUIERDO, R. *Infraestructura Pública y Participación Privada*. Confederación Andina de Fomento, 2010 y en el trabajo de la OCDE, *Transport Infrastructures Investment: Options for efficiency*. Transport Research Centre, 2008.

³⁴⁶ En este sentido, cabe destacar las opiniones vertidas en los trabajos de la CEOE “La inversión en estructuras públicas de España”, *Propuesta de mejora en el marco legal y la práctica de la contratación pública en materia de contrataciones y colaboración público-privada* de octubre de 2013 y de SÁNCHEZ SOLIÑO, en “Optimización de la transferencia de riesgos...” *op. cit.* págs. 87, al afirmar que: “la transferencia del riesgo de demanda como incentivo será más importante en aquellos tipos de servicios en los que exista un vínculo más claro entre la calidad del servicio ofrecido y el nivel de demanda. De forma más precisa, la transferencia del riesgo de demanda es más importante en la medida en que existan mayores dimensiones de la calidad del servicio que puedan ser observadas por los usuarios pero no verificadas por la Administración, de tal forma que estas dimensiones de la calidad tengan una mayor incidencia sobre la demanda del servicio. Esta situación es habitual en numerosos tipos de servicios públicos (transporte colectivo, servicios hospitalarios, servicios educativos) en los que la calidad del servicio es esencial y en los que existen, efectivamente, numerosas dimensiones de la calidad difícilmente medibles y contratables por la Administración. Por el contrario, una mayor aversión al riesgo y una mayor cantidad de riesgo de demanda (que en el modelo desarrollado en este trabajo se mide mediante la varianza del flujo de usuarios), favorecen una menor asignación del riesgo de demanda al agente, basando los contratos en mayor medida en la transferencia del riesgo de disponibilidad. Este resultado justifica que, en una situación de crisis financiera de carácter general como la que está teniendo lugar en estos años (y en la que tanto la incertidumbre sobre la demanda de los servicios como la aversión al riesgo aumentan) la remuneración de los contratistas tienda a basarse en el cumplimiento de determinados estándares de calidad, más que en una tarifa por usuario”.

³⁴⁷ SUBERVIOLA GARMENDIA, A.; COLINA LÓPEZ, J. y FREIRE AURICH, F.; “La financiación de las colaboraciones público derivadas...”, *op. cit.*, pág. 34.

³⁴⁸ GIMENO FELIÚ, J. M., en el trabajo “Remunicipalización de servicios locales ...”, *op. cit.*, pág. 63.

³⁴⁹ Idea reflejada en el trabajo de HART D, O.; “On the existence of Equilibrium in a securities model”, *Journal of Economic Theory*, Department of Economics 9, University of Essex, Wivemhoe Park, Colchesteu, Essex, England, 1974, págs. 293 a 311. En igual sentido, SÁNCHEZ SOLIÑO, A., en “Optimización de la transferencia de riesgos...”, *op. cit.*, págs. 67 a 69; refleja esta dificultad en ciertas dimensiones de calidad que son observables por los usuarios pero en las que la definición de los estándares es forzosamente más imprecisa, y su control mucho más difícil por la Administración, como ocurre en relación con el grado de vigilancia en las estaciones y en los trenes; la información suministrada a los usuarios; o las colas en las taquillas para sacar billetes.

De lo expuesto hasta el momento, se puede afirmar que el riesgo operacional es un concepto no cerrado, que tal como está contemplado en la Directiva, impide definirlo hasta sus últimas consecuencias, por lo que deberá analizarse cada supuesto concreto³⁵⁰ -según el sector, duración y complejidad del contrato- y teniendo en cuenta como parámetro interpretativo la jurisprudencia del Tribunal.

4.2.4. Compatibilidad entre el riesgo operacional y el principio de equilibrio económico

Sentado que debe existir riesgo operacional en la concesión³⁵¹ pero que el concesionario no debe asumir todo el riesgo, el riesgo operacional ha de ser compatible con el principio de equilibrio económico³⁵² como todo contrato. Si bien la Directiva no hace referencia explícita al equilibrio económico³⁵³, particularmente opino que tanto el

³⁵⁰ En el mismo sentido LAZO VITORIA, X., “El futuro del mercado concesional...”, *op. cit.*, pág. 153.

³⁵¹ Al respecto, me remito al trabajo ya mencionado de VILLAR ROJAS F. J., “La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios...”, *op. cit.*, y MARCOU, G., quienes afirman que estaríamos ante un supuesto de deuda pública disfrazada en “La experiencia francesa de la financiación privada de infraestructuras...”, *op. cit.*, pág. 57. Igualmente, se pronuncia el Informe Junta Consultiva de Contratación de Canarias núm. 1/2014 sobre calificación de contratos típicos y libertad de pactos.

³⁵² FUERTES LÓPEZ, M., en “Los riesgos del riesgo...”, *op. cit.*, pág. 234, apunta que aplicar el riesgo y ventura en rigor generaría más problemas e imposibilitaría en muchas ocasiones garantizar una prestación continuada y regular los servicios públicos. La doctrina ha explicado las singularidades del equilibrio económico en los contratos administrativos, así como las técnicas de compensación en las figuras del *ius variandi*, el *factum principis* y el riesgo imprevisible. En especial, cabe destacar la obra clásica de ARIÑO, G. *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, IEA, Madrid, 1968, así como los trabajos de PUNZÓN MORALEDA J. y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, F., “El equilibrio económico en los contratos públicos” en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, GIMENO FELIÚ, J. M., (dir.) y BERNAL BLAY, M. A. (coord.), Civitas, Cizur Menor, 2012, págs. 515 a 580; y el análisis de la jurisprudencia que realizan AMENÓS ÁLAMO, J. y NIETO MORENO, J. E., “La languideciente vida del principio de equilibrio económico frente a riesgos imprevisibles en la contratación pública”, *REDA* núm. 156, 2012, págs. 119 y ss. Especial interés sobre el riesgo en estas propuestas de Directivas tiene el estudio de FERNÁNDEZ GARCÍA, J. F., “Equilibrio económico y revisión de precio en los contratos administrativos”, *REDA*, núm. 163, 2014, págs. 145 a 180. Al contrario, se manifiesta PFLUEGER TEJERO, E., “La propuesta de Directiva relativa a la adjudicación de los contratos de concesión: aspectos principales”, en *La contratación pública: problemas actuales*, Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, Madrid, 2013, pág. 76; GÁLLEGO CÓRCOLES, I., “La garantía del equilibrio financiero en la concesión de servicios públicos (I)”, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas* núm. 26, 2003, págs. 52 a 64, “La garantía del equilibrio financiero en la concesión de servicios públicos (y II)”, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley núm. 27, 2004, pág. 54.

³⁵³ LAZO VITORIA, X., en “El futuro del mercado concesional...”, *op. cit.*, págs. 171 a 172, quien considera criticable el silencio del proyecto de Directiva, omisión que debe reputarse como consciente a la luz de lo manifestado por el Consejo de la Unión Europea. Y es que en la propuesta de Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión, orientación general de 26 de noviembre de 2012, punto núm. 10, el Consejo señalaba que el “mantenimiento puede lograrse plenamente mediante la aplicación de los apartados 5 y 6 del artículo 42 en relación con posibles modificaciones bien previstas en el contrato o bien cuya necesidad se derive de circunstancias imprevisibles”.

Considerando 18³⁵⁴, el Considerando 75³⁵⁵, como el artículo 5 y el artículo 43.4.b) de la Directiva reconocen la posibilidad de reequilibrio económico de la concesión. Es lógico³⁵⁶ este planteamiento de la Directiva ya que existe un interés en asegurar la viabilidad³⁵⁷ de la operación de manera que sea posible modificar el contrato para compensar los riesgos en determinadas circunstancias imprevisibles (artículo 43.1.c) y en circunstancias anormales (*ad sensum* contrario, el artículo 5 de la Directiva). En todo caso, dicho equilibrio no puede suponer que el poder adjudicador o entidad adjudicadora alivie³⁵⁸ al concesionario de cualquier pérdida garantizando unos ingresos mínimos que sean iguales o superiores a las inversiones y los costes que el operador deba asumir en relación con la ejecución del contrato (Considerando 19).

Partiendo del carácter estratégico de las nuevas Directivas, las normas del reequilibrio financiero del contrato no parecen contrarias al concepto de riesgo operacional más bien al contrario, como bien destaca GIMENO FELIÚ³⁵⁹, con la finalidad de atraer inversiones, el riesgo operacional en todo caso debe dar la posibilidad de “reajustar” el contrato tal y como se fijó en un inicio y asegurar la viabilidad del proyecto en aquellas actuaciones no controladas por el concesionario

³⁵⁴ El precitado Considerando 18 afirma que no estaría justificado que el poder adjudicado o entidad adjudicadora aliviasse al concesionario de cualquier posible pérdida, por lo tanto, *ad sensum* contrario, habrá alguna pérdida que sí será susceptible de reparación o alivio por parte de los poderes o entidades adjudicadores.

³⁵⁵ Al respecto, el Considerando 75 de la Directiva hace referencia que en estos casos: “*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*”.

³⁵⁶ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L., “La nueva Directiva de concesiones. Un largo viaje...”, *op. cit.*, pág. 189.

³⁵⁷ La Comisión Europea afirma que “*para que la colaboración público-privada tenga éxito debe concebirse de forma que permita a los socios privados el potencial de generar unos beneficios proporcionales a los riesgos que asumen*”. En estos términos se expresa la Comunicación que lleva por título “*Movilizar las Inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada (CPP)* (Bruselas, 19.11.2009, COM (2009) 615 final, pág. 13); y el *Libro Verde sobre colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones* (Bruselas, 30.4.2004, COM (2004) 327 final, pág. 16). Desde el punto de vista doctrinal, cabe destacar los trabajos de RUIZ OJEDA, A., *La concesión de obra pública*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, págs. 469 a 549; VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., *Ejecución y financiación de obras públicas*, Thomson-Civitas, Madrid 2006, págs. 381 a 420; y VILLALBA PÉREZ, F., “La concesión de servicios, nuevo objeto...”, *op. cit.*, págs. 14 a 15.

³⁵⁸ En el caso específico de las autopistas de Italia en las que los concesionarios están expuestos al riesgo del tráfico durante períodos limitados y que cada cinco años se puede negociar un reequilibrio de sus contratos de los niveles de peaje con el gobierno, no se estaría asumiendo el riesgo de mercado de la Directiva.

³⁵⁹ GIMENO FELIÚ, J. M., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública...*, *op. cit.*, pág. 147.

(serían aquellas situaciones fuera de las condiciones normales de funcionamiento), ajenas a su correcta gestión o la debida diligencia en la planificación de la concesión.

En principio, cabe señalar que la regla del equilibrio financiero del contrato de concesión se fundamenta en la exigencia de una remuneración integral y suficiente del concesionario, por lo que es procedente un “reajuste” de las contraprestaciones cuando circunstancias sobrevenidas e imprevisibles incidan en la economía del contrato de concesión³⁶⁰ siempre que -así se recoge en la nueva Directiva- no se corrija en beneficio del concesionario, ya que se vulneraría el principio de igualdad de trato en la comparación de ofertas de la licitación.

En efecto, en todo contrato y 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 económico³⁶¹. 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 de manera que el riesgo es desproporcionado³⁶².

³⁶⁰ GIMENO FELIÚ, J. M., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública...*, op. cit., pág. 150. Al respecto, ARIMANY LAMOGLIA, E., en “El equilibrio económico financiero de la concesión de obra pública: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, Autopista Madrid-Toledo, AP-41, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. extraordinario homenaje al profesor IGLESIAS, J. L., 2011, pág. 99, expone que no puede negarse la posibilidad del ejercicio legítimo de las potestades administrativas (y su incidencia en una concesión) respetando el principio de buena administración, pero, a su vez, no cabe descartar de raíz que, a causa de tal ejercicio, la Administración concedente tuviera que proceder a reequilibrar un contrato preexistente. Si la decisión es atribuible a la propia Administración que otorga la concesión, sostener que la previsibilidad del ejercicio de sus potestades la exime de reequilibrio en todo caso, es tanto como afirmar que una de las partes tiene la potestad, unilateral y libérrima, de incidir en la economía de un contrato preexistente, y adjudicado por ella misma, sin ninguna consecuencia económica.

³⁶¹ Como indicó el Conseil d’Etat francés: “*Es de esencia misma de todo contrato de concesión buscar y realizar, en la medida de lo posible, una igualdad entre las ventajas que se conceden al concesionario y las obligaciones que les son impuestas. Las ventajas y 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 concedió al concesionario y lo que se le exige. Es lo que se llama equivalencia comercial, la ecuación financiera del contrato de concesión*” (*Arêt Compagnie Générale française des tramways*, de 21 de marzo 1910).

³⁶² Incluso la normativa italiana entiende que es un presupuesto para una correcta asignación de los riesgos de la concesión. Así reza el artículo 165.2 del Decreto legislativo de 18 de abril de 2016 núm. 50 titulado *Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture* (16G00062) al regular el riesgo y equilibrio económico-financiero de las concesiones. Igualmente prevé para preservar el necesario equilibrio económico financiero del contrato, que el poder adjudicador o la entidad adjudicadora podrá celebrar, antes de finalizar el plazo de presentación de las ofertas, una consulta previa con los candidatos o licitadores con el fin de comprobar la inexistencia de deficiencias del proyecto como base para la adjudicación en materia de financiación. Finalmente, quiero destacar el régimen transitorio para las autopistas previsto en el Decreto legislativo, en especial el supuesto que las obras objeto de la concesión ya se hayan adjudicado pero aún no hayan sido amortizadas al término de la concesión, en este caso, el concesionario tendrá derecho a recibir una indemnización por parte de su sucesor por dicha inversión, equivalente al coste asumido menos la amortización acumulada, de los bienes reversibles aún no amortizados, de acuerdo con el balance del ejercicio del año en que

El reconocimiento del principio de equilibrio económico³⁶³ también en el contrato de concesión permite asegurar las inversiones de los contratos, la seguridad jurídica sin que se perturben el principio de igualdad o eficiencia y garantiza la correcta ejecución del contrato y su plan financiero con independencia de quien resulte adjudicatario. Este equilibrio o equivalencia de prestaciones, determinado inicialmente en el momento de celebrar el contrato³⁶⁴, debe mantenerse posteriormente durante el tiempo que dure su ejecución, en aplicación del principio general de vigencia de las condiciones contractuales “*rebus sic standibus*”.

Ahora bien, dicho lo anterior, como acertadamente apunta CALATAYUD PRATS³⁶⁵, el principio de equilibrio económico en los contratos de concesión ha de ser aplicado de manera excepcional de manera que no se convierta en una garantía ordinaria de los intereses del concesionario ya que una interpretación laxa de los supuestos que permiten el reequilibrio del contrato podría tener como consecuencia la consideración de que no se ha producido una adecuada traslación de los riesgos al contratista y, por lo tanto, que la financiación de la obra o servicio computase en el balance de la Administración de acuerdo con el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea (SEC-2010).

4.2.5. Duración del contrato de concesión

En este marco de preservar la seguridad jurídica y atraer inversiones del sector privado, adquiere especial importancia la regulación del plazo de duración de la concesión, como elemento esencial del contrato que debe ser ajustado al reparto de riesgos y que no puede favorecer de forma desproporcionada al concesionario por

finaliza la concesión y de las modificaciones realizadas a efectos de la regulación, también irán a cargo del nuevo concesionario los gastos de subrogación. Específicamente, se establece que para las concesiones de autopistas se incluirán los riesgos de tráfico.

³⁶³ VILLAR EZCURRA, J. L., “El principio de riesgo y ventura”, en libro colectivo (dirigido por Rafael GÓMEZ FERRER MORANT) *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ªed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, págs. 525 y ss.

³⁶⁴ Por ello, los aspectos económicos-financieros de los pliegos de la licitación deben ajustarse a la realidad y complejidad de la prestación determinada, de lo contrario una inadecuada planificación financiera implicará una mayor exposición al fracaso de la concesión, lo que perjudica no solo a la empresa concesionaria, sino también a la propia Administración concedente.

³⁶⁵ CALATAYUD PRATS, I., “Riesgo y efectos de la resolución por incumplimiento del contratista de las concesiones de obra y Servicio público: la liquidación del contrato (RPA) y la indemnización de daños y perjuicios”, *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 44, Iustel, enero 2017, pág. 17.

excesiva duración ya podría suponer no solo una ayuda ilegal de acuerdo con las previsiones del artículo 107 del TFUE sino también una retribución indebida a favor del concesionario. El plazo es un aspecto fundamental de la concesión y debe ser cumplido para dar estabilidad jurídica a un modelo donde los “riesgos” se penalizan con financiación más costosa (o en ausencia de financiación, que impide abordar ciertos proyectos de indudable interés general).

La Comunicación Interpretativa 2000/C 121/02 de la Comisión Europea ya se refería al principio de proporcionalidad que debe regir a las concesiones públicas vinculado a la duración de la concesión: *“El principio de proporcionalidad requiere también que se concilien competencia y equilibrio financiero. De este modo, la duración de la concesión debe fijarse de manera que no restrinja o limite la libre competencia más allá de lo necesario para garantizar la amortización de las inversiones y una remuneración razonable de los capitales invertidos, aun manteniendo para el concesionario el riesgo inherente a la explotación”*.

Con esta finalidad se establece el principio general que la duración de las concesiones será limitada y que el poder o entidad adjudicadora calculará la duración en función de las obras o los servicios solicitados. Ello se explica en el Considerando 52 de la Directiva:

“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”.

El artículo 18 introduce una importante novedad respecto a la propuesta de Directiva al especificar que, en los supuestos en los que las concesiones duren más de cinco años³⁶⁶, la duración máxima de la concesión no podrá exceder el tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas³⁶⁷ para explotar las obras o los servicios, junto con un rendimiento³⁶⁸ sobre el capital invertido teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos.

Las razones por las que se ha establecido este plazo y la posibilidad que sea mayor atienden a evitar el cierre del mercado y la restricción de la competencia así como evitar un enriquecimiento injusto en uno u otro sentido.

Es importante remarcar el espíritu de “animación del mercado” que pretende la nueva Directiva con medidas como la flexibilización de la duración del período de la concesión, de la modificación en determinados supuestos en este marco de preservar la seguridad jurídica y atraer inversiones del sector privado.

Llegados a este punto, cabe criticar la abundancia en la utilización de conceptos jurídicos indeterminados en la nueva Directiva: “*tiempo necesario*”, “*un rendimiento*”,

³⁶⁶ Como tendré ocasión de exponer en el capítulo III del trabajo, ello debería suponer tener que reducir considerablemente los plazos que tradicionalmente se han fijado en nuestro ordenamiento.

³⁶⁷ Las inversiones a tener en cuenta serán tanto las iniciales como las posteriores consideradas necesarias para la explotación de la concesión, lo que incluye gastos de infraestructura, derechos de propiedad intelectual, patentes, equipo, logística, contratación, formación del personal y gastos iniciales.

³⁶⁸ BLANQUER CRIADO, D., en *La concesión de servicio público*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2012, Valencia, pág. 374, advierte que: “*En línea general de principio, la duración del contrato no debería prolongarse más allá del momento en el que el concesionario ya haya logrado alcanzar la amortización de sus inversiones; más allá de este límite temporal, se estaría confiriendo al concesionario un privilegio anticompetitivo, que en rigor no viene exigido por el interés general de la misión que se le ha encomendado. Para evitar un abuso de la posición de dominio que disfruta el concesionario, la duración del contrato debe ser proporcionada al tiempo preciso para amortizar las Inversiones efectivamente realizadas en cada caso. Por tanto, sería arbitrario que la Administración apurase siempre al máximo los topes legales de duración (por ejemplo 25 años), y no hiciera individualizadamente los cálculos y estimaciones pertinentes para cada contrato que adjudique*”. En todo caso, la referencia a un “rendimiento razonable” es concepto jurídico indeterminado que deberá ser analizado en función del tipo de contrato, las inversiones y costes realizados, el sector que se trate, entre otros aspectos.

“duración suficiente”³⁶⁹ que demandará la correcta y justa interpretación y aplicación de estos términos y que hará que estemos pendientes, una vez más, de los pronunciamientos jurisprudenciales que irán matizando y perfilando su alcance y atendiendo al sector que se trate, el objeto del contrato y a las diferentes particularidades del contrato.

4.2.6. Estudio del riesgo operacional en el sector de las infraestructuras

Fijado el marco normativo actual, considero interesante profundizar sobre los riesgos propios del sector de las infraestructuras³⁷⁰ -sector primordial para el crecimiento económico de los países que les permite ser competitivos- así como en los criterios que deben guiar el reparto de riesgos para que sea lo más ajustado a las capacidades de las partes.

Tradicionalmente³⁷¹ los riesgos de construcción y demanda han sido asignados íntegramente a las sociedades concesionarias mientras que los de disponibilidad y fuerza mayor a la Administración concedente. La crisis económica ha alterado sustancialmente la operativa de los mercados financieros provocando una clara aversión al riesgo por parte de las empresas concesionarias y una reducción de la fluencia de crédito³⁷² obligando a un replanteamiento del reparto de riesgos al aparecer además desviaciones entre los niveles de tráfico previsto y real y sobrecostes por expropiaciones, que han puesto a diversas concesionarias al borde del concurso y problemas de las concesionarias para el acceso a la financiación.

³⁶⁹ Será necesario que la jurisprudencia fije parámetros y criterios para perfilar dichos conceptos en aras a una uniformidad en la interpretación por parte de los Estados miembros.

³⁷⁰ En concreto el propio Considerando 3 reconoce que: “La contratación pública desempeña un papel clave en la estrategia Europa 2020, establecida en la Comunicación de la Comisión, de 3 de marzo de 2010, titulada “Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» («la estrategia Europa 2020”), ya que es uno de los instrumentos basados en el mercado destinados a conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador y fomentar al mismo tiempo la utilización más eficiente posible de los fondos públicos. En este contexto, los contratos de concesión representan instrumentos importantes para el desarrollo estructural a largo plazo de la infraestructura y los servicios estratégicos, contribuyendo al desarrollo de la competencia en el mercado interior, permitiendo que se aprovechen las competencias del sector privado y contribuyendo a lograr eficiencia y aportar innovación”.

³⁷¹ BAEZA MUÑOZ, M. A.; ORTEGA HORTELANO, A. y VASSALLO MAGRO, J. M.; “Reparto de riesgos en concesiones de infraestructuras ante la crisis económica...”, *op. cit.*

³⁷² SUBERVIOLA GARMENDIA, A.; COLINA LÓPEZ J. y FREIRE AURICH F.; “La financiación de las colaboraciones público derivadas: problemática actual y perspectivas de futuro...”, *op. cit.*, pág. 7.

En el sector específico de las infraestructuras cabe distinguir los proyectos de carreteras de nueva construcción o *greenfields*, de los ya existentes o *brownfields*. Es en los primeros donde hay un mayor riesgo pero también más expectativas de retorno³⁷³. Al respecto, cabe indicar que el riesgo de construcción tiene un alcance muy amplio, siguiendo a la doctrina francesa³⁷⁴ tanto en la fase inicial del proyecto como serían tanto los riesgos de concepción³⁷⁵ como los riesgos de construcción³⁷⁶. Si bien este criterio es muy claro en los proyectos de nueva ejecución o “*greenfields*”, en los proyectos de mejora o ampliación de una infraestructura ya existente o “*brownfields*” es difícil diferenciar las fases de construcción del activo de la fase de puesta en funcionamiento. Para ello, en estos casos, es conveniente que se estructure en diferentes subfases o subproyectos para identificar mejor así la finalización e inicio de cada una de ellas.

Desde el punto de vista del riesgo de demanda, en los proyectos de infraestructuras *greenfields*, este riesgo tendrá una importancia capital en el momento inicial de la carretera -momento en el que no se conoce el nivel de demanda que va a generar- ya que se debe atender al uso de frecuentación que se espera obtener. Mientras que en los supuestos en los que la infraestructura ya esté en funcionamiento o *brownfields*³⁷⁷ la existencia del riesgo de demanda será relativa, pues tanto el ente público como el ente privado ya conocen de forma aproximada el nivel de demanda de la obra o servicio por lo que se deberá atender a unos criterios mixtos junto con el riesgo de disponibilidad propio del modelo de las concesiones frías³⁷⁸. En estos supuestos

³⁷³ SUBIOLA GARMENDIA, A.; COLINA LÓPEZ J. y FREIRE AURICH F.; “La financiación de las colaboraciones público derivadas: problemática...” *op. cit.* pág. 49.

³⁷⁴ BERGÈRE F., BEZANÇON, X., DERY L., FISZELSON R. y FORNACCIARI, M.; *La guide opérationnel del PPP...*, *op. cit.*, págs. 215 a 220.

³⁷⁵ Entrarían en este riesgo: el fallo en la concepción, la optimización insuficiente, la modificación del proyecto, el retraso en la puesta a punto del proyecto, los resultados de la consulta a los usuarios, el grado de fiabilidad de las técnicas utilizadas, o la incapacidad para construir siguiendo el pliego de condiciones generales, entre otros.

³⁷⁶ Serían la aparición de costes adicionales, de defectos o de deficiencias en la seguridad; riesgos arqueológicos, geológicos o meteorológicos; retraso en el acceso al lugar y/o a los terrenos adyacentes, en la puesta a disposición de canteras o de descargas o en la entrega; aparición de vicios ocultos; denuncias de terceros por ruidos, polvo, afectación en la circulación, problemas con la recepción de la obra construida; fallos del constructor o de los prestamistas; o rechazo de la aceptación total o parcial, de las obras por parte del ente público, entre otros supuestos.

³⁷⁷ Éste fue el caso del plan de mejora de las “autovías de primera generación” financiado mediante el sistema de “peaje en sombra”, en las cuales el tráfico era conocido y se mantuvo en niveles más o menos estables.

³⁷⁸ VILLAR ROJAS, F. J., en su trabajo “La concesión como modalidad de colaboración privada...” *op. cit.*, pág. 169, al analizar esta técnica en el ámbito sanitario y de los servicios sociales, afirma que en la gestión del servicio público sanitario el riesgo de demanda y de disponibilidad son limitados. En sectores como el educativo, asistencial, social y sanitario o denominados por la doctrina como “sectores fríos” en donde el riesgo de demanda no existe o es relativo, el usuario no será precisamente el que decida sobre el uso del servicio, sino que es el sector público. En estos supuestos se deberá atender al hecho que no esté garantizada la recuperación de las inversiones realizadas y los costes soportados por el concesionario junto con el riesgo de disponibilidad. En efecto, en estos ámbitos en los que no existe competencia, para que se pueda calificar el contrato como concesión se deberá atender a otros criterios más ligados a la calidad y cantidad del servicio (a modo de ejemplo, el número de bombillas que tenga previsto utilizar el concesionario en un contrato de concesión de alumbrado, la capacidad de respuesta ante averías en un contrato de

adquiere especial importancia el riesgo de disponibilidad, vía estándares³⁷⁹ y vinculando precisamente el mecanismo de pago del ente privado³⁸⁰ como forma de trasladar el riesgo al concesionario aunque no únicamente en este riesgo sino en conjunción con el riesgo de construcción o el riesgo de demanda. En el derecho comparado puede citarse el caso de Reino Unido³⁸¹, donde los mecanismos de financiación han evolucionado notablemente situándose la disponibilidad en el “criterio de amortización primario” de las infraestructuras. Sin embargo, como ya se ha estudiado, el riesgo de disponibilidad no ha de ser determinante para calificar el contrato como concesión de acuerdo con la Directiva.

En las carreteras de peaje en las que el socio es retribuido por la explotación del servicio de los ingresos procedentes de un activo que es incierto, el número de usuarios de la carretera, el riesgo operacional vendrá determinado por la asunción por parte del concesionario del riesgo de demanda (peaje puro). Mientras que en los supuestos de peaje en la sombra³⁸² - o “*shadow toll*”, según la denominación inglesa- en los que

concesión de infraestructuras, número de camas en un contrato de concesión de tipo sanitario...etc). De manera que se deberá también atender en determinados sectores –que no exclusivamente por las razones antes argüidas- al riesgo de disponibilidad.

³⁷⁹ Así, en el caso de infraestructuras de transporte, en la práctica se pueden fijar más de cuarenta indicadores que pueden ir desde la regularidad de la vía, número de carriles disponibles en las autopistas, accidentalidad, demoras, limpieza, encuestas de satisfacción a los usuarios, estado del firme, necesidades de reparación o reposición, instalación túneles, funcionamiento de los teléfonos de emergencia, estado de las áreas de descanso, señalización, entre otros.

³⁸⁰ Se suele configurar en un sistema mixto de retribución, por el que el socio privado obtendrá una determinada cantidad en función del uso de la obra o servicio (criterio de demanda), pero ese importe se ajustará en función del cumplimiento de los estándares de calidad fijados, lo que se traducirá en que el pago final de la Administración será mayor o menor en función de la calidad con la que se preste el servicios (criterio de disponibilidad).

³⁸¹ Vid. STANDARD & POOR'S: *The evolution of DBFO payment mechanisms...*, op. cit., pág. 6. Por último, citar también el documento de la Asociación Foro Public Private Partnership Infraestructura: “Recomendaciones para el desarrollo sostenible de la colaboración privada en infraestructuras”, disponible en la página web www.foropp.com. En dicho documento, además de confirmar la creciente aplicación de la disponibilidad sobre otros criterios (uso) o mecanismos de financiación (peaje en la sombra), se confirma que “*debe establecerse con la mayor claridad la posibilidad de que se pueda utilizar el pago por disponibilidad en todo tipo de concesiones de obras públicas*”.

³⁸² Según SÁNCHEZ SOLIÑO, A., “*En la práctica, la actividad del agente presenta múltiples dimensiones, y en algunas de ellas la Administración si podrá observar y verificar el esfuerzo realizado por el agente, al menos de forma indirecta, a través del control de determinados indicadores de calidad. En otras dimensiones, que también pueden tener impacto sobre la calidad percibida por los usuarios, resulta difícil, sin embargo, definir dichos indicadores, o controlar su cumplimiento. Piénsese, por ejemplo, en un servicio de transporte urbano como es el metro. Existen parámetros de calidad (frecuencias del servicio, puntualidad) fácilmente observables y verificables por la Administración. En estos casos, resulta factible incluir en el contrato determinadas cláusulas que obliguen al agente a cumplir unos determinados estándares establecidos, con la aplicación de sanciones en caso de incumplimiento. Por el contrario, existen dimensiones de la calidad que son observables por los usuarios, pero en las que la definición de los estándares es forzosamente más imprecisa, y su control muy difícil (por ejemplo: vigilancia en las estaciones y en los trenes, información a los usuarios, colas en las taquillas). Este tipo de situaciones avalan la utilización de contratos de tipo mixto, en los que se combinen la aplicación contractual de determinados estándares de calidad (que medirían el esfuerzo realizado por el agente) y de incentivos basados en la transferencia de parte del riesgo de demanda*”, en “Optimización de la transferencia de riesgos...”, op. cit., pág. 83. Al respecto, cabe destacar las experiencias en las que se han introducido fórmulas mixtas de pagos por disponibilidad y por número de usuarios, así como contratos en los que se han aplicado determinadas fórmulas de reparto del riesgo de demanda entre la Administración y el socio privado el nuevo metro de Sevilla o algunas ampliaciones del metro de Madrid.

existe un pago por parte de la Administración Pública concedente, también podrá ser considerado concesión siempre que estas formas de pago del gobierno no eliminen el riesgo del mercado de manera que no le esté asegurado recuperar su inversión y costes realizados. Las aportaciones públicas en concepto de peajes en sombra se están estableciendo no en función de los tráficos, sino sobre la base de la disponibilidad y calidad de los servicios prestados, que se estima a partir de determinados indicadores de calidad. Estas aportaciones son un pago fraccionado y aplazado de la inversión que tendrá el carácter de subvención total al usuario; variable en el tiempo, que incluye los gastos de conservación y que permite la incorporación de incentivos y penalizaciones al concesionario para fomentar la calidad del servicio prestado.

A este respecto, las normas contables de la Unión Europea consideran que el modelo del peaje en sombra respeta el principio de asunción del riesgo por parte del concesionario, ya que la retribución pública depende del volumen de tráfico o del grado de cumplimiento de los niveles de calidad establecidos.

BAEZA, ORTEGA y VASSALLO³⁸³ destacan la tendencia a compartir el riesgo de tráfico: *“La Administración puede gestionar mejor que el concesionario el riesgo de tráfico por tres motivos. En primer lugar, puede constituir una cartera de concesiones, lo que permitiría compensar los mayores tráficos de unas con los menores tráficos de otras. En segundo lugar, puede modificar el importe de los peajes para mejorar el tráfico. En tercer lugar, puede adjudicar subvenciones si considera que esa es una buena opción para mantener un cierto nivel de tráfico en un determinado corredor”*.

Al respecto, considero que la inclusión como criterios delimitadores del contrato de concesión del riesgo de disponibilidad dentro del riesgo de suministro vinculado a la demanda o riesgo de oferta, puede hacer más competitiva y eficiente la concesión y permitir en dicha obra o servicio se potencie el uso de los usuarios y la buena prestación del servicio u obra. Sin embargo esta flexibilidad con que la Directiva plantea los riesgos –la previsión a otras posibilidades además de la transmisión del riesgo de demanda y no únicamente por el riesgo de disponibilidad- y la falta de fijación exacta del alcance del riesgo de suministro vinculado a la demanda o riesgo de oferta, hace que

³⁸³ BAEZA MUÑOZ, M. A; ORTEGA HORTELANO, A. y VASSALLO MAGRO, J. M.; “Reparto de riesgos en concesiones de infraestructuras ante la crisis económica...”, *op. cit.*

quede en manos de la interpretación y transposición de los Estados miembros por lo que exige mayor determinación y coordinación así como observancia de los dictados comunitario ya que de lo contrario puede afectar a la tan ansiada seguridad jurídica pretendida por la Directiva.

4.2.7. Análisis de la transposición de la Directiva efectuada por otros Estados miembros: la cuestión del riesgo operacional

Con el objeto de dar luz a las definiciones y alcance de los riesgos de la Directiva de concesiones objeto de este trabajo, he analizado la legislación de cuatro países comunitarios para la transposición de la Directiva. En concreto, he estudiado la norma jurídica que en estos momentos se ha aprobado en Gran Bretaña, Francia, Alemania e Italia, siendo en este último país donde me ha permitido constatar y perfilar el alcance y significado del riesgo de suministro que ya he ido sosteniendo en mi trabajo.

En Gran Bretaña, se publicó el 11 de marzo de 2016 *Handbook of the Concession Contracts Regulations*, cuyo artículo 4 hace referencia a los riesgos de demanda *-demand risk-* y riesgo de suministro *-supply risk-* dentro del riesgo operacional³⁸⁴ *-operating risk-* pero no define ni añade ninguna nota definidora de ambos riesgos. Lo mismo sucede en Alemania, pues la Ley de modernización del derecho de la adjudicación *Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG)* Vom 17. Febrero 2016, distingue en el mismo sentido que la Directiva dentro del riesgo operacional *-Betriebsrisiko-* el riesgo de demanda *-Nachfragerisiko-* y riesgo de suministro *-Angebotsrisiko-* pero sin aportar ninguna nota más, ni desarrollar lo previsto en la Directiva (apartado 105).

En Francia se ha transpuesto la Directiva mediante la Ordenanza 2016-65 de 29 enero de 2016 y el Decreto núm. 2016-86 de 1 de febrero de 2016, relativo a los

³⁸⁴“(4) The requirements are a) the award of the contract shall involve the transfer to the concessionaire of an operating risk in exploiting the works or services encompassing demand or supply risk or both; and b) the part of the risk transferred to the concessionaire shall involve real exposure to the vagaries of the market, such that any potential estimated loss incurred by the concessionaire shall not be merely nominal or negligible. (5) For the purposes of paragraph (4)(a), the concessionaire shall be deemed to assume operating risk where, under normal operating conditions, it is not guaranteed to recoup the investments made or the costs incurred in operating the works or the services which are the subject-matter of the concession contract”.

contratos de concesión. El artículo 5 de la Ordenanza hace referencia al riesgo de explotación *-risque d'exploitation-* pero no distingue los tipos de riesgos que la Directiva califica como *risque lié à la demande et à l'offre*. Cabe destacar que en esta regulación se ha mantenido la figura de la delegación de gestión de servicio público³⁸⁵ (DSP) que ya preveía la Ley de 29 de enero de 1993³⁸⁶ de manera que se adecua a la Directiva y se adapta el artículo L 1411-1 del código general de las entidades locales la transferencia de riesgo y el derecho de explotación³⁸⁷.

Italia aprobó el Decreto legislativo de 18 de abril de 2016 núm. 50 titulado *Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonche' per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, (16G00062), texto muy extenso en el que se detallan los tipos de riesgos y diferentes modalidades contractuales. En efecto, cabe destacar que junto a la figura de la concesión, se regulan dos figuras sin duda muy interesantes: el contrato de partenariado público privado o *“contratto di partenariato pubblico privato”* y el contrato de disponibilidad o *“contratto di disponibilità”*.

El contrato de concesión -tanto concesión de obras como de servicios- se prevé en los mismos términos que la Directiva, en el sentido que supone la transferencia

³⁸⁵ El contrato de delegación de servicio público, como bien indica BLANQUER CRIADO, D., en el trabajo “La concesión de servicio público...”, *op. cit.*, pág. 171, es un supraconcepto de las variadas fórmulas de gestión indirecta de un servicio que incluye tres formas contractuales: la gestión de las infraestructuras e instalaciones que la Administración pone a disposición del prestador del servicio o *“l'affermage”* en donde el tercero gestiona el servicio por cuenta propia, asumiendo personalmente sobre su patrimonio los riesgos que les corresponden en la explotación de las instalaciones y equipamientos cedidos por la Administración; la gestión interesada o *“la règle intéressée”* en la que el contratista no asume el riesgo y ventura de la gestión del servicio sino que recae sobre la Administración y la *“sustancialmente”* vinculada a los resultados de la explotación del servicio.

³⁸⁶ Ley francesa n° 2001-1168, de 11 de diciembre de 2001, por la que se adoptan medidas urgentes de reforma de carácter económico y financiero (*JORF* de 12 de diciembre de 2001, p. 19703; “Ley Murcef”), insertó un párrafo adicional en el apartado núm. 93-122, de 29 de enero de 1993, relativo que la delegación de servicio público (DSP) es el conjunto de contratos *“en virtud del cual una persona jurídica de derecho público confía la gestión de un servicio público para el que es responsable de un delegado público o privado cuya retribución está ligada sustancialmente al resultado de explotación del servicio”*.

³⁸⁷ En consonancia con la Directiva, la redacción del artículo L. 1411-1 modificado queda con la siguiente redacción: *“ Art. L. 1411-1.-Une délégation de service public est un contrat de concession au sens de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, conclu par écrit, par lequel une autorité délégante confie la gestion d'un service public à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix. « La part de risque transférée au délégataire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le délégataire ne doit pas être purement nominale ou négligeable. Le délégataire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation du service. « Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages, de réaliser des travaux ou d'acquérir des biens nécessaires au service public”*.

al concesionario del riesgo operativo o “*rischio operativo*”³⁸⁸ y que puede ser riesgo de demanda “*rischio do domanda*” o riesgo de oferta “*rischio dell’offerta*” o ambos. Es indicativo que, a como a reglón seguido, se define el riesgo de construcción, el riesgo de disponibilidad³⁸⁹ y el riesgo de demanda³⁹⁰ pero no se define ni se dice nada del contenido y alcance del riesgo de oferta. Una vez más, todo parece indicar que deberá hacer referencia tanto al riesgo de disponibilidad que lo define como el relativo a la capacidad, por parte del concesionario, de cumplir las prestaciones especificadas en el contrato, en relación tanto a la cantidad como a los estándares de calidad previstos; como al riesgo de construcción que es el riesgo vinculado a la demora en los tiempos de entrega, al incumplimiento de los estándares de calidad del proyecto, a los sobrecostes, a deficiencias de tipo técnico en la obra y al incumplimiento de los plazos de la obra y se deberá vincular este riesgo de oferta al riesgo que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda, de conformidad con el Considerando 20 de la Directiva.

En el ordenamiento italiano se recogen dos tipos de contrato en los que adquiere especial importancia el riesgo de construcción y el riesgo de disponibilidad: en el contrato de partenariado público privado y en el contrato de disponibilidad. Respecto al contrato de partenariado público privado, el artículo 180 específicamente indica que el operador económico asumirá el riesgo de construcción y el riesgo de disponibilidad o, en los casos de actividad empresarial que tenga un mercado, el riesgo de demanda de los servicios prestados. Es clave la previsión del artículo 180.3 cuando señala que la recuperación de las inversiones realizadas y los costes dependerán de la efectiva prestación del servicio o de la utilidad de los trabajos o del volumen de los servicios prestados de acuerdo con la demanda, y, en cualquier caso, del cumplimiento de los niveles de calidad contratados, siempre que se haya realizado la evaluación *ex ante*, mientras que los riesgos derivados de hechos no imputables al operador económico, quedarán cubiertos por el contrato público-privado. En definitiva, en este precepto se

³⁸⁸ Art. 3.zz) «*rischio operativo*», il rischio legato alla gestione dei lavoro dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell’offerta o di entrambi, trasferito al concessionario. Si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominal o trascurabile”.

³⁸⁹ bbb) «*rischio di disponibilità*», il rischio legato alla capacità, da parte del concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità previsti;

³⁹⁰ ccc) «*rischio di domanda*», il rischio legato ai diversi volumi di domanda del servizio che il concessionario deve soddisfare, ovvero il rischio legato alla mancanza di utenza e quindi di flussi di cassa;

está definiendo lo que es el riesgo de oferta tal y como apunta el Considerando 20 de la Directiva.

Respecto al contrato de disponibilidad previsto definido en el artículo 3.hhh) y desarrollado en el artículo 188, el licitador asume tanto el riesgo de construcción como la gestión técnica de la obra durante el período de la puesta a disposición de la Administración de una obra –entendida como riesgo del licitador de asegurar a la Administración la constante rentabilidad de la obra, de acuerdo con los parámetros de funcionabilidad previstos en el contrato- de propiedad privada destinada al ejercicio de un servicio público. En el artículo 188 se prevé que el licitador será remunerado vía tarifas (ya sea canon, reconocimiento de una contribución en el proceso o un posible precio de transferencia).

De lo anterior, cabe destacar que del análisis comparado de las regulaciones de estos cuatro Estados miembros, la regulación italiana desarrolla y perfila el alcance del riesgo de oferta en el sentido defendido en el trabajo, a saber, que el riesgo de oferta debe hacer referencia al hecho que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda, de conformidad con el Considerando 20 de la Directiva

4.3. Tipología de concesiones

El artículo 5 de la Directiva distingue los contratos de concesión que pueden ser de obras y de servicios. Las características de la concesión de obras públicas son las mismas que las del contrato de concesión de servicios y únicamente varía el tipo de actividades que se realizan.

4.3.1. Contratos de concesiones de obras

De acuerdo con el artículo 5.1.a) de la Directiva, el contrato de concesión de obras es 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 artículo 2.2 de la Comunicación interpretativa (2000/C 121/02) hace la siguiente diferenciación: *“El objeto de las concesiones de obras es, por definición, distinto al de las concesiones de servicios. Esto puede suscitar diferencias en términos de inversión y de duración entre los dos tipos de concesión. Sin embargo, considerando los criterios antes citados un contrato presenta, en general las mismas características cualquiera que sea el objeto al que haga referencia”*.

Como sucedía con el artículo 1.3 de la Directiva 2004/18/CE³⁹¹, el artículo 2.2 de la nueva Directiva hace depender la definición del contrato de concesión de obras públicas de la definición del contrato de obras si bien ahora se especifica que se trata de un contrato oneroso y que ha de estar celebrado por escrito celebrado por uno o más operadores económicos. El objeto es idéntico al del contrato de obras: la ejecución de obras, si bien se diferencia de éste por los requisitos del riesgo operacional y del derecho de explotación que asume el concesionario.

Con la redacción final desaparece la distinción que contenía la propuesta de Directiva entre “contrato de concesión de obras públicas” y “contratos de concesión de obras” según los celebrasen “poderes adjudicadores” o “entidades adjudicadoras” respectivamente.

El contrato de concesión de obras públicas no presenta excesivas novedades respecto a la Directiva 2004/18/CE, si bien la jurisprudencia ha insistido en la importancia de la asunción del riesgo de explotación. Así en la Sentencia del Tribunal de 25 de marzo de 2010 *Helmut Müller*³⁹² (As. C-451/08), se plantea la duda de la

³⁹¹ Esta Directiva dedicaba el Título III Capítulo I a las normas aplicables a las concesiones de obras públicas: ámbito de aplicación, exclusiones del ámbito de aplicación, publicación del anuncio de concesión de obras públicas, plazos, subcontratación, adjudicación de obras complementarias al concesionario (artículos 56 a 61) y el Capítulo II a las normas aplicables a los contratos adjudicados por los concesionarios que no sean poderes adjudicadores relativas a la publicidad (artículos 63 a 64).

³⁹² Se trataba de un contrato inicialmente calificado de concesión de obras públicas para la venta de terrenos por parte de una agencia encargada de la gestión de patrimonio público sobre los cuales el adjudicatario podía constituir las obras compatibles con la ordenación urbanística que determinase el titular de la competencia sobre la materia. La Comisión entendía que la calificación del contrato como concesión de obras públicas, en base que el contratista soportaba un riesgo derivado del hecho de que, en el ejercicio de sus funciones en materia urbanística, los poderes públicos pudieran denegar los permisos de construcción relativos a las obras proyectadas tras la adquisición del terreno por la persona interesada. Consideraba la Comisión que el adjudicatario asumía la incertidumbre sobre la

existencia de riesgo de explotación cuando al concesionario se le reconoce el derecho de propiedad sobre los bienes construidos.

En la Sentencia de 13 de noviembre de 2008 *Comisión/Italia* (C-437/07),– relativa a un contrato de concesión de obras públicas para la construcción de la infraestructura para la construcción de un tranvía- el Tribunal analizó que la garantía de la retribución del concesionario de obra pública que consistía en la percepción de un canon fijo de la entidad gestora del servicio de transporte público, eliminaba su riesgo en la ejecución del contrato, y la ausencia de riesgo del concesionario comportaba la calificación del contrato como de obras.

4.3.2. *Contrato de concesión de servicios*

De acuerdo con el artículo 5.1 b) de la Directiva, el contrato de concesión de servicios es 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.

La principal novedad e importancia de la Directiva es el sometimiento de los contratos de concesión de servicios dentro de la regulación de contratación pública, así lo expresa el legislador en el Considerando 4 al reconocer que hasta el momento existía una laguna jurídica³⁹³ que ocasionaba falseamientos graves del mercado interior al estar

aceptación de sus proyectos de construcción por la Administración Pública titular de la competencia sobre ordenación urbanística, para cuya realización ha sido necesario proceder previamente a la adquisición onerosa del terreno. En contra de esta tesis, el Tribunal falló en el sentido que en este supuesto el riesgo está relacionado con las competencias normativas del poder adjudicador en materia urbanística y no propiamente en relación de la concesión propiamente, por lo que el riesgo no estaba relacionado con la explotación, y por tal motivo el contrato no pudo ser calificado como concesión de obras públicas.

³⁹³ En la Sentencia de 6 de noviembre de 2014, *Cartiera dell'Adda Spa y CEM Ambiente Spa* (C-42/13), el Tribunal reconoce que: “en el supuesto de que el contrato controvertido en el asunto principal constituyera una concesión de servicios, debe recordarse que, si bien, en la época de los hechos del procedimiento principal, los contratos de concesión de servicios no se regían por ninguna de las directivas mediante las cuales el legislador de la Unión reguló el ámbito de los contratos públicos, las autoridades públicas que celebraban tales contratos estaban obligada a respetar las normas fundamentales del Tratado FUE, en particular, los principios de igualdad de trato y de transparencia (véanse, en este sentido, las sentencias *Parking Brixen*, C-458/03, EU:C:2005:605, apartados 46 a 49, y *Wall AG*, C-91/08, EU:C:2010:182, apartado 33), siempre que la concesión de servicios presentara un interés transfronterizo cierto habida cuenta, en particular, de su envergadura y del lugar de ejecución (véase, en este sentido, la sentencia *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros*, C-159/11, EU:C:2012:817, apartado

reguladas las concesiones de servicios únicamente por los principios generales del TFUE³⁹⁴ principio de libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios así como por los principios que se derivan de ellos:

- principio de igualdad de trato y apertura de la gestión del servicio a la sana competencia entre empresarios,
- principio de transparencia³⁹⁵ del procedimiento para elegir el concesionario,
- principio de no discriminación a los aspirantes a la adjudicación por motivo de la nacionalidad³⁹⁶ del operador económico y reconocimiento mutuo;
- la proporcionalidad de las medidas adoptadas por el adjudicador (que deben ser necesarias y adecuadas para lograr el fin perseguido),
- principio de reconocimiento mutuo de las especificaciones técnicas y de los controles realizados por otro Estado miembro de la Unión Europea³⁹⁷.

De esta manera, a partir de la nueva Directiva, los contratos de servicios quedaran sometidos a la Directiva de contratos 2014/24/UE y los contratos de concesión de servicios públicos, quedaran sometidos a la Directiva de concesiones siempre, claro está, que estén dentro del ámbito de aplicación atendiendo al objeto, sujeto y cuantía y no se trate de ningún supuesto de exclusión y se transfiera el riesgo operacional.

23 y *jurisprudencia citada*)". Igualmente cabe destacar otras Sentencias del Tribunal la Sentencia de 21 de julio de 2005, *Coname*(C-231/03) y la Sentencia de 17 de julio de 2008, *ASM Brescia* (C-347/06).

³⁹⁴ Como recordó la Comunicación interpretativa de la Comisión Europea 2006/C 179/02 sobre el derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o solo parcialmente cubiertos por las directivas sobre contratación pública, las entidades adjudicadoras de los estados miembros deben cumplir las normas y principios del TCE en todas las adjudicaciones de contratos públicos que entren en el ámbito de aplicación del mismo [por guardar relación con el funcionamiento del mercado interior u otros objetivos de su competencia y regulación]. En este sentido, la Sentencia del Tribunal de 30 de mayo de 2002 *Buchhändler-Vereinigung* (Asunto C-358/00); de 13 de septiembre de 2007 *Comisión/Italia* (C-260/04); de 21 de julio de 2005 *Consorzio Aziende Metano (Coname) c. Comune di Cingia de Botti* (Asunto C-231/03); de 13 de octubre de 2005 *Parking Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen* (Asunto C-458/03) y la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de abril de 2010, *Wall AG* (C-91/08).

³⁹⁵ De acuerdo con el apartado 36 de la Sentencia del Tribunal de 13 de abril de 2010 *Wall AG Fráncfort del Meno*: "La obligación de transparencia que recae en las autoridades públicas que celebran un contrato de concesión de servicios que se garantiza, a favor de todo licitador potencial, un grado de publicidad adecuado que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véanse las sentencias de *Teleaustria* y *Telefonadress*, antes citada, apartados 60 a 62; *Parking Brixen*, antes citada, apartados 46 a 49, y de 6 de abril de 2006, *ANAV*, C-410/04, *Rec. P.I-3303*, apartado 31)". Igualmente, Sentencias de 30 de mayo de 2001 *Buchhändler-Vereinigung* (C-358/00), Sentencia 21 de julio de 2005 *Coname -Consorzio Aziende Metano-* (C-231/03), Sentencia 13 de octubre de 2005 *Parking Brixen GmbH* (C-458/03) y Sentencia 15 de octubre de 2009 *Acoset SpA* (C-196/08).

³⁹⁶ La Sentencia del Tribunal de 21 de julio, *Coname* (C-231/03), Sentencia de 13 de octubre de 2005 *Parking Brixen*, (C-458/03), de 13 de noviembre de 2008, *Coditel Brabant*, (C-324/07), y Sentencia de 25 de abril de 1996, *Comisión Bélgica*.

³⁹⁷ La Sentencia del Tribunal de 7 de diciembre de 2000 (As. C-324/98) *Tealaustria* y *Telefonadress*. En el mismo sentido Sentencia de 30 de mayo de 2002, *Buchhändler-Vereinigung* (Asunto C-358/00); la Sentencia de 21 de julio de 2005 *Consorzio Aziende Metano (Coname) c. Comune di Cingia de Botti* (C-231/03); y la Sentencia de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen* (C-458/03).

Es importante la definición tan extensa que el artículo 5.1.b) da al concepto de concesión de servicios desde el punto de vista objetivo: la prestación y gestión de servicios distintos de los de ejecución de las obras contempladas en la letra a) de manera que se define por exclusión respecto a las concesiones de obras. Por lo tanto, todas aquellas prestaciones y gestiones que no sean propiamente concesión de obras, serán concesión de servicios públicos. Cabe señalar la eliminación operada por la nueva Directiva respecto a la clásica distinción entre servicios prioritarios y no prioritarios y la previsión de un régimen más flexible para aquellos servicios con una menor dimensión transfronteriza como es el caso de los servicios a las personas (servicios sociales, sanitarios, educativos o culturales)³⁹⁸.

La Directiva, en el Considerando 6, solo hace referencia a los servicios generales de interés económico ya que el contrato de concesión, como he tenido ocasión de poner de manifiesto, está vinculado a la explotación económica de la obra o servicio objeto del contrato.

Llegados a este punto, considero importante remitirme a los documentos existentes de las instituciones comunitarias que abordaban los contratos de concesión de servicios. Ya he señalado que la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho comunitario (200/C 121/02) indicaba que el objeto de las concesiones de obras es distinto por definición a las de servicios y añadía en el artículo 2.2:

*“En efecto, tal como sucede con las concesiones de obras, el criterio de explotación constituye una característica esencial para determinar si se trata de una concesión de servicios. En virtud de este criterio, existe concesión cuando el operador asume el riesgo del servicio en cuestión (establecimiento del servicio y explotación del mismo), cobrando una parte significativa de su remuneración al usuario, en particular mediante la percepción de tarifas, en cualquiera de sus formas. El modo de remuneración del operador es, como en la concesión de obras, un elemento que permite determinar la asunción del riesgo de explotación.
La concesión de servicios públicos, del mismo modo que la concesión de obras, se caracteriza por una transferencia de la responsabilidad de explotación.”*

³⁹⁸ En este respecto, el artículo 19 establece que: “Las concesiones relativas a servicios sociales u otros servicios específicos recogidos en el anexo IV y que entran en el ámbito de aplicación de la presente Directiva se someterán únicamente a las obligaciones contempladas en el artículo 31, apartado 3, y en los artículos 32, 46 y 47”.

Por último, la concesión de servicios públicos incide normalmente en actividades que, por su naturaleza, por su objeto y por las normas a las que están sujetas, pueden ser competencia del Estado, y para las cuales pueden existir derechos exclusivos o especiales”.

En el Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario COM (2004) 327 *final*, de 30 de abril de 2004, se establecía que:

“Los contratos calificados como públicos de obras o los de servicios definidos como prioritarios, están sujetos a las disposiciones detalladas de las Directivas comunitarias. Las concesiones de obras y los contratos públicos de servicios considerados “no prioritarios” solo están sujetos a algunas disposiciones aisladas del Derecho derivado. Por último determinadas operaciones, como las concesiones de servicios, están fuera del Derecho derivado. Lo mismo ocurre, por otro lado, con la atribución de misiones realizada mediante actos unilaterales”.

Las concesiones de servicio público fueron por primera vez³⁹⁹ incorporadas a la Directiva 2004/18/CE pero únicamente en cuanto a la definición, así el artículo 17 definía el contrato de concesión de servicios como aquel que presenta las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio. También se

³⁹⁹ La propuesta modificada de Directiva 91/C 250/05 del Consejo, de 28 de agosto de 1991, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios propuso expresamente incluir las “concesiones de servicios públicos” en el ámbito de la aplicación de dicha Directiva en base a la necesidad de “asegurar la coherencia de los procedimientos de adjudicación”. La Comisión precisó en el décimo considerando de su Propuesta de 13 de diciembre de 1990, que: *“las concesiones de servicios públicos deben quedar incluidas en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, de la misma manera que la Directiva 71/305/CEE se aplica a las concesiones de obras públicas”*. Aunque la referencia a la Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los mercados públicos de obras (*DO L* 185, pág. 5; *EE* 17/03, pág. 9), fue retirada del décimo considerando de las Propuesta de 28 de agosto de 1991, esta última mantuvo expresamente en dicho considerando el objetivo de dar coherencia de los procedimientos de adjudicación. Sin embargo, en el transcurso del procedimiento legislativo, el Consejo suprimió toda referencia a las concesiones de servicios públicos, principalmente debido a las diferencias existentes entre los Estados miembros en materia de delegación de servicios públicos y en las modalidades de dicha delegación, que podrían crear una situación de enorme desequilibrio en la apertura de los mercados de concesiones de servicios públicos (*Vid.* El documento 4444/92 ADD 1, de 25 de febrero de 1992, punto 6, titulado “Motivación del Consejo” y adjunto a la Posición Común de la misma fecha). La misma postura fue la mantenida por la Comisión en la Propuesta modificada de Directiva 89/C 264/02 del Consejo, de 18 de julio de 1989, relativa a los procedimientos de adjudicación de contratos a entidades que operan en los sectores del agua, energía, servicios de transporte y servicios de telecomunicaciones (*DO C* 264 pág. 22). En dicho documento, que desembocó en la adopción de la Directiva 90/531, primera Directiva en materia de adjudicación de contratos públicos en estos sectores e inmediatamente anterior a la Directiva 93/38, la Comisión había propuesto igualmente para dichos sectores determinadas disposiciones destinadas a regular las concesiones de servicios públicos. No obstante, el Consejo no aceptó la propuesta de la Comisión de influir en la Directiva 90/531 normas relativas a las concesiones de servicios públicos, argumentando que dichas concesiones solo se conocían en uno de los Estados miembros y en que tales concesiones solo se conocían en uno de los Estados miembros y en que no resultaba oportuno regularlas sin haber llevado a cabo un estudio detallado sobre las diversas formas de concesión de servicios públicos existentes en los Estados miembros en esos sectores.

establecía que estaban fuera de la aplicación de la Directiva pero no de los principios del Tratado de concesión de servicios.

Posteriormente, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre Colaboración público privada y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones de 15 de noviembre de 2005 [COM (2005) 569 final] planteó los fundamentos de la exclusión del contrato de concesión de servicios de los requisitos y procedimientos de las Directivas: *“De manera más general, es difícil entender el motivo por el cual las concesiones de servicios, que suelen utilizarse en proyectos complejos y de importes elevados, han quedado totalmente excluidas del Derecho comunitario derivado. En el transcurso de la consulta del Libro Verde sobre la CPP se expusieron algunos argumentos que explicaban esta ausencia de procedimientos detallados de adjudicación a nivel comunitario, entre ellos, la flexibilidad supuestamente necesaria en el ámbito de las concesiones y el principio de subsidiariedad. No obstante, estos argumentos contrarios a una iniciativa comunitaria vinculante no son convincentes, ya que la adopción de legislación comunitaria sobre la adjudicación de concesiones no implica que las autoridades públicas carezcan de flexibilidad a la hora de elegir un socio privado para una CPP”*. En esta Comunicación se explica que: *“En este contexto, la Comisión preguntó a las partes interesadas si estarían de acuerdo en que se adoptara nueva legislación que regulase todas las CPP de tipo contractual, independientemente de que se consideraran contratos públicos o concesiones, sometiéndolas a regímenes de adjudicación idénticos (pregunta 7 del Libro Verde). La consulta puso de manifiesto una oposición significativa de las partes interesadas al establecimiento de un régimen que regule todas las CPP, independientemente de que se trate de contratos o de concesiones. Por consiguiente, la Comisión no pretende establecer disposiciones de adjudicación idénticas para ambas”*.

En la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa a las doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza COM(2011) 206 final, reconocía el gran peso económico de las concesiones de servicios al constituir la mayor

parte de las asociaciones público-privadas⁴⁰⁰, por lo que apuntaba la necesidad de un marco legislativo adecuado para dotar de mayor seguridad jurídica a esas asociaciones.

La situación a nivel comunitario hasta el momento era que si bien estos contratos de concesión de servicios estaban excluidos de las Directivas, se tenían que sujetar como he apuntado, a los principios del Tratado CE (en la actualidad, TFUE) y principios que se derivan de acuerdo con la jurisprudencia analizada.

Desde el punto de vista jurisprudencial desde el inicio se señaló que el objeto del contrato de concesiones de obras es distinto del de servicios, si bien comparten características fundamentales como el derecho a la explotación, sujetos y en ambos casos se trata de contratos onerosos hay diferencias en términos de inversión y duración (tal y como apunta la Sentencia del Tribunal de 26 de abril de 1994 *Lottomaica*, As. C-272/91).

La jurisprudencia ha ido deslindando los supuestos de contratos de servicios y contratos de concesión de servicios a partir de la existencia de la asunción de la explotación⁴⁰¹ por parte del concesionario, como ya he expuesto en el punto 4.1. de esta parte del trabajo.

4.4. Contratos de concesiones mixtos

La nueva Directiva regula en el artículo 20 el régimen jurídico de las concesiones diferenciando las concesiones según la diversidad de objetos que comprenda y la diversidad de actividades. La gran novedad de la Directiva es que mantiene el criterio de la prestación principal que establecía la Directiva 2004/18/CE, pero añade un criterio nuevo, relativo al carácter separable o no de las prestaciones fusionadas en el respectivo contrato⁴⁰² de manera que solo serán contratos de concesiones mixtos⁴⁰³ aquellos cuyas prestaciones no sean objetivamente separables.

⁴⁰⁰ Dicha Comunicación fijaba un cálculo prudente de no menos 138.000 millones de euros entre 2000 y 2006 el peso de las concesiones de servicios.

⁴⁰¹ BLANQUER, D., “*La concesión de servicio público...*”, *op. cit.*, Ed. Tirant Lo Blanc, Valencia 2012, pág. 282.

⁴⁰² LAZO VITORIA, X., “La fusión de prestaciones de distinta clase en un único contrato. Estado de la cuestión y Nuevo régimen jurídico establecido por las directivas de contratación pública de 2014”, en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2015*, GIMENO FELIU, J. M., (dir.), Civitas, Cizur Menor, 2016, págs. 223

En el caso de concesiones con elementos objetivamente dissociables, el poder o entidad adjudicadora podrá optar entre adjudicar los contratos separados si las diferentes partes son objetivamente separables⁴⁰⁴. Si se trata de contratos que tienen por objeto elementos de la Directiva 2014/23/UE y otros elementos, los “poderes adjudicadores” y “entidades adjudicadoras” podrán decidir adjudicar contratos separados para partes separadas, en este caso, el régimen jurídico vendrá determinado por las características de la parte separada que se trate. Si deciden adjudicar un contrato único, se aplicará la Directiva de concesiones, a excepción del apartado 4 de este precepto –supuesto que contengan elementos de concesiones y de contratos regulados en las dos otras directivas de cuarta generación- o del artículo 21-sobre contratos mixtos de defensa y seguridad- con independencia del régimen jurídico al que dichas partes hubieran quedado sujetas de otro modo.

Si se trata de contratos mixtos que contienen elementos de concesiones, así como elementos de contratos públicos regulados por la Directiva 2014/24/UE o de contratos regulados por la Directiva 2014/25/UE, el contrato mixto se adjudicará de conformidad con las disposiciones de estas dos últimas directivas⁴⁰⁵. En estos casos, por lo tanto, la Directiva de concesiones cede a favor de las otras dos directivas.

Si las diferentes partes no son separables⁴⁰⁶, se determinará en función del objeto principal del contrato⁴⁰⁷. En el caso de contratos relacionados con elementos de una

a 245. Este nuevo criterio tiene su origen en la jurisprudencia, en especial, en las Sentencias del Tribunal de 6 de mayo de 2010, (asuntos acumulados C-145/08 y C-149/08), *Club Hotel Loutraki y otros*, y de 22 de diciembre de 2010, *Mehiläinen Oy* (C-215/09).

⁴⁰³ LAZO VITORIA, X., “Contratos públicos, concesiones...”, *op. cit.*, pág. 432.

⁴⁰⁴ De conformidad con el Considerando número 30: “*En el caso de los contratos mixtos que pueden dividirse, el poder o entidad adjudicador podrá en todo momento adjudicar contratos independientes para las partes separadas del contrato mixto, en cuyo caso las disposiciones que han de aplicarse a cada parte deben de determinarse exclusivamente teniendo en cuenta las características de ese contrato específico. Por otra parte, cuando el poder o entidad adjudicador decida adjudicar un contrato que incluya tanto aspectos de una concesión como otros aspectos, independientemente del valor y del régimen jurídico que se hubiera aplicado a dichos aspectos de otro modo, deben indicarse las normas aplicables a dichos casos. Deben establecerse disposiciones especiales para los contratos mixtos que contienen aspectos relativos a la defensa o a la seguridad, o determinadas partes que no están incluidas en el ámbito de aplicación del TFUE*”.

⁴⁰⁵ Tal y como ya establece el artículo 3.4 párrafo tercero de la Directiva 2014/24/UE al señalar: “*Cuando se trate de contratos mixtos que contengan elementos de contratos de suministro, obras y servicios y de concesiones, el contrato mixto se adjudicará de conformidad con la presente Directiva, siempre que el valor estimado de la prestación propia de un contrato regulado por la presente Directiva, calculado con arreglo al artículo 5, sea igual o mayor al umbral correspondiente establecido en el artículo 4*”.

⁴⁰⁶ En este sentido, el Considerando 29 de la Directiva insiste en el modo en que los poderes y entidades adjudicadores deben determinar si las distintas partes son separables o no. Según este Considerando, dicha precisión se basará en la jurisprudencia pertinente del Tribunal. La determinación se realizará atendiendo a cada caso particular, teniendo en cuenta que la intención expresa o presunta de los poderes o las entidades adjudicadoras de

concesión de servicios y con contratos de suministro, el objeto principal se determinará en función de cuál de los valores estimados de los respectivos servicios o suministros sea el más alto.

El artículo 20 de la Directiva dispone una serie de criterios para deslindar los supuestos en los que son de aplicación la Directiva de concesiones en los supuestos de concesiones mixtas y parte de la filosofía que el criterio económico no puede aplicarse cuando se trate de un contrato mixto compuesto por prestaciones cuya contraprestación separada implica umbrales de publicidad distintos⁴⁰⁸ ya sea de servicios o suministros y obras.

considerar los diversos aspectos que constituyen un contrato mixto como indivisibles no es suficiente, sino que debe apoyarse en pruebas objetivas, capaces de justificarla y de establecer la necesidad de celebrar un contrato único. Así, se recoge el ejemplo en el que la necesidad quedaría justificada en el caso de la construcción de un único edificio, del que una parte vaya a ser aprovechada directamente por el “poder adjudicador” interesado y otra parte vaya a ser aprovechada sobre la base de una concesión, por ejemplo para ofrecer al público plazas de aparcamiento. Y, aclara que la necesidad de celebrar un único contrato puede deberse a motivos de índole tanto técnica como económica. El Considerando 31 de la Directiva así se pronuncia, y señala que: “*La determinación de cuál es la actividad para la que la concesión se destina principalmente puede basarse en el análisis de las necesidades a las que la concesión específica deberá responder, efectuado por la entidad adjudicadora a fin de estimar el valor de la concesión y de establecer los documentos de adjudicación de la misma. En algunos casos podría resultar imposible determinar objetivamente cuál es la actividad para la que la concesión se destina principalmente. Deben indicarse las normas aplicables a dichos casos*”.

⁴⁰⁷ Al respecto, cabe destacar la referencia a la teoría de la principalidad del objeto de la prestación. En este sentido, se pronunció el Tribunal en la Sentencia de 19 de abril de 1994, *Gestión Hotelera Internacional* (As. C-331/92). El Tribunal en la Sentencia *Gestión Hotelera Internacional* señaló que: “*cuando las obras tienen solo un carácter accesorio en relación con el objeto principal de la licitación, la totalidad de esta licitación no puede calificarse de contrato público de obras*”. En la Sentencia de 6 de mayo de 2010, *Club Hotel Loutraki* (C-145/08 y C-149/08) en el apartado 48 afirma que: “*Se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que en el caso de un contrato mixto cuyas distintas estipulaciones están ligadas inseparablemente y forman, por lo tanto, un todo indivisible –con arreglo a lo indicado en el anuncio de licitación–, la operación en cuestión debe examinarse en su conjunto de forma unitaria a efectos de su calificación jurídica y debe valorarse con arreglo a las normas por las que se rige la estipulación que constituye el objeto principal o elemento preponderante del contrato (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de diciembre de 1989, Comisión/Italia, C-3/88, Rec. p. 4035, apartado 19; de 19 de abril de 1994, Gestión Hotelera Internacional, C-331/92, Rec. p. I-1329, apartados 23 a 26; de 18 de enero de 2007, Auroux y otros, C-220/05, Rec. p. I-385, apartados 36 y 37; de 21 de febrero de 2008, Comisión/Italia, C-412/04, Rec. p. I-619, apartado 47, y de 29 de octubre de 2009, Comisión/Alemania, C-536/07, Rec. p. I-0000, apartados 28, 29, 57 y 61). 49. Esta conclusión es válida con independencia de que el compromiso que constituye el objeto principal de un contrato mixto esté o no comprendido en el ámbito de aplicación de las Directivas sobre contratación pública. 50. Por consiguiente, procede examinar si el contrato mixto en cuestión en el litigio principal constituye un todo indivisible y, de ser necesario, si, en su conjunto, a causa de su objeto principal, está comprendido en el ámbito de una de las Directivas que regulan los contratos públicos mencionadas en el artículo 1 de la Directiva 89/66*”. Así lo ha ido entendiendo la jurisprudencia en la Sentencia del Tribunal de 5 de noviembre de 1989, *Comisión contra la República Italiana* (Asunto C3/88) y Sentencia de 18 de enero de 2007, *Auroux y otros*, (Asunto C-220/05).

⁴⁰⁸ La Sentencia del Tribunal de 21 de febrero de 2008, *Comisión contra República Italiana*, (Asunto C-412/04) afirma en el fundamento jurídico 49 que: “*cuando un contrato contiene a un tiempo elementos propios de un contrato público de obras y elementos propios de algún otro tipos de contrato, ha de estarse al objeto principal del contrato para determinar qué directiva comunitaria sobre contratación pública debe en principio aplicarse*” y “*esta determinación debe llevarse a cabo a la luz de las obligaciones esenciales que prevalecen y que, como tales, caracterizan dicho contrato, por oposición a aquellas otras que solo tienen carácter accesorio complementario y que son impuestas por el propio objeto del contrato, pues la cuantía respectiva de las diferentes prestaciones que forma parte del contrato tan solo constituye uno de los distintos criterios que deben tenerse en cuenta a la hora de proceder a dicha determinación*”.

Cuando una parte de un contrato determinado esté regulado por el artículo 346 del TFUE o la Directiva 2009/81/CE, se aplicará el artículo 21 de la presente Directiva. En el caso de contratos destinados a la realización de varias actividades, si una de ellas está sujeta al Anexo II de la Directiva 2014/23/UE o a la Directiva 2014/25/UE las disposiciones aplicables se establecerán de acuerdo con el artículo 22 de la Directiva de concesiones y el artículo 65 de la Directiva 2014/25/UE respectivamente.

Específicamente, el artículo 21 prevé los supuestos de contratos mixtos que contienen aspectos relativos a la defensa y la seguridad. En el caso que se trate de actividades reguladas en el Anexo II y otras actividades, las entidades adjudicadoras tienen la potestad de decidir adjudicar contratos separados a efectos de cada actividad distinta, o adjudicar un contrato único. En el caso que decidan adjudicar un contrato distinto, la decisión sobre las normas aplicables a cada uno de los distintos contratos se adoptará en función de las características de las distintas actividades.

La Directiva detalla que, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 20, cuando las entidades adjudicadoras decidan adjudicar un contrato único, serán de aplicación los apartados 2 y 3 del presente artículo que a continuación se analiza, mientras cuando una de las actividades de que se trate esté regulada por el artículo 346 del TFUE o la Directiva 2009/81/CE, se aplicará el artículo 23 de la presente Directiva. El artículo 23 de la Directiva regula las concesiones relacionadas con actividades a que se refiere el Anexo II y relacionadas con aspectos de defensa y seguridad.

5. ASPECTOS NOVEDOSOS DE LAS NORMAS DE LA LICITACIÓN Y DE LA ADJUDICACIÓN Y DE LA ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS DE CONCESIONES

En primer lugar, cabe destacar que la nueva Directiva no regula con el mismo detalle⁴⁰⁹ como lo hace la Directiva 2014/14/UE de contratos el procedimiento de

⁴⁰⁹ En comparación con la propuesta de Directiva, cabe destacar que se suprimen del texto final, todas las determinaciones sobre especificaciones técnicas –y, en consecuencia, los medios de prueba exigibles–, por ser “*excesivamente detalladas y contrarias al principio de transferencia del riesgo*” (enmiendas núm. 195, 196 y 218); las normas sobre negociación, “*en aras de la flexibilidad*” (enmiendas núm. 199, 219 y 220); y la regulación de la oferta económicamente más ventajosa y de la evaluación de los costes del ciclo de vida, en tanto que “*el concedente*”

adjudicación, sino que solo contempla determinados requisitos generales⁴¹⁰ permitiendo a los Estados miembros establecer su organización y procedimiento⁴¹¹. A diferencia de la Directiva 2014/24/UE, el objetivo de la Directiva de concesiones es instaurar un marco propio para las concesiones que sea “*adecuado, equilibrado y flexible*” y que al mismo tiempo no genere una burocracia excesiva (Considerandos 1 y 2), para procurar el respeto con las legislaciones nacionales de manera que las disposiciones de coordinación “*no deberían ir más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos citados y para garantizar un cierto grado de flexibilidad, que asegure el mejor resultado posible; permitiendo que los Estados puedan completar y desarrollar el estatuto jurídico de las concesiones, especialmente con el fin de reforzar la observancia de los principios comunitarios*” (Considerando 8).

Una de las principales novedades de la Directiva es, como ya se ha avanzado, el hecho que serán de aplicación la mayoría de obligaciones procedimentales que actualmente rigen la adjudicación de concesiones de obras al contrato de concesión de servicios. En cuanto a los servicios sociales y a otros servicios específicos, de acuerdo con el artículo 19, únicamente les será de aplicación las normas del artículo 31 apartado 3 relativas a la publicación, artículos 32 sobre anuncios de adjudicación, artículo 46 sobre modificación de la Directiva 89/665⁴¹² y artículo 47 sobre la Directiva 92/13/CEE⁴¹³ sobre el procedimiento de recurso.

Las novedades procedimentales de la Directiva tienen como objetivo asegurar un mayor acceso a los mercados de concesiones. Muchas de las medidas son las que ya

es libre de elegir los criterios de adjudicación que considere pertinentes, respetando las normas de la presente Directiva” (enmiendas núm. 221 y 222).

⁴¹⁰ LAZO VITORIA, X., “La propuesta de Directiva de concesiones: rasgos fundamentales”, publicado en www.obp.es, de 23 de marzo de 2013.

⁴¹¹ En el Considerando 5 de la Directiva señala que: “*la presente Directiva reconoce y reafirma el derecho de los Estados miembros y las autoridades públicas a determinar los medios administrativos que consideren más adecuados para la realización de obras y la prestación de servicios. En concreto, la presente Directiva no debería menoscabar en modo alguno la libertad de los estados miembros y de las autoridades públicas para realizar obras o prestar servicios directamente al público o para externalizar tal suministro mediante delegación a terceros. Los Estados miembros y las autoridades públicas deberían continuar siendo libres para definir y especificar las características de los servicios que hayan de prestarse, incluidas las eventuales condiciones relativas a la calidad o el precio, de conformidad con el Derecho de la Unión, con el fin de lograr sus objetivos de interés público*”.

⁴¹² 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 (DO L 395 de 30.12.1989).

⁴¹³ Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO L 76 de 23.3.1992).

señaló la Comunicación sobre Colaboración público-privada y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones de 15 de noviembre de 2005 [COM (2005) 569 final].

5.1. Principios de la licitación

Los principios de la licitación de los contratos de concesión, están regulados en el Capítulo II. El artículo 26 hace referencia al acceso de los diferentes operadores económicos a las licitaciones y el artículo 28 garantiza el principio de confidencialidad⁴¹⁴ respecto a la información facilitada por los operadores económicos que éstos hayan designado como tal, incluidos -aunque no exclusivamente-, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas, sin perjuicio que se hagan públicas las partes no confidenciales de los contratos celebrados, así como de los cambios posteriores. Se prevé que los *poderes y entidades adjudicadores*⁴¹⁵ podrán imponer a los operadores económicos requisitos destinados a proteger el carácter confidencial de la información que comuniquen con motivo del procedimiento de adjudicación de las concesiones.

Se introducen importantes especificaciones de las comunicaciones vía electrónica⁴¹⁶. Las Directivas 2004/17/UE y 2004/18/CE⁴¹⁷ ya regulaban los medios

⁴¹⁴ Sobre esta cuestión resulta de interés el trabajo de BELTRÁN GÓMEZ, A. I., “El derecho de acceso a un expediente de contratación y la confidencialidad de las propuestas”, en núm. Extraordinario *Revista Estudios Locales*, núm. 161, 2013, págs. 287 a 308 y RAZQUIN LIZÁRRAGA, M. M., La confidencialidad de los secretos comerciales, www.obcp.es de 13 de marzo de 2017, *IDEM, La confidencialidad de los datos empresariales en poder de las Administraciones Públicas (Unión Europea y España)*, Iustel, Madrid, 2013. Así como el Informe núm. 15/2012, de 19 de septiembre de 2012, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón sobre “Confidencialidad de las proposiciones de los licitadores”. El Tribunal en la Sentencia de 14 de febrero de 2008, VAREC (C-450/06) afirmó que: “*El principio de la protección de la información confidencial y de los secretos comerciales debe aplicarse de manera que se concilie con las exigencias de una protección jurídica efectiva y el respeto del derecho de defensa de las partes en el litigio (véase, por analogía, la sentencia de 13 de julio de 2006, Mobistar, C-438/04, Rec. p. I-6675, apartado 40) y, en el supuesto de un recurso judicial o de un recurso ante un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 CE, de manera que se garantice que el procedimiento respeta, en su conjunto, el derecho a un proceso justo*”.

⁴¹⁵ La propia Directiva en el Considerando 60 de la Directiva indica que: “*Con el fin de garantizar la confidencialidad durante el procedimiento, los poderes y entidades adjudicadores y los operadores económicos no deben divulgar ninguna información que se haya declarado confidencial. El incumplimiento de estas obligaciones debe dar lugar a la aplicación de las sanciones pertinentes, conforme establezca el Derecho civil o administrativo de los Estados miembros*”.

⁴¹⁶ A nivel de la UE, cabe destacar los siguientes trabajos: Plan de acción para la aplicación del marco jurídico de la contratación pública electrónica, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 13 de diciembre de 2004; Commission staff working document. Requirements for conducting public procurement using electronic means under the new public procurement Directives 2004/18/CE and 2004/17/EC de 8 de julio de 2005 SEC(2005) 959; Plan de acción sobre la administración electrónica i2010: Acelerar la administración electrónica a Europa en beneficio de todos; Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 25 de abril de 2006 COM (2006) 173 final; Libro verde sobre la generalización del

electrónicos al ser consciente el legislador que ampliaban la competencia y mejoraban la eficacia⁴¹⁸ del sistema público de pedidos ahorrando tiempo y dinero. Siguiendo con esta línea, la nueva Directiva prevé que los Estados miembros o los poderes y entidades adjudicadores puedan elegir potestativamente entre los siguientes medios:

- a) medios electrónicos;
- b) correo postal o fax;
- c) comunicación verbal, incluso por teléfono, para las comunicaciones que no incluyan los elementos esenciales de un procedimiento de adjudicación de concesiones, y siempre que el contenido de la comunicación verbal esté suficientemente documentado en un soporte duradero;
- d) la entrega en mano certificada mediante acuse de recibo.

De acuerdo con la redacción definitiva, únicamente los medios electrónicos serán obligatorios en los casos previstos en los artículos 33.2 sobre anuncios de concesiones y de adjudicación que se enviarán a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea de acuerdo con el Anexo IX, y el artículo 34 sobre el acceso directo completo, gratuito y sin restricciones a los documentos relativos a las concesiones. Siguiendo con la línea señalada, que aún no acaba de exigir la obligatoriedad de estos medios en todos los supuestos⁴¹⁹, el legislador reconoce que los medios de información y comunicación electrónicos pueden simplificar enormemente la publicación de las concesiones y

recurso en la contratación pública electrónica a la UE (COM (2010) 571 final); Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 20 de abril de 2012 COM (2012) 179 *final*, así como la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas (*DO L* 157 de 15.6.2016) que aún no ha entrado en vigor.

⁴¹⁷ Como precedentes la regulación hasta el momento hay que destacar la previsión de equipo electrónico de comunicación: artículos 1.12 y 1.13 de la Directiva 2004/18/CE y artículos 1.11 y 1.12 de la Directiva 2004/17/CE; firmas electrónicas art. 42.5.b) de la Ley 2004/18/CE y art. 48.5.b) de la Ley 2004/17/CE; sistemas dinámicos de adquisición artículo 1.6 de la Directiva 2004/18/CE y 1.5 de la Directiva 2004/17/CE; subastas electrónicas art. 1.7 de 2004/18/CE y art. 1.6 de la Directiva 2004/17/CE; catálogos electrónicos Considerando 12 de la Directiva 2004/18/CE y Considerando 20 de la Directiva 2004/17/CE; notificación electrónica artículos 36.2, 36.3 y 36.6 de la Directiva 2004/18/CE y artículos 44.2 y 44.3 de la Directiva 2004/17/CE.

⁴¹⁸ En el Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la UE de 18 de octubre de 2010, se exponen las ventajas que suponen la utilización generalizada de la contratación electrónica: mayor accesibilidad y transparencia, ventajas en relación con los procedimientos concretos, ventajas en cuanto al logro de una mayor eficacia en la gestión de la contratación, potencial de cara a la integración de los mercados de contratación en la UE. Hasta el momento se habían realizado determinadas acciones financiadas y dirigidas por la Comisión en apoyo de la contratación pública electrónica: PEPPOL, Open e-PRIOR, e-CERTIS.

⁴¹⁹ El Considerando 29 de la Directiva establece que: “*Los Estados miembros podrán imponer más allá de las obligaciones establecidas en el artículo 33 apartado 2 y el artículo 34 es uso obligatorio de medio electrónicos de comunicación para las concesiones*”.

aumentar la eficiencia, la celeridad y la transparencia de los procesos de adjudicación de concesión y aumentar considerablemente las posibilidades de los operadores económicos de participar en los procedimientos de adjudicación de concesiones en todo el mercado interior⁴²⁰.

Se insiste en la necesidad que los instrumentos que se utilizarán para la comunicación por medios electrónicos deberán estar disponibles de forma general y no discriminatoria, y no restringir el acceso de los operadores económicos al procedimiento de adjudicación de concesiones (artículo 29.2 de la Directiva). Las herramientas y dispositivos que deberán utilizarse para la comunicación por medios electrónicos, así como sus características técnicas, deberán ser interoperables con los productos de las tecnologías de la información y la comunicación de uso general.

En todos los actos de comunicación, intercambio y almacenamiento de información, los poderes y entidades adjudicadores garantizarán la protección de la integridad de los datos y la confidencialidad de las ofertas y de las solicitudes de participación.

5.2. Principios generales de procedimiento

La nueva Directiva dedica el Capítulo I del Título II a los principios generales, anuncios de concesión, anuncios de adjudicación de concesiones, redacción y forma de publicación de los anuncios, acceso electrónico a los documentos relativos a las concesiones, lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de interés.

El carácter transversal de la contratación pública se refleja en el artículo 30.3 de la Directiva como forma estratégica para la consecución de objetivos sociales, ambientales o de innovación⁴²¹. El legislador establece la obligación de los Estados

⁴²⁰ En este sentido el Considerando 74 de la Directiva señala que: “*Los medios de información y comunicación electrónicos pueden simplificar enormemente la publicación de las concesiones y aumentar la eficiencia, la celeridad y la transparencia de los procesos de adjudicación de concesión. Estos podrían convertirse en el método habitual de comunicación e intercambio de información en los procedimientos de adjudicación de concesiones, ya que hacen aumentar considerablemente las posibilidades de los operadores económicos de participar en los procedimientos de adjudicación de concesiones en todo el mercado interior*”.

⁴²¹ GIMENO FELIÚ, J. M., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública...*, op. cit., pág. 39, afirma que: “*La concepción de lo que es la contratación pública –y su fundamento- ha cambiado de forma muy*

miembros de adoptar medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos de concesión, los operadores económicos cumplan con las obligaciones establecidas por la legislación de la Unión en materia medioambiental, laboral y social, por la legislación nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional en materia medioambiental, social y laboral enumeradas en el Anexo X. En todo caso, se deberá controlar el cumplimiento de las disposiciones legales en materia ambiental, social y laboral en las respectivas fases del procedimiento de adjudicación de la concesión, en especial cuando se apliquen los principios generales a la elección de participantes y la adjudicación de contratos al aplicar los criterios de exclusión⁴²².

Una de las principales finalidades de la Directiva es aumentar la transparencia y la igualdad en los procedimientos de adjudicación⁴²³, limitando la arbitrariedad de los poderes y entidades adjudicadoras mediante la publicación previa a través del correspondiente anuncio y posterior publicación de la adjudicación, la salvaguarda de los procedimientos, los criterios de selección y adjudicación y los plazos que tienen que observar los licitadores. La Directiva tiene como intención coordinar los procedimientos nacionales en la medida necesaria que permita a los Estados miembros completar y desarrollar las disposiciones si lo consideran oportuno⁴²⁴.

La necesaria transparencia se manifiesta en la Directiva desde dos perspectivas:

notable en los últimos años. Lejos queda la visión burocrática de la compra pública, diseñada desde una perspectiva hacendística y con escala prospectiva. Hoy puede afirmarse que la contratación pública debe ser visualizada como una potestad o herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas". También cabe hacer especial mención a sus trabajos: "Transparencia activa e integridad...", op. cit., pág. 27; IDEM, La nueva contratación pública europea y su incidencia..., op. cit., pág. 16 a 18, IDEM, "Compra pública estratégica...", op. cit., pág. 45 a 80, MEDINA ARNÁIZ, T., "Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública...", op. cit. pág. 43 a 94; IDEM, "Social Considerations in Spanish Public Procurement Law...", op. cit.; MELERO ALONSO, E., "El contrato administrativo como instrumento para ejercer políticas públicas...", op. cit.; MESTRE DELGADO, J. F., "Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental...", op. cit., pág. 707; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., "Cláusulas sociales y licitación pública: análisis jurídico", Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2009.

⁴²² De acuerdo con el Considerando 58 de la Directiva: "El control del cumplimiento de dichas disposiciones legales en materia ambiental, social y laboral se realizará en las respectivas fases del procedimiento de adjudicación de la concesión, a saber, cuando se apliquen los principios generales aplicables a la elección de participantes y la adjudicación de contratos, al aplicar los criterios de exclusión".

⁴²³ El artículo 30.2 de la Directiva expresamente señala que el poder o entidad adjudicadora no podrá facilitar información de forma discriminatoria que pueda dar ventajas a determinados candidatos o licitadores respecto a otros.

⁴²⁴ El Considerando 83 de la Directiva requiere a los Estados miembros que: "...supervisen de manera coherente y sistemática la aplicación y el funcionamiento de las normas sobre adjudicación de contratos de concesión con el fin de garantizar la aplicación eficiente y uniforme del Derecho de la Unión".

-en el deber de garantizar una publicidad adecuada que permita abrir el procedimiento de adjudicación a la competencia y controlar la imparcialidad de dicho procedimiento⁴²⁵,

-en el deber de informar a los interesados de la adjudicación con cierta antelación a la celebración del contrato para que estos dispongan de la posibilidad real de interponer un recurso y solicitar medidas cautelares antes de la formalización, garantizando la tutela judicial efectiva⁴²⁶.

Por lo tanto, la obligación de la publicidad alcanza su máximo reconocimiento tanto en la fase inicial: vía anuncios de contratación, como la fase final del procedimiento de adjudicación, salvo en el caso específico de las concesiones de servicios sociales y de aquellos otros servicios específicos del Anexo IV que establece un régimen diferenciado de publicidad (artículos 31.3 y 32) con la publicación de un anuncio de información previa, con el contenido previsto en el Anexo VI.

De acuerdo con el artículo 8 de la Directiva, la publicación en el Diario Oficial es obligatoria para los contratos de concesión de un valor igual o superior a 5.225.000 euros. De manera que el umbral existente para las concesiones de obras se extiende “*ex novo*” a las concesiones de servicio.

El anuncio de adjudicación deberá contener toda la información que hace referencia al Anexo V y, si procede, toda aquella información que el poder o entidad adjudicadora consideren conveniente. En especial, cabe hacer referencia al apartado 9 relativo a los criterios de adjudicación⁴²⁷ cuando no aparezcan en otros documentos relativos a la concesión.

⁴²⁵ Tal y como se pronunció el Tribunal en la Sentencia de 26 de septiembre de 2000, *Comisión/Francia* (C-225/98), apartado 34: “*A este respecto, cabe destacarse que el procedimiento de información previa, forma parte de las normas de publicidad previstas en la Directiva 93/37. Tal como resulta, en particular, del décimo considerando de dicha Directiva, estas normas tienen por objeto promover el desarrollo, en el ámbito comunitario, de una competencia efectiva en el sector de los contratos públicos de obras, garantizando a los licitadores potenciales procedentes de los demás Estado miembros la posibilidad de responder a las diferentes ofertas en condiciones comparables a las de los licitadores nacionales*”.

⁴²⁶ Me remito a la Sentencia del Tribunal de 11 de septiembre de 2014, *Ministero dell’Interno* (C-19/13), apartado 60 que indica: “*En consecuencia, la tutela judicial efectiva exige que se informe a los interesados de una decisión de adjudicación con cierta antelación a la celebración del contrato para que éstos dispongan de una posibilidad real de interponer un recurso, en particular una demanda de medidas cautelares, antes de dicha celebración (véanse, en este sentido, las sentencias Comisión/España, C-444/06, EU:C:2008:190, apartados 38 y 39 y Comisión/Irlanda, C-456/08, EU:C:2010:46, apartado 33)*”.

⁴²⁷ Entre otras, la Sentencia del Tribunal de 12 de marzo de 2015, *eVigilo Ltd.* (C-538/13) del Tribunal que afirma que: “*53. Procede declarar que los criterios de adjudicación de los contratos deben figurar en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones y que el hecho de que tales criterios sean incomprensibles o carezcan de*

Se extiende positivamente la obligación de la publicidad del anuncio a la adjudicación⁴²⁸, y a la modificación (artículo 43.1 *in fine*) como instrumento para aumentar la objetividad, la transparencia y la concurrencia. Únicamente se prevé la adjudicación de la concesión sin publicación previa en circunstancias muy excepcionales –el artículo 31.4 cuando solo pueda ser suministrado por un operador económico- y define en el artículo 31.5 *in fine* lo que debe entenderse por oferta no adecuada⁴²⁹.

El artículo 32 de la Directiva prevé que los poderes o entidades adjudicadoras están obligados a publicar en el DOUE un anuncio de adjudicación con el resultado del procedimiento de contratación que se realizará dentro de los 48 días siguientes de la adjudicación y contendrá la información enumerada en el Anexo VII, con indicación entre otras cuestiones del procedimiento utilizado, del número de ofertas recibidas, de los licitadores seleccionados, de las condiciones principales económicas de la concesión, así como del órgano responsable de los procedimientos de recurso. Este anuncio permitirá aumentar la transparencia y facilitar el control del procedimiento de adjudicación por todos los candidatos y licitadores. En el caso específico de los anuncios de adjudicación de concesiones de servicios sociales y otros servicios específicos del Anexo IV serán publicados de conformidad con el artículo 33.

Es sumamente positiva la obligación expresa de la publicación de la adjudicación⁴³⁰ en aras a garantizar un mayor control en los contratos de concesión

claridad puede constituir una infracción de la Directiva 2004/18. 54 En el apartado 42 de la sentencia SIAC Construction (C-19/00, EU:C:2001:553), el Tribunal de Justicia declaró que los criterios de adjudicación deben figurar en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, con el fin de que todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan interpretarlos de la misma forma”.

⁴²⁸ El Considerando 51 establece que: “Debido a los efectos negativos que ello pudiera tener para la competencia, solo debe permitirse la adjudicación de concesiones sin publicación previa en circunstancias muy excepcionales. Esta excepción debe limitarse a aquellos casos en los que esté claro desde el principio que la publicación no estimularía la competencia, en particular porque, objetivamente, solo existe un operador económico que puede ejecutar la concesión. La imposibilidad de adjudicar la concesión a cualquier otro operador económico no debe haber sido creada por el propio poder o entidad adjudicador ante la perspectiva de ese procedimiento de adjudicación. Además, debe estudiarse exhaustivamente si existen sustitutos adecuados”.

⁴²⁹ De acuerdo con este precepto será cuando no sea pertinente para la concesión, al no satisfacer manifiestamente, sin cambios sustanciales, las necesidades y requisitos del poder adjudicador o entidad adjudicadora especificados en la documentación de la concesión.

⁴³⁰ El Considerando 50 de la Directiva hace referencia a la obligación de publicar la adjudicación de las concesiones en el DOUE: “Con el fin de garantizar que los poderes y entidades adjudicadores den una adecuada publicidad a las concesiones de obras y servicios iguales o superiores a un determinado umbral, la adjudicación de tales concesiones debería ir precedida de la publicación obligatoria de un anuncio de concesión en el Diario Oficial de la Unión Europea”.

mediante un anuncio de concesión en el DOUE desarrollado en los artículos 32⁴³¹ y 33 de la Directiva. En palabras del legislador, esta obligación es para dar una adecuada publicidad a las concesiones de obras y servicios con el fin que los umbrales sean reflejo del interés transfronterizo de las concesiones para operadores económicos establecidos en otros Estados miembros.

Es interesante también destacar la prohibición contenida en el artículo 33.4 de la Directiva de la publicación oficial a escala nacional⁴³² de los anuncios de concesión y de adjudicación con anterioridad a su publicación europea, salvo que esta última no se lleve a cabo en el plazo de 48 horas posterior a la confirmación de su recepción –de forma electrónica- por parte de la Oficina de Publicación de la Unión Europea (artículo 33.4). Se trata de una medida para evitar que se pueda producir una situación de ventaja competitiva de los licitadores nacionales frente a potenciales licitadores de otros Estados miembros.

En el artículo 34 de este capítulo igualmente se regula que el acceso electrónico a los documentos relativos a las concesiones será directo, completo, gratuito y sin restricciones por medios electrónicos a los documentos relativos a las concesiones a partir de la fecha de publicación del anuncio de licitación o cuando el anuncio de licitación no incluya la convocatoria de ofertas, a partir de la fecha de envío de esta última. También se prevé que se indicará en el anuncio la dirección de internet en que pueden consultarse dichos documentos.

Es importante la previsión del apartado 3 del artículo 34 de la posibilidad que los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras puedan dar información adicional a todos los candidatos o licitadores participantes sobre los documentos relativos al contrato si se solicita anticipadamente por parte de los candidatos o licitadores participantes.

⁴³¹ Este artículo dispone que: “1. A los 48 días de la adjudicación de una concesión como muy tarde, el poder o entidad adjudicadora enviará con arreglo a las modalidades previstas en el artículo 33, un anuncio con el resultado del procedimiento de adjudicación de la concesión. Para los servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el Anexo IV, dichos anuncios podrán, no obstante, agruparse trimestralmente. En ese caso, enviarán los anuncios agrupados a más tardar a los 48 días de acabado el trimestre. 2. Los anuncios de adjudicación de concesiones contendrán la información enumerada en el Anexo VII o, tratándose de la concesión de servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el Anexo IV, la información enumerada en el Anexo VIII, y serán publicados de conformidad con el artículo 33”.

⁴³² Al respecto, cabe señalar que esta previsión afecta directamente al artículo 142 del TRLCSP, por lo que se deberá adaptar la redacción de la normativa interna.

Por último, cabe destacar la regulación del artículo 35 que, por primera vez prevé, dentro de los principios generales de las normas de adjudicación del contrato, medidas contra la corrupción, fraude, favoritismo y la prevención de los conflictos de interés⁴³³.

Se define el concepto de “conflictos de interés”⁴³⁴ como cualquier situación en la que los miembros del personal del poder o entidad adjudicador que participen en el desarrollo del procedimiento de adjudicación de una concesión o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento tengan, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o particular que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia⁴³⁵ en el contexto del procedimiento de adjudicación de la concesión.

Al respecto, MEDINA ARNÁIZ⁴³⁶ analiza que, a diferencia de lo que sucedía en las propuestas de Directivas, estos artículos no precisan qué se entiende por “intereses

⁴³³ En este sentido, la Sentencia del Tribunal de 12 de marzo de 2015, *e Vigilo Ltd* (C-538/13) afirma que: “43. Como este deber corresponde al contenido esencial de las directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos (véase la sentencia *Michaniki*, C-213/07, EU:C:2008:731, apartado 45), de ello se desprende que el poder adjudicador está obligado, en cualquier caso, a comprobar la existencia de eventuales conflictos de intereses y a adoptar las medidas adecuadas para prevenir, detectar y poner remedio a los conflictos de intereses. Pues bien, resulta incompatible con ese papel activo hacer recaer sobre la demandante la carga de probar, en el marco del procedimiento de recurso, la parcialidad concreta de los expertos nombrados por el poder adjudicador. Una solución en ese sentido resulta también contraria al principio de efectividad y a la exigencia de un recurso eficaz que figura en el artículo 1, apartado 1, párrafo tercero, de la Directiva 89/665, dado que un licitador no está, por regla general, en condiciones de tener acceso a información y a elementos de prueba que le permitan demostrar una parcialidad de ese tipo. 44. De este modo, si el licitador excluido presenta elementos objetivos que ponen en entredicho la imparcialidad de un experto del poder adjudicador, incumbe al propio poder adjudicador examinar todas las circunstancias pertinentes que han conducido a la adopción de la decisión relativa a la adjudicación del contrato con el fin de prevenir, detectar y poner remedio a los conflictos de intereses, incluso recurriendo a las partes para que presenten, en caso necesario, información y elementos de prueba”.

⁴³⁴ El concepto de conflicto de interés está contemplado de forma expresa en el artículo 7.4 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción realizada Nueva York el 31 de octubre de 2003 (Instrumento de Ratificación del Reino de España, de 9 de junio de 2006, publicado en BOE de 19 de julio de 2006). Asimismo, el artículo 8 incluye una serie de exigencias generales respecto de los códigos de conducta para funcionarios públicos desde la promoción de la integridad, la honestidad y la responsabilidad, además de procurar “sistemas para exigir a los funcionarios públicos que hagan declaraciones a las autoridades competentes en relación, entre otras cosas, con sus actividades externas y con empleos, inversiones, activos y regalos o beneficios importantes que puedan dar lugar a un conflicto de intereses respecto de sus atribuciones como funcionarios públicos” (artículo 8.5).

⁴³⁵ De acuerdo con la jurisprudencia europea, la facultad de un licitador de influir en las condiciones de licitación en un sentido que le sea favorable, aunque sea involuntariamente, es constitutiva de una situación de conflicto de interés. Al respecto, cabe mencionar la Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de marzo de 2005, *Fabricom* (C-21/ 03 y C-34/03), apartados 29 y 30; Sentencia del Tribunal General de 17 de marzo de 2005, *AFCon Management Consultants y otros/Comisión* (T-160/03), apartado 74; Sentencia de 20 de marzo de 2013, *Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy* (T-415/10) apartado 114; Sentencia de 18 de diciembre de 2014, *Generali-Providencia Biztosító* (C-470/13); Sentencia de 11 de diciembre de 2014, *Croce Amica One Italia*, (C-440/13); Sentencia de 6 de noviembre de 2014, *Cartiera dell’Adda* (C-42/13) y Sentencia de 10 de julio de 2014, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici* (C 358/12).

⁴³⁶ MEDINA ARNÁIZ, T., “Los conflictos de intereses llegan a las directivas sobre contratación pública”, en el libro colectivo *Observatorio de los contratos públicos 2013*, GIMENO FELIÚ, J. M. (dir.) y BERNAL BLAY, M. A. (coord.), Civitas, Cizur Menor, 2014, págs. 271 a 302.

particulares o personales”, ni plantean soluciones orientadas a evitar la aparición del conflicto de intereses, no resuelven los conflictos de intereses que se puedan presentar, ni adoptan medidas correctoras “*que podrán consistir en la denegación de la participación del miembro del personal en cuestión en el procedimiento de contratación afectado o en la reasignación de sus funciones y responsabilidades*”, ni se aborda un sistema de notificación y denuncia de irregularidades (mecanismos *whistleblower*).

El artículo 38.7.d) de la Directiva prevé como medida para resolver los conflictos de interés de carácter potestativo y consiste en la exclusión del licitador o candidato de la adjudicación del contrato. De esta manera, la Directiva⁴³⁷ prevé restringir el derecho a contratar de aquellas personas cuyas vinculaciones con alguno/s de los miembros del órgano de contratación pudiera poner en entredicho la debida parcialidad.

En todo caso, en lo relativo a los conflictos de interés, las medidas adoptadas no irán más allá de lo estrictamente necesario para impedir conflictos de interés o eliminar los conflictos detectados.

5.3. Desarrollo del procedimiento

El procedimiento de la licitación de los contratos de concesión está poco desarrollado en la Directiva, el Capítulo II del Título II titulado “Garantías procedimentales” se limita a la regulación de los requisitos técnicos y funcionales, garantías procedimentales, selección y evaluación cualitativa de los candidatos, plazos de recepción de las solicitudes de participación y ofertas para la concesión, comunicación a los candidatos y los licitadores y criterios de adjudicación (Sección 1), dejando a los Estados miembros libertad en la regulación del procedimiento.

5.3.1. Requisitos técnicos y funcionales

⁴³⁷ El Considerando 61 de la Directiva establece que: “*A fin de combatir el fraude, el favoritismo y la corrupción e impedir los conflictos de interés, los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para garantizar la transparencia del procedimiento de adjudicación y la igualdad de trato de todos los candidatos y licitadores. Dichas medidas deben estar encaminadas, en particular, a eliminar los conflictos de intereses y otras irregularidades graves*”.

El artículo 36 de la Directiva regula los requisitos técnicos o funcionales que definirán los contratos de concesión exigiendo que, en todo caso, han de estar vinculados a la materia objeto del contrato y ser proporcionados a su valor y objetivos.

Las características que podrán incluir son, entre otras, los niveles de calidad, los niveles de comportamiento ambiental⁴³⁸ y climático, de diseño para todas las necesidades (incluida la accesibilidad de los discapacitados) y la evaluación de la conformidad, el rendimiento, la seguridad o las dimensiones, la terminología, los símbolos, los ensayos y métodos de ensayo, el marcado y etiquetado o instrucciones de uso. Dichas características no son exhaustivas sino se señalan a título indicativo⁴³⁹.

Estos criterios deben permitir, en todo caso, la apertura a la competencia de la adjudicación de concesiones, sin que restrinjan artificialmente la competencia mediante requisitos que favorezcan a un determinado operador económico⁴⁴⁰. En cualquier caso, los poderes o entidades adjudicadores deben estudiar las ofertas que incluyan obras o servicios, incluidos los suministros que sean accesorios a los mismos, y satisfagan por equivalencia los requisitos definidos en las especificaciones técnicas (artículo 36.2 y 3).

⁴³⁸ El artículo 23 de la Directiva 2004/18/CE ya preveía la posibilidad de incluir características medioambientales al establecer que las especificaciones técnicas se podían formular en términos de rendimiento o de exigencias funcionales; pudiéndose incluir características medioambientales.

⁴³⁹ La Sentencia del Tribunal de 12 de marzo de 2015, *eVigilo* (C-538/13) anteriormente citada, expresamente hace referencia a la necesidad que los criterios estén vinculados con el objeto del contrato sin que sea una lista exhaustiva: “60. Según el artículo 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18, la oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador se aprecia según distintos criterios vinculados al objeto del contrato público de que se trate: por ejemplo, la calidad, el precio, el valor técnico, las características estéticas y funcionales, las características medioambientales, el coste de funcionamiento, la rentabilidad, el servicio posventa y la asistencia técnica, la fecha de entrega y el plazo de entrega o de ejecución. 61. Según la jurisprudencia, dicha enumeración, como se deduce de la utilización de la expresión “por ejemplo”, no es exhaustiva (véase la sentencia Comisión/Países Bajos, C-368/10, EU:C:2012:284, apartado 84)”.

⁴⁴⁰ El Considerando 67 de la Directiva establece que: “Las especificaciones técnicas y funcionales establecidas por los poderes y entidades adjudicadores deben permitir la apertura a la competencia de la adjudicación de concesiones. Dichas especificaciones deben incluir las características obligatorias de las obras o servicios incluidos en la concesión y pueden referirse al proceso específico de producción y prestación de las obras o servicios de que se trate, siempre y cuando guarden relación con el contenido de la concesión y sean proporcionados en relación con el valor y los objetivos de la misma. En el proceso específico de producción pueden incluirse especificaciones referentes a la facilidad de acceso para las personas con discapacidad o a los niveles de rendimiento medioambiental. Estas especificaciones técnicas y funcionales deben incluirse en los documentos de la concesión y cumplir los principios de igualdad de trato y transparencia. Deben elaborarse de manera que no se restrinja artificialmente la competencia merced a requisitos que favorezcan a determinado operador económico, por ejemplo reproduciendo las características principales de los suministros, servicios u obras habituales de tal operador económico. En cualquier caso, los poderes o entidades adjudicadores deben estudiar las ofertas que incluyan obras o servicios, incluidos los suministros que sean accesorios a los mismos, y satisfagan por equivalencia los requisitos definidos en las especificaciones técnicas”.

5.3.2. Garantías procedimentales

El principio general que establece el artículo 37 es que las concesiones se otorgarán en función de los criterios de adjudicación establecidos por el poder o entidad adjudicador de conformidad con el artículo 41, pero siempre que el licitador cumpla con los requisitos mínimos, en su caso, consignados por el poder o entidad adjudicador, con las condiciones participación (capacidad profesional y técnica, solvencia financiera y económica), y que no esté incurso en ninguno de los supuestos de exclusión para participar en el procedimiento de adjudicación previstos en el artículo 38, apartados 4 a 7, sin perjuicio de la excepción a estos supuestos del artículo 38, apartado 9.

Se regulan los requisitos mínimos que toda licitación debe cumplir o tener y se admite la posibilidad que el poder o entidad adjudicador pueda limitar el número de candidatos o licitadores a un nivel adecuado, a condición de que lo haga de forma transparente y sobre la base de criterios objetivos, en todo caso, el número de candidatos o licitadores admitidos deberá ser suficiente para garantizar una competencia real. Se prevé la obligación que el poder o entidad adjudicador comunique a todos los participantes la descripción de la organización prevista del procedimiento y un plazo de ejecución aproximado y cualquier modificación deberá ser comunicada a todos los participantes y, en la medida en que afecte a los elementos descritos en el anuncio de concesión, a todos los operadores económicos.

También se recoge que el poder o entidad adjudicador pueda celebrar negociaciones con los candidatos y licitadores, siempre que el objeto de la concesión, los criterios de adjudicación y los requisitos mínimos no queden modificados durante las negociaciones.

5.3.3. Selección y evaluación cualitativa de los candidatos

El artículo 38 de la Directiva establece la obligación de los poderes y entidades adjudicadores de comprobar las condiciones de participación sobre la capacidad profesional y técnica, la solvencia financiera y económica de los licitadores o candidatos sobre la base de las declaraciones de los mismos de acuerdo con los

requisitos especificados en el anuncio de licitación. En ningún caso, estos requisitos deberán ser no discriminatorios y proporcionales al objeto de la concesión.

Se prevé que el operador económico o las agrupaciones de operadores económicos del artículo 38 se puedan basar en capacidades de otras entidades independientemente⁴⁴¹ de la naturaleza jurídica de sus vínculos con ellas y, en todo caso, deberán demostrar al poder o entidad adjudicador que dispondrá durante todo el período de la concesión de los recursos necesarios. En cuanto a la solvencia financiera, el poder o entidad adjudicador podrá exigir que el operador económico y aquellas entidades asuman una responsabilidad conjunta para la ejecución del contrato.

En cuanto a los motivos de exclusión⁴⁴², el párrafo 4 recoge los supuestos clásicos de exclusión que venía recogiendo la Directiva 2004/18/CE e incorpora otros

⁴⁴¹ Como ya preveía el artículo 47.2 de la Directiva 2004/18/CE y que, de acuerdo con el Considerando 63 de la Directiva, es decisiva para permitir la participación de las PYME. En este sentido, cabe traer a colación la Sentencia de 10 de octubre de 2013 *Swm Costruzioni 2* i *Mannocchi Luigino* (C-94/12) apartados 29 y 33 y la Sentencia del Tribunal de 14 de enero de 2016 *Ostas celtnieks SIA* y *Talsu novada pasvaldiba*, (C-234/2014) en la que afirma que: “24. Tal interpretación, como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, es conforme con el objetivo de abrir los contratos públicos a la mayor competencia posible que persiguen las Directivas en la materia, en beneficio no solo de los operadores económicos, sino también de los poderes adjudicadores, amén de que puede asimismo facilitar el acceso de las pequeñas y medianas empresas a los contratos públicos, lo que persigue también la Directiva 2004/18), como señala su considerando 32 (sentencia *Swm Costruzioni 2* y *Mannocchi Luigino*, C-94/12, EU:C:2013:646, apartado 34 y jurisprudencia citada). 25. Ahora bien, cuando, para demostrar su capacidad financiera, económica y técnica con vistas a su admisión en un procedimiento de licitación, una sociedad se refiere a las capacidades de organismos o empresas a los que está unida por vínculos directos o indirectos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, debe probar que puede «efectivamente» disponer de los medios de esos organismos o empresas que no son de su propiedad y son necesarios para la ejecución del contrato (véase, en este sentido, la sentencia *Holst Italia*, C-176/98, EU:C:1999:593, apartado 29 y jurisprudencia citada). 26. A este respecto, procede señalar que, con arreglo al artículo 44, apartado 1, de la Directiva 2004/18, corresponde al poder adjudicador comprobar la aptitud del licitador para ejecutar un contrato determinado. El objeto de dicha comprobación es, en particular, brindar a aquél la garantía de que, durante el período a que se refiere el contrato, el licitador podrá efectivamente utilizar los medios de todo tipo invocados (véase, por analogía, la sentencia *Holst Italia*, C-176/98, EU:C:1999:593, apartado 28). 27. En el marco de este control, los artículos 47, apartado 2, y 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18 no permiten ni presumir que ese licitador dispone o no de los medios necesarios para la ejecución del contrato ni, menos aún, excluir a priori determinados medios de prueba (véase, por analogía, la sentencia *Holst Italia*, C-176/98, EU:C:1999:593, apartado 30). 28. Por consiguiente, el licitador que se basa en las capacidades de otros empresarios para la ejecución de un contrato determinado es libre de escoger, por un lado, qué tipo de relación jurídica va a establecer con ellos, y, por otro, qué medio de prueba va a aportar para demostrar la existencia de esa relación jurídica. 29. Por otro lado, como señala el Abogado General en el punto 43 de sus conclusiones, los artículos 47, apartado 2, y 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18 establecen de modo expreso que la presentación del compromiso de otros empresarios de poner a disposición del licitador los medios necesarios para la ejecución del contrato es solo un ejemplo de prueba aceptable de que efectivamente va a disponer de esos medios, de manera que las citadas disposiciones no se oponen en absoluto a que el licitador que se basa en las capacidades de otros empresarios para la correcta ejecución del contrato que ha ofertado se sirva de otras pruebas para demostrar la relación jurídica que le une a ellos”.

⁴⁴² Los Considerandos 69, 70 y 71 desarrollan los motivos de estas exclusiones. Sobre la importancia de las prohibiciones de contratar como instrumento para luchar contra la corrupción me remito al trabajo de MEDINA ARNÁIZ, T., “Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación europea...”, *op. cit.*, págs. 328 y ss, que hace referencia a los diferentes autores como PISELLI, E., “The scope for excluding providers who have committed criminal offences under the UE Procurement Directives”, *PPLR*, vol. 9 (6), págs. 267 a 286; SCHOONER, S. 2004, “The Paper Tiger Stirs: Rethinking Suspension and Debarment” *PPLR*, vol. 13 (5), págs. 211 a 217; DREW, K., “The Challenges Facing Debarment and the European Union Public Procurement Directive”, en la obra colectiva *Fighting Corruption and Promoting Integrity in Public Procurement*, Organisation for Economic Co-operation and

nuevos, más acordes con la realidad actual que permiten a los poderes adjudicadores o entidades adjudicadoras o los Estados miembros pedir que se excluyan de la licitaciones⁴⁴³, si bien esta regulación se plantea con una sistemática un tanto confusa. Así distingue entre los supuestos en los que exista condena mediante sentencia firme por organización delictiva, corrupción, fraude, delito de terrorismo o delito ligado a actividades terroristas, blanqueo de capitales o financiación del terrorismo y trabajo infantil y otras formas de trata de seres humanos, supuestos en los que exista una resolución judicial o administrativa firme con autoridad de cosa juzgada por la que se establezca, o incluso cuando pueda demostrarse por cualquier medio adecuado, que se ha incumplido sus obligaciones en lo referente al pago de impuestos o cotizaciones a la seguridad social según las disposiciones legales del país en el que esté establecido o las del Estado miembro del poder adjudicador o entidad adjudicadora. No obstante lo anterior, no se podrá excluir cuando el operador económico haya cumplido sus obligaciones mediante el pago o mediante un acuerdo vinculante con vistas al pago de los impuestos o las cotizaciones a la seguridad social adecuadas, cuando así proceda con los intereses devengados o las sanciones impuestas.

La Directiva también prevé que estos motivos de exclusión se podrán excepcionar por razones imperiosas de interés general como la salud pública o la

Development (OECD), Paris, (2005), págs. 267 a 276; que aludían a su naturaleza preventiva y en los daños en la reputación de la empresa y menoscabo económico que supone dejar de contratar con los poderes públicos (BOURGOIN P. 1985, “Les exclusions de marchés publics”, *Revue Marchés Publics*, núm. 208, págs. 27 a 31; HOLLARD, V. 1989, *L'exclusion des marchés publics (annexe au rapport sur le projet de réforme du Code penal*, Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris, Paris.

⁴⁴³ En concreto, y de manera sintética hace referencia a supuestos en los que los operadores económicos hayan cometido cualquier violación de las obligaciones del artículo 30.3 –de carácter medioambiental, laboral y social-, determinadas situaciones de quiebra o insolvencia o liquidación, que el operador económico sea culpable por cualquier falta profesional grave que haga cuestionable su integridad, en caso de conflicto de intereses del artículo 35 no se puede subsanar, si el poder adjudicador dispone de indicadores lo bastante convincentes que concluyan que el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos para falsear la competencia; cuando el operador económico haya mostrado deficiencias significativas o persistentes en el cumplimiento de cualquier requisito de fondo en el marco de una concesión anterior o de un contrato anterior con un poder adjudicador o con una entidad adjudicadora según se define en esta Directiva o en la Directiva 2014/25/UE y que hayan dado lugar a la rescisión anticipada del contrato anterior, a daños y perjuicios o otras sanciones comparables, cuando el operador económico haya sido considerado gravemente culpable de hacer declaraciones falsas al proporcionar información exigida para verificar la inexistencia de motivos de exclusión o cumplimiento de los criterios de selección, haya retenido dicha información o no pueda presentar los documentos justificantes de dicha información, cuando el operador económico haya intentado influir indebidamente en el proceso de toma de decisiones del poder o entidad adjudicador, haya obtenido información confidencial que pueda conferirle ventajas indebidas en el procedimiento de adjudicación de la concesión, o proporcionar por negligencia información engañosa que pueda tener una influencia importante en las decisiones relativas a la exclusión, selección o adjudicación, y en el caso de concesiones en los ámbitos de la seguridad y defensa y se haya averiguado que el operador económico carece de la fiabilidad necesaria para descartar los riesgos para la seguridad del Estado miembro. Llegados a este punto, se deberá estar a los primeros pronunciamientos jurisdiccionales para fijar el alcance de lo que debe entenderse por deficiencias significativas y persistentes, métodos de evaluación de la ejecución y criterios objetivos y mensurables a los que hace referencia dicho precepto.

protección del medio ambiente y, en el caso del incumplimiento de impuestos o cotizaciones de seguridad social, cuando sea claramente desproporcionada.

En la regulación de la exclusión se reconoce que, en cualquier momento, los poderes adjudicadores o entidades adjudicadoras puedan excluir y otorga la posibilidad que el operador económico pueda demostrar su fiabilidad mediante pruebas que, si se consideran suficientes, no quedará excluido⁴⁴⁴ -medidas autocorrectoras o *self-cleaning*⁴⁴⁵. Para ello deberá demostrar que ha compensado o que se ha comprometido a compensar cualquier daño causado por la infracción penal o la falta, que ha aclarado los hechos y circunstancias de manera exhaustiva colaborando activamente con las autoridades investigadoras y que ha adoptado medidas técnicas, organizativas y personales concretas que resulten apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas.

El apartado 1 del artículo 38 prevé que los Estados miembros precisarán las condiciones de ejecución de la exclusión.

5.3.4. Plazos de recepción de las solicitudes de participación y ofertas para la concesión

El artículo 39 de la Directiva dispone que los poderes adjudicadores deberán tener en cuenta para la fijación de los plazos de recepción de las ofertas o solicitudes la complejidad de la concesión y el tiempo necesario para preparar ofertas o solicitudes, sin perjuicio de los plazos mínimos de 30 días a partir de la fecha de envío del anuncio de concesión. Al respecto, cabe destacar que si bien es muy positivo que se prevea esta flexibilidad de los plazos en función de la complejidad de la concesión en cuestión, cabe incidir que el legislador se refiera únicamente a los poderes adjudicadores y no a las entidades adjudicadoras.

⁴⁴⁴ BERNAL BLAY, M. A., afirma que esta nueva previsión permitirá cierta relajación del dogma de las prohibiciones de contratar, premiando la corresponsabilidad en la prevención de nuevos delitos o infracciones administrativas. No obstante, las normas de transposición deberán desarrollar con urgencia a nivel sustancial y procedimental esta previsión. “Los programas de Compliance en el “nuevo” Derecho de los contratos públicos”, www.obp.es, de 16 de febrero de 2015.

⁴⁴⁵ MEDINA ARNÁIZ, T., hace referencia a esta medida de autocorrección, de acuerdo con el principio de proporcionalidad que exige que las prohibiciones no excedan de lo que resulta apropiado y necesario para lograr los objetivos propuestos por las Directivas, se podrá eximir de su aplicación en el trabajo ya referido anteriormente, en “Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación...”, *op. cit.*, pág. 335.

En el caso de solicitudes de participación u ofertas que solo puedan hacerse previa visita sobre el terreno o después de una visita *in situ* de documentos adjuntos a los documentos relativos a la concesión, los plazos se fijarán de forma que todos los operadores interesados tengan conocimiento de la información necesaria para la presentación de las solicitudes o las ofertas y, en todo caso, serán superiores a los períodos mínimos.

En el caso que el procedimiento se desarrolle en etapas sucesivas, el plazo mínimo⁴⁴⁶ para la recepción de las ofertas será de 22 días a partir de la fecha que se envíe la convocatoria. El plazo mínimo de recepción de las oferta podrá reducirse en cinco días cuando el poder o entidad adjudicador acepte su presentación por vía electrónica de conformidad con el artículo 29.

5.3.5. Comunicación a los candidatos y los licitadores

El artículo 40 establece que el poder o entidad adjudicador informará a los candidatos y licitadores sin demora de las decisiones tomadas, salvo que su difusión pudiera obstaculizar la aplicación de la ley o ser contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de operadores económicos públicos o privados o perjudicar la competencia leal entre ellos, en especial de los siguientes extremos:

- nombre de los licitadores seleccionados,
- razones por las que se haya desestimado su solicitud de participación o su oferta,
- razones por las que, en su caso, haya decidido no adjudicar un contrato que había anunciado o reiniciar el procedimiento.

Solo a petición de la parte interesada⁴⁴⁷ el poder o entidad adjudicador deberá informar por escrito sin demora en el plazo de 15 días desde la recepción de la solicitud,

⁴⁴⁶ El legislador impone la obligación a los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras de respetar un plazo mínimo para la recepción de esas solicitudes y ofertas (Considerando 62).

⁴⁴⁷ Particularmente opino que la regulación de la Directiva supone un gran cambio en la regulación del contenido de la resolución de adjudicación tal y como está regulado en el 151.4 c) del TRLCSP, pues la Directiva solo hace referencia a la obligación del poder o entidad adjudicadora de comunicar las “razones” por las que se haya desestimado la solicitud o la oferta, o por las que haya decidido no adjudicar un contrato que había sido anunciado o

a los licitadores que hayan presentado una oferta admisible de las características y ventajas relativas de la oferta seleccionada, pero la Directiva no fija el plazo⁴⁴⁸ que tendrá el licitador interesado para solicitar dicha información.

En todo caso, el poder adjudicador o la entidad adjudicadora podrán optar por no comunicar determinados datos si su difusión pudiera obstaculizar la aplicación de la ley, ser contraria al interés público, perjudicar los intereses comerciales o perjudicar la competencia leal entre ellas.

5.3.6. Criterios de adjudicación de los contratos de concesiones

La Directiva recoge en el artículo 41 que la adjudicación de las concesiones deberá efectuarse basándose en criterios objetivos que cumplan los principios establecidos en el artículo 3⁴⁴⁹ y que garanticen la evaluación de las ofertas en unas condiciones de competencia efectiva tales que se pueda determinar la “ventaja económica global” para el “poder adjudicador” o la “entidad adjudicadora”⁴⁵⁰. Dicho lo anterior, se deja a los Estados miembros que supervisen de manera coherente y sistemática la aplicación y el funcionamiento de las normas sobre adjudicación de

reiniciar el procedimiento, mientras que en la regulación actual del TRLCSP siempre y en todo caso el órgano de contratación debe notificar las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas, mientras que esta explicación o motivos en la nueva Directiva solo se dará a petición de parte sin que se fije un período concreto. Al respecto, cabe recordar que en la regulación del procedimiento común, la motivación de los actos que ponen fin a los procedimientos selectivos y de concurrencia competitivos es un requisito del acto administrativo de acuerdo con el artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (antiguo artículo 54.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

⁴⁴⁸ Además, de acuerdo con la silencio del artículo 40 de la Directiva, entiendo que corresponderá a los Estados miembros fijar un plazo para la presentación de la solicitud de la persona interesada al poder o entidad adjudicadora para informar las características y ventajas relativas de la oferta seleccionada, y no mantenerlo abierto al albur de cualquiera de las partes interesadas al establecerse únicamente el plazo para la contestación pero no para la formulación. Igualmente entiendo que se deberá interpretar la referencia de “desestimado” tanto a los licitadores que hayan estado excluidos como a los descartados.

⁴⁴⁹ Este precepto positiviza la doctrina del Tribunal relativa a los requisitos que deben cumplir los criterios de adjudicación, a saber: que estén relacionados con el objeto del contrato, que no atribuyan una libertad incondicional de elección, que vengan mencionados expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, y que respeten los principios fundamentales de Derecho comunitario, esto es, principios de igualdad de trato, no discriminación (sentencias de 17 de septiembre de 2002, *Concordia Bus Finland*, C-513/99, apartados 59 a 69) y transparencia desarrollados en el punto 1.5 del capítulo II del trabajo.

⁴⁵⁰ El artículo 53 apartado 1 de la Directiva 2004/18/CE establecía la oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador se apreciaba según distintos criterios vinculados al objeto del contrato público que se trate: por ejemplo, la calidad, el precio, el valor técnico, las características estéticas y funcionales, las características medioambientales, el coste de funcionamiento, la rentabilidad, el servicio postventa y la asistencia técnica, la fecha de entrega y el plazo de entrega o de ejecución, sin que dicha lista fuera exhaustiva (Sentencia de 10 de mayo de 2012, *Comisión/Países Bajos*, C-368/10, EU:C:2012:284, apartado 84).

contratos de concesión con el fin de garantizar la aplicación eficiente y uniforme del Derecho de la Unión⁴⁵¹.

De acuerdo con el Considerando 73 de la Directiva, el poder adjudicador o entidad adjudicadora deben examinar las ofertas atendiendo a uno o más criterios de adjudicación, en todo caso estas normas deben hacer referencia a factores que no sean de índole puramente económica⁴⁵² pero que incidan en el valor de una licitación desde el punto de vista del poder adjudicador y permitan al poder o entidad adjudicadores determinar que existe una “ventaja económica global” a diferencia de la Directiva 2004/18/CE donde el criterio era la oferta económicamente más ventajosa o solamente en base al precio (artículo 53).

Los criterios de adjudicación se vinculan al objeto de la concesión sin que puedan conferir al “poder adjudicador” o a la “entidad adjudicadora” una libertad de elección ilimitada⁴⁵³ y ser adecuados a las capacidades del poder adjudicador⁴⁵⁴, pudiendo incluir, entre otros criterios medioambientales, sociales⁴⁵⁵ o relacionados con

⁴⁵¹ Así lo prevé el Considerando 83 de la Directiva: “*Se requiere que los Estados miembros supervisen de manera coherente y sistemática la aplicación y el funcionamiento de las normas sobre adjudicación de contratos de concesión con el fin de garantizar la aplicación eficiente y uniforme del Derecho de la Unión*”.

⁴⁵² En este sentido, Sentencia del Tribunal de 17 de diciembre de 2002, Asunto *Concordia Bus Finland* (C- 513/99), Sentencia de 24 de noviembre de 2005 *Viaggi di Maio* (C-331/04) y Sentencia de 26 de marzo de 2015 Asunto *Ambisig* (C- 601/13).

⁴⁵³ De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal en la Sentencia de 20 septiembre de 1988 *Beentjes* (C-31/87), y Sentencia de 17 febrero de 2002, *Concordia Bus Finland* (C-513/99) que, en el párrafo 59, señala que: “*En efecto, si bien el artículo 36, apartado 1, letra a), de la Directiva 92/50 deja a la entidad adjudicadora la elección de los criterios de adjudicación del contrato que pretenda aplicar, tal elección solo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente (véase, a este respecto, sobre los contratos públicos de obras, las sentencias antes citadas, Beentjes, apartado 19, Evans Medical y Macfarlan Smith, apartado 42, y SIAC Construction, apartado 36). Como una oferta se refiere necesariamente al objeto del contrato, los criterios de adjudicación que pueden aplicarse con arreglo a dicha disposición deben estar también relacionados con el objeto del contrato*”. Y en la Sentencia de 7 de octubre de 2004, *Comisión/Italia* (C-247/02), afirmaba que la imposición de un único criterio de adjudicación de manera general y abstracta priva a las entidades adjudicadoras de la posibilidad de tomar en consideración la naturaleza y peculiaridades de los contratos aisladamente considerados) y que los límites a esta libertad serían: que los criterios estén relacionados con el contrato, no atribuyan una libertad incondicional de elección, estén recogidos expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación y que respeten los principios fundamentales de Derecho comunitario.

⁴⁵⁴ En la Sentencia del Tribunal 4 de diciembre de 2003, *EVN y Wienstrom* (As. 448/01), apartado 34 señalaba: “*Se desprende de lo anterior que la normativa comunitaria en materia de contratación pública no se opone a que una entidad adjudicadora establezca, para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa a efectos de la adjudicación de un contrato de suministro de electricidad, un criterio consistente en exigir el suministro de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables, siempre que este criterio esté relacionado con el objeto del contrato, no confiera a dicha entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección, se mencione expresamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el anuncio de licitación y respete todos los principios fundamentales del Derecho comunitario, en particular el principio de no discriminación*”.

⁴⁵⁵ El Considerando 64 señala: “*Por otra parte, a fin de lograr una mayor integración de las consideraciones sociales y medioambientales en los procedimientos de adjudicación de concesiones, los poderes y entidades adjudicadores deben estar autorizados a adoptar criterios de adjudicación o condiciones de ejecución de la concesión en lo que se refiere a las obras, suministros o servicios que vayan a facilitarse en el marco de un contrato de concesión en cualquiera de los aspectos y en cualquier fase de sus ciclos de vida, desde la extracción de materias primas para el producto hasta la fase de la eliminación del producto, incluidos los factores que intervengan en el proceso específico*”.

la innovación y han de ser proporcionados. Al respecto se flexibiliza, de acuerdo con el principio de libertad de organización del procedimiento de elección del concesionario, la regulación de dichos criterios a diferencia de las otras dos Directivas de cuarta generación⁴⁵⁶.

Tal y como ha reiterado la jurisprudencia⁴⁵⁷ y doctrina⁴⁵⁸, estos criterios han de estar fijados de antemano⁴⁵⁹. Así en el punto 9 del Anexo V relativo al contenido de los

de producción, prestación o comercialización de dichas obras, suministros o servicios, o un proceso específico en una fase ulterior de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material. Entre los criterios y condiciones referentes a dicho proceso de producción o prestación puede figurar, por ejemplo, que los servicios objeto de la concesión sean prestados mediante maquinaria eficiente en materia de energía. De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, aquí deben incluirse también los criterios de adjudicación o las condiciones de ejecución de una concesión que se refieran al suministro o a la utilización de productos del comercio equitativo durante la ejecución de la concesión que vaya a ser adjudicada. Los criterios y condiciones relativos al comercio y las condiciones del mismo podrán referirse, por ejemplo, a la obligación de pagar un precio mínimo y un precio más elevado a los subcontratistas. Las condiciones de ejecución de la concesión referentes a los aspectos medioambientales pueden incluir, por ejemplo, la reducción de residuos o la eficiencia energética". Y el Considerando 65 de la Directiva establece que: "Los criterios de adjudicación o las condiciones de ejecución de la concesión relativos a los aspectos sociales del proceso de producción deben aplicarse de conformidad con la Directiva 96/71/CE, según es interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y deben elegirse y aplicarse de una forma que no discrimine, directa o indirectamente, a los operadores económicos de otros Estados miembros o de terceros países que sean partes en el Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio sobre Contratación Pública (ACP) o en los Acuerdos de Libre Comercio en los que la Unión sea parte. Por consiguiente, los requisitos que afecten a las condiciones básicas de trabajo reglamentadas por la Directiva 96/71/CE, como las cuantías de salario mínimo, deben seguir situándose en el nivel establecido por la legislación nacional o por convenios colectivos que se aplican de conformidad con el Derecho de la Unión en el contexto de dicha Directiva. Las condiciones de ejecución de la concesión pueden también estar destinadas a favorecer la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo, la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar, la protección medioambiental o del bienestar de los animales, a respetar el contenido de los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y a contratar un número de personas desfavorecidas superior al que exige la legislación nacional". Desde el punto de vista doctrinal, caben destacar los trabajos de GIMENO FELIÚ, J. M., "Los procedimientos y criterios de adjudicación y la posibilidad de valorar aspectos sociales y medioambientales", GIMENO FELIÚ, J. M. (coord.), *Contratación de las Administraciones públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, 2004, págs. 61 a 94, IDEM, "Compra pública estratégica...", *op. cit.*; VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., "Análisis de los criterios de adjudicación de los contratos públicos en el marco de la cuarta generación de Directivas del sector", en *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Rafael Fernández y Acevedo, Patricia Valcárcel Fernández (coords.), 2014, Civitas, Cizur Menor, págs. 199 a 274; VERNIA TRILLO, S., "La inclusión de las cláusulas sociales en la contratación pública", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 20, 2002, pág. 441 y ss; GÁLLEGO CÓRCOLES, I., "Cláusulas sociales, contratación pública y jurisprudencia del TJUE", *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, núm. 113, 2011, págs. 64 a 69; BERNAL BLAY, M. A., "Hacia una contratación pública socialmente responsable, las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público", *Revista Aragonesa de Administración Pública* núm. X, dedicado a: *El Derecho de los contratos públicos*, Monográficos de la Zaragoza, 2008, pág. 221 a 252; MORENO MOLINA, J. A., y PLEITE GUADAMILLAS, F., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, La Ley, Madrid, 2007, págs. 56 y ss.

⁴⁵⁶ La Directiva 2014/24/UE en el artículo 67.5 –y en el mismo sentido la Directiva 2014/25/UE en el artículo 82.5– hace referencia a la obligación que: "El poder adjudicador precisará, en los pliegos de la contratación, la ponderación relativa que atribuya a cada uno de los criterios elegidos para determinar la oferta económicamente más ventajosa, excepto en el supuesto de que ésta se determine sobre la base del precio exclusivamente. Esta ponderación podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud máxima adecuada. Cuando la ponderación no sea posible por razones objetivas, los poderes adjudicadores indicarán el orden decreciente de importancia atribuido a los criterios". Tampoco se concreta nada sobre los medios de prueba, la determinación de la oferta económicamente más ventajosa o las bajas temerarias entre otras cuestiones.

⁴⁵⁷ Es muy extensa la jurisprudencia del Tribunal que se ha pronunciado al respecto, en especial merece especial mención la Sentencia de 24 de enero de 2008 *Alexandroupolis* (C-532/06) que afirma que: "36 Según la jurisprudencia, esta última disposición, interpretada a la luz del principio de igualdad de trato de los operadores económicos, recogido en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 92/50, y de la obligación de transparencia que se desprende de éste, exige que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los

anuncios, entre otros extremos, ha de constar los criterios que se aplicarán a la adjudicación en el caso que no aparezcan en otros documentos relativos a la concesión y han de ser claros y comprensibles⁴⁶⁰ y por orden decreciente de importancia.

El artículo 41 de la Directiva, prevé que el poder o entidad adjudicador enumerará en orden de importancia decreciente los criterios establecidos. Cabe destacar el supuesto relativo a la solución innovadora⁴⁶¹, en el que de manera excepcional y siempre que dicha oferta suponga un nivel excepcional de rendimiento funcional que no pudiera haber previsto un “poder adjudicador” o “entidad adjudicadora” diligente,

factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa de los mismos (véanse en este sentido, en relación con los contratos públicos en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, la sentencia de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, C-87/94, Rec. p. I-2043, apartado 88; en relación con los contratos públicos de obras, la sentencia de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 98, y, en relación con los contratos públicos de servicios, la sentencia de 24 de noviembre de 2005, ATI EAC y Viaggi di Maio y otros, C-331/04, Rec. p. I-10109, apartado 24). 37 En efecto, los licitadores potenciales deben poder conocer la existencia y alcance de dichos elementos en el momento de preparar sus ofertas (véanse en este sentido, en relación con los contratos públicos de servicios, las sentencias, antes citadas, Concordia Bus Finland, apartado 62, y ATI EAC y Viaggi di Maio y otros, apartado 23). 38 Por consiguiente, una entidad adjudicadora no puede aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de atribución que no haya puesto previamente en conocimiento de los licitadores (véase, por analogía, en relación con los contratos públicos de obras, la sentencia Universale-Bau y otros, antes citada, apartado 99). 40 A tal fin, los licitadores deben hallarse en pie de igualdad a lo largo de todo el procedimiento, lo que implica que los criterios y condiciones que rigen cada contrato han de ser objeto de una publicidad adecuada por parte de las entidades adjudicadoras (véanse en este sentido, en relación con los contratos públicos de obras, las sentencias, antes citadas, Beentjes, apartado 21, y SIAC Construction, apartado 34, así como, en relación con los contratos públicos de servicios, la sentencia ATI EAC y Viaggi di Maio y otros, antes citada, apartado 22”. En el mismo sentido la Sentencia 16 septiembre 2013 Comisión Reino de España (Asunto T-402/06) estudiada en el capítulo II, apartado 1.5 de este trabajo.

⁴⁵⁸ Los Tribunales resolutorios de recursos especiales en materia de contratación, reclamaciones y cuestiones de nulidad así se han hecho eco de la citada jurisprudencia en numerosas resoluciones entre otras Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (Resoluciones núm. 421/2017, 276/2017 y 235/2013), Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (Acuerdo núm. 84/2015 y 63/2013) y Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público (Resoluciones núm. 14/2017, 13/2016, 10/2016 y 237/2015).

⁴⁵⁹ A diferencia de la Directiva 2004/18/CE que exigía expresamente en el artículo 53 la obligación de la determinación previa de estos criterios, en la redacción final de la Directiva esta obligación no se halla en el articulado de esta obligación, sino en el Considerando 73 y en el contenido del Anexo V de la Directiva como plasmación de los principios de igualdad y transparencia. Este Considerando además añade que: “*Deben garantizar la posibilidad de competencia efectiva e ir acompañados de requisitos que permitan que la información proporcionada por los licitadores se verifique efectivamente. Debe ser posible incluir en los criterios de adjudicación, entre otros, criterios medioambientales, sociales o relacionados con la innovación. Los poderes o entidades adjudicadores deben asimismo indicar los criterios de adjudicación en orden descendente de importancia, a fin de garantizar la igualdad de trato de los licitadores potenciales permitiéndoles conocer, a la hora de preparar sus ofertas, todos los elementos que se han de tomarse en consideración. En casos excepcionales en los que el poder adjudicador o la entidad adjudicadora reciban una oferta que proponga una solución innovadora con un nivel excepcional de rendimiento funcional tal que un poder o entidad adjudicadores diligentes no habrían podido preverlo, el poder adjudicador o la entidad adjudicadora podrá, excepcionalmente, modificar el orden de los criterios de adjudicación para atender a las nuevas posibilidades que ofrece esta solución innovadora, a condición de que garantice la igualdad de trato a todos los licitadores efectivos o potenciales mediante la convocatoria de una nueva licitación o, si procede, mediante la publicación de un nuevo anuncio de concesión*”.

⁴⁶⁰ En el sentido que vayan acompañados de requisitos que permitan verificar la información proporcionada por los licitadores, como se pronunció el Tribunal en la Sentencia ya mencionada de 4 de diciembre de 2003, *EVN y Wienstrom*, Asunto (C-448-01).

⁴⁶¹ Esta previsión que no estaba contemplada en la propuesta, supone una mayor flexibilidad para la obtención de la mejor solución posible, en cambio, el artículo 41 a modo de ejemplo enumeraba una serie de criterios de adjudicación siempre relacionados con el objeto del contrato tales como la calidad, características estéticas y funcionales, experiencia relevante del personal, precio y otros costes, servicio post venta, entre otros que no contiene expresamente la redacción definitiva.

excepcionalmente podrá modificar el orden de clasificación de los criterios de adjudicación para tener en cuenta dicha solución innovadora. En estos casos, el poder adjudicador o entidad adjudicadora deberán informar a todos los licitadores sobre la modificación del orden de importancia y emitirá una nueva invitación a presentar ofertas, dentro del respeto de los plazos mínimos previstos en el artículo 39 apartado 3. En todo caso esta modificación no puede causar discriminación.

5.3.7. Normas relativas a la ejecución de las concesiones

Tradicionalmente la preocupación de la Unión Europea ha estado focalizada básicamente en las fases de preparación y adjudicación de los contratos públicos. Sin embargo, las nuevas Directivas de cuarta generación amplían el ámbito y regulan la subcontratación, la modificación y la resolución de concesiones para garantizar que durante la ejecución del contrato no se vulneren ninguno de los principios considerados esenciales en el ámbito de la contratación pública europea.

5.3.7.1. Subcontratación

Siguiendo con la voluntad del legislador de asegurar la adopción de medidas adecuadas para que los subcontratistas cumplan con la normativa medioambiental, laboral, social y convenios colectivos, el artículo 42 de la Directiva no establece ningún porcentaje de la parte que deberá realizar el adjudicatario⁴⁶², aunque si el poder adjudicador o la entidad adjudicadora⁴⁶³ lo solicita, el operador económico podrá pedir o ser obligado por un Estado miembro a pedir al licitador o al solicitante que mencione en la oferta la parte de la concesión que se proponga subcontratar así como los subcontratistas propuestos. De esta forma, los subcontratistas quedan sujetos a los mismos deberes de sumisión a la normativa europea en materia medioambiental, laboral, social, y los convenios colectivos.

⁴⁶² A diferencia del 30% como mínimo del valor global de la obra que establecía el artículo 60 de la Directiva 2004/18/CE.

⁴⁶³ En la propuesta se preveía que, en todo caso, era el licitador quien había de mencionar en la oferta el porcentaje, si hay, del valor total de las obras o servicios de la concesión a adjudicar que pretendan asignar a terceras partes

La legislación aplicable viene determinada por el lugar donde se realicen las obras o se presten los servicios, en virtud de acuerdos internacionales ratificados por los Estados miembros o por disposiciones legales o reglamentarias, nacionales o comunitarias, e incluso por convenios colectivos siempre que sean compatibles con el Derecho de la Unión (Considerando 55). En los casos en los que el subcontratista se encuentre establecido en otro Estado miembro, la Directiva especifica que los servicios se prestan en el lugar en el que se ejecutan las prestaciones características (Considerando 56).

En el caso de contratos de obras y servicios que deban prestarse *in situ* bajo la supervisión directa del poder o entidad adjudicador, el poder o entidad adjudicador exigirá al concesionario:

- la comunicación del nombre, los datos de contacto y los representantes legales de los subcontratistas que intervengan en las obras o servicios en cuestión, siempre que se conozcan en ese momento tras la adjudicación de la concesión y a más tardar cuando se inicie la ejecución de ésta.

- cualquier otra modificación que sufra esta información durante el transcurso de la concesión y toda la información necesaria sobre los nuevos subcontratistas a los que asocie ulteriormente a la obra o servicio en cuestión.

Este artículo prevé que los Estados nacionales podrán establecer normas más estrictas de responsabilidad en virtud del Derecho nacional.

5.3.7.2. Modificación

La nueva Directiva introduce *prima facie* –al igual que las otras Directivas de cuarta generación- la regulación de la modificación⁴⁶⁴ de los contratos de concesiones al

⁴⁶⁴ GIMENO FELIÚ, J. M., “Presente y futuro de la regulación de la modificación...”, *op. cit.* págs. 88 a 106; *IDEM*, “La modificación de los contratos: Límites y derecho aplicable”, en el libro colectivo coordinado por CANO CAMPOS, T., y BILBAO ALEXIADES, E. (coords.), *La contratación pública: problemas actuales*, Consejo Consultivo de Madrid, Madrid, 2013, págs. 83 a 142; *IDEM*, “El régimen de la modificación de contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio”, *REDA*, núm. 149, 2011, págs. 29 a 54; GARCÉS SANAGUSTÍN, M., “El nuevo régimen jurídico de la modificación de los contratos públicos”, libro colectivo *El nuevo marco de la contratación pública*, Ed. Bosch, Barcelona, 2012; GÁLLEGO CÓRCOLES, I., “La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública”, *Observatorio de los Contratos Públicos*, número

ser consciente el legislador comunitario que la modificación de las concesiones durante su periodo de vigencia se ha convertido en un aspecto cada vez más importante y con grandes repercusiones⁴⁶⁵ y es que en determinados supuestos la modificación del contrato puede suponer una nueva adjudicación.

La Comunicación Interpretativa 2000/C 121/02 no ofrecía ningún pronunciamiento contundente al respecto. Su aplicación se deduce de los principios generales de igualdad de trato, transparencia y proporcionalidad en la forma en que son interpretados y, en particular, de la afirmación en su apartado 2.4: “*cuando una concesión se termina, su renovación es asimilable a una nueva concesión y, por tanto, queda cubierta por la Comunicación*” mientras que el Libro Verde⁴⁶⁶ ya preveía la necesidad de establecer límites a las modificaciones de los contratos.

El artículo 43 de la nueva Directiva recoge, en primer lugar, los supuestos que no implican una nueva adjudicación y, en segundo lugar, los supuestos que implican una modificación sustancial. La Directiva no regula el procedimiento de modificación, únicamente establece los supuestos en los que se deberá publicar en el Diario Oficial de la Unión Europea. Como ha apuntado un sector de la doctrina⁴⁶⁷ la redacción de la regulación de la modificación es confusa y, en ciertos aspectos, incluso supone una innovación respecto a la jurisprudencia del Tribunal dictada al respecto, por lo que en

monográfico especial (2015), Las nuevas Directivas de Contratación Pública, GIMENO FELIÚ, J. M. (dir.), Civitas, Cizur Menor, 2015, págs. 109 a 167, *IDEM*, “Modificación de los contratos públicos y legislación aplicable. Algunas consideraciones desde el Derecho de la Unión Europea”, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, núm. 109, 2011, págs. 52 a 58, *IDEM*, “¿Qué es una modificación de las condiciones esenciales de un contrato público?”, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, núm. 110, 2011, págs. 56 a 66; VÁZQUEZ MATILLA, F. J., *La modificación de los contratos públicos*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, “Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos: Proyecto de Ley de Economía Sostenible”, *Revista Aragonesa Administración Pública*, núm. 37, 2010, págs. 317 a 351; MEDINA ARNÁIZ, T., “Las principales novedades en la normativa contractual del sector público”, en el libro colectivo *Comentarios a la Ley de Economía Sostenible*, La Ley, Madrid, 2011, págs. 153 y ss; COLAS TENAS, J., “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”, *REDA* núm. 153, 2012, págs. 253 a 276 y CALVO RUATA, P., “La zozobra de la modificación de contratos públicos ¿Tiempos de hacer de la necesidad virtud?, *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2011*, Fundación Sainz de Varanda, Zaragoza, 2012, págs. 369 a 441.

⁴⁶⁵ BAÑO LEÓN, J. M., “Del *ius variandi* a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general de los contratos públicos”, *Anuario de Gobierno Local* núm. 1, Barcelona, 2011, págs. 141 a 151.

⁴⁶⁶ El apartado 49 del Libro Verde del año 2004 *sobre la colaboración público privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones* COM (2004) 327 final, de 30 de abril de 2004 establecía: “*En general, las modificaciones que tienen lugar durante la ejecución de una CPP, cuando no se contemplan en los documentos contractuales, suelen dar como resultado que se ponga en duda el principio de igualdad de trato de los operadores económicos. Dichas modificaciones no contempladas solo son aceptables cuando un acontecimiento imprevisible las hace necesarias o cuando están justificadas por razones de orden público, seguridad o salud públicas. Además, toda modificación sustancial, relativa al objeto mismo del contrato, deberá asimilarse a la firma de un nuevo contrato, lo que implica una nueva convocatoria de concurso*”.

⁴⁶⁷ GIMENO FELIÚ, J. M., en la obra citada *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública...*, *op. cit.*, pág. 179.

todo caso exigirá que la aplicación se realice con absoluto respeto a los principios reguladores de la contratación pública anteriormente analizados. Para el correcto entendimiento de la regulación de la modificación, considero más clarificador proceder, en primer lugar, a la definición y alcance de lo que se entiende por “modificación sustancial” que comporta una nueva licitación de los casos en los que el legislador permite la modificación de la concesión sin la necesidad de un nuevo procedimiento.

El apartado 4 del artículo 43 de la Directiva parte del principio general que toda “modificación sustancial” se considerará una nueva adjudicación a efectos de la Directiva y conllevará un nuevo procedimiento de ejecución. Así, se considerará una “modificación sustancial” cuando el contrato sea sustancialmente diferente⁴⁶⁸ en cuanto su carácter del celebrado inicialmente.

Los supuestos de modificación sustancial⁴⁶⁹ son aquéllos en los que concurra cualquiera de las siguientes condiciones:

- a) que la modificación imponga condiciones que, si hubieran 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

⁴⁶⁸ En la Sentencia de 5 de octubre de 2000, *Comisión Francia* (C-337/98), apartados 54 el Tribunal señaló que: “No obstante, en esa misma sentencia el Tribunal de Justicia señaló que, cuando negociaciones iniciadas después de esa decisión revisten características sustancialmente diferentes de las negociaciones anteriormente desarrolladas y pueden demostrar, en consecuencia, la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato”.

⁴⁶⁹ Ha sido la jurisprudencia la que ha ido delimitando el concepto y alcance del concepto de “modificación sustancial”. El Tribunal en la Sentencia de 19 de junio de 2008 *Pressetext Nachrichtenagentur*, (As. C-454/06), señaló que: “la modificación de un contrato inicial se puede considerar sustancial cuando amplía el contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos. Esta última interpretación queda confirmada en el artículo 11, letras e) y f) de la Directiva 92/50, que impone, para los contratos públicos de servicios que tengan por objeto, exclusivamente o mayoritariamente, servicios que figuran en el Anexo A de esta Directiva, restricciones respecto a la posibilidad que las entidades adjudicadoras puedan recurrir al procedimiento negociado para adjudicar servicios complementarios que no figuren en el contrato inicial”. En la Sentencia de 15 de octubre de 2009, *Acoset*, el Tribunal reconoció en el apartado 62 que: “toda modificación sustancial del contrato obligaría a proceder a una licitación”. En la Sentencia 13 de abril de 2010, *Wall AG y Municipio de Fráncfort del Meno Frankfurter Entsorgungs-und Service (FES) GmbH*, Asunto (C-91/08), apartado 38, afirma que una modificación puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada. También en la Sentencia del Tribunal de 29 de abril de 2010, *Comisión contra Alemania* (C-160/08), en referencia a la Sentencia anterior afirma: “...a este respecto, procede recordar que la modificación de un contrato inicial se puede considerar sustancial y, en consecuencia, constituye una nueva adjudicación de contrato, en el sentido de la Directiva 92/50 o de la Directiva 2004/18, en particular cuando amplía el contrato, en gran medida, a servicios no previstos (...)”.

- hubieran atraído a más participantes⁴⁷⁰ en el procedimiento de adjudicación de la concesión. Esta exigencia responde a la observancia del principio de igualdad⁴⁷¹ y de transparencia⁴⁷².

Se trata, como bien ha señalado la jurisprudencia, de alteraciones de condiciones esenciales.

- b) que la modificación cambie el equilibrio económico⁴⁷³ de la concesión a favor del concesionario en un modo que no estaba previsto en la concesión inicial. Es decir, no toda alteración del equilibrio económico comportará una modificación sustancial, y por ende un nuevo procedimiento, sino solo cuando se aparte de lo

⁴⁷⁰ La Sentencia precitada del Tribunal de 13 de abril de 2010, *Wall AG y Municipio de Fráncfort del Meno* (C-91/08), siguiendo esta línea en el apartado 37 afirmó que: “al objeto de garantizar la transparencia de los procedimientos y la igualdad de trato de los licitadores, las modificaciones sustanciales, introducidas en las disposiciones esenciales de un contrato de concesión de servicios, podrían exigir, en determinados supuestos, la adjudicación de un nuevo contrato de concesión cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato de concesión inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales de ese contrato”. En el mismo sentido, en la ya mencionada Sentencia de 5 de octubre de 2000, *Comisión/Francia* (C-337/98), la abogada General Kokott en sus conclusiones afirmó que: “... siempre que no quepa excluir que las condiciones originales, menos favorables, hayan disuadido a otros prestadores de servicios de participar en la licitación por un contrato público, o que, a la vista de las nuevas condiciones contractuales podrían estar ahora interesados en la licitación, o que con las nuevas condiciones podría haberse hecho con el contrato un licitante que en su día no lo consiguió”. Por lo tanto, alcanza al objeto, a los criterios de selección y adjudicación y a cualquier otra cláusula que, de haberse incluido en el procedimiento de licitación, habría permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente distinta o habría permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos. Dicha Sentencia también delimita que los supuestos que constituyen una nueva licitación son aquellos que: “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 la Sentencia del Tribunal de 29 de abril, *Comisión contra Alemania* (AC-160/00) reconoce que: “99. A este respecto, procede recordar que la modificación de un contrato inicial puede considerarse sustancial y que, por consiguiente, constituye una nueva adjudicación de contrato, en el sentido de la Directiva 92/50 o de la Directiva 2004/18, en particular cuando amplía el contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos...”. En todo caso, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal de 15 de mayo de 1995, *Comisión/República Italiana*, (C-54/94) corresponde al poder adjudicador la carga de la prueba para demostrar que un modificación no altera el sistema general de la licitación o los documentos de la licitación.

⁴⁷¹ La Sentencia de 29 de abril de 2004 del Tribunal, *Comisión/CAS Succhi di Frutta Spa*, (C-496/99) afirmó que: “110. El principio de igualdad de trato entre los licitadores, que pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una contratación pública, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores”.

⁴⁷² En este sentido, la Sentencia de 29 de abril de 2004, *Comisión/CAS Succhi di Frutta Spa* (C-496/99), apartado: “111. Por lo que respecta al principio de transparencia, que constituye su corolario, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata.”

⁴⁷³ Se recoge así el pronunciamiento de la Sentencia del Tribunal de 19 de junio de 2008, *Presstetext*, (Asunto C-454/06) que reconoció en el apartado 37 que: “...una modificación también puede considerarse sustancial 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”. En esta Sentencia se analizaban varios supuestos como la alteración de la referencia a un nuevo índice de precios cuya introducción en lugar del índice fijado anteriormente estaba prevista en el contrato inicial. Y en la Sentencia de 13 de enero de 2005 *Comisión/España* (As. C-84/03) y Sentencia de 7 septiembre de 2016, *Finn Frogne A/S y Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation* (C-594/14) el Tribunal consideró que la alteración del precio del contrato siempre que no esté justificado, modifica uno de los elementos esenciales del contrato.

que se fijó en la concesión original en exceso hacia el concesionario. Al respecto, cabe destacar que en la redacción definitiva el legislador recoge el concepto de equilibrio económico tal y como hacía referencia en las propuestas de las Directivas de contratos y sectores excluidos y en la jurisprudencia⁴⁷⁴. Por lo tanto, la Directiva en su redacción final es más coherente con la naturaleza del contrato de concesión pues el equilibrio económico ha de ser uno de los elementos básicos del contrato de concesión junto con el riesgo operacional que ha de asumir el concesionario, si bien, particularmente considero que al ser el principio de equilibrio económico de carácter, bidireccional sustancial de todo contrato también debería prever el supuesto en el que es a favor del poder o entidad adjudicadora en aras a la observancia de los principios rectores de la contratación pública y evitar un enriquecimiento injusto por parte de ésta. Otra cosa es que ésta última modificación no sea crucial a efectos del riesgo y por eso no se contemple.

- c) que la modificación amplíe considerablemente el ámbito de la concesión⁴⁷⁵, cubriendo suministros, servicios u obras no previstos originariamente. Al respecto, cabe distinguir estos supuestos de los que sean “meras” ampliaciones o complementarios permitidas en el artículo 43.1.b) de la Directiva siempre, claro esté, que no alteren el carácter global del contrato⁴⁷⁶. Llegados a este punto, hay

⁴⁷⁴ Recordemos que en la propuesta de Directiva de concesiones se hacía referencia al “*balance económico*” y como ya apunté en el artículo LÓPEZ MORA, M. E, “La futura regulación de la modificación de los contratos de concesión durante su vigencia”, www.obp.es, de 28 de enero de 2013, el término “*economic balance*” se tradujo en la propuesta de Directiva de contratos de concesión como “*balance económico*” mientras que en las otras dos propuestas de contratación pública y de contratación en los sectores del agua, energía, los transportes y los servicios postales, como “*equilibrio económico*”. Por estas razones, considero que la redacción definitiva es mucho más coherente al reconocer el principio de equilibrio económico como ya expuse en el apartado 4.2.4 del capítulo II del trabajo.

⁴⁷⁵ La Sentencia *Pressentext* ya citada también afirma que existe modificación sustancial si se amplían en gran medida los servicios inicialmente no contratados. La Sentencia del Tribunal de 22 de abril de 2010, *Comisión contra Reino de España* (Asunto C-423/07) aunque no en sede propiamente de modificaciones afirmaba que era contrario a Derecho comunitario la atribución al concesionario de la ejecución de diversas obras complementarias no previstas en el anuncio de licitación y en el pliego de condiciones. En la Sentencia de 7 de septiembre de 2016, *Finn Frogne A/S y Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation* (C-549/14), el Tribunal siguiendo con esta línea jurisprudencial señala que: “Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia que de él se deriva impiden que, con posterioridad a la adjudicación de un contrato público, el poder adjudicador y el adjudicatario introduzcan en las estipulaciones de ese contrato modificaciones tales que esas estipulaciones presentarían características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial. Concurre esta circunstancia cuando las modificaciones previstas tengan por efecto, o bien ampliar en gran medida el contrato incluyendo en él elementos no previstos, o bien alterar el equilibrio económico del contrato en favor del adjudicatario, o también cuando esas modificaciones puedan llevar a que se reconsidere la adjudicación de dicho contrato, en el sentido de que, si las modificaciones se hubieran incluido en la documentación que regía el procedimiento inicial de adjudicación del contrato, o bien se habría seleccionado otra oferta, o bien habrían podido participar otros licitadores (véase en este sentido, en particular, la sentencia de 19 de junio de 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, EU:C:2008:351, apartados 34 a 37)”.

⁴⁷⁶ En todo caso, y aunque la Directiva no haga mención a la nota de “independencia”, de acuerdo con la Comunicación de la Comisión de 2000 interpretativa sobre las concesiones en el Derecho Comunitario (2000/C

que discernir entre: la “*ampliación del ámbito de la concesión*”⁴⁷⁷ y “*alteración del carácter global del contrato*” concepto este último más funcional y límite infranqueable de la modificación que hace referencia ya sea cambios de objeto o de un importe desproporcionado⁴⁷⁸.

- d) Otro supuesto de modificación sustancial es la sucesión⁴⁷⁹ ya que el legislador comunitario entiende que, de conformidad con 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 (Considerando 77) a excepción de los supuestos recogidos en el artículo 43.1.b) de la Directiva que a continuación se analizarán. En estos casos será obligatorio iniciar un nuevo procedimiento de adjudicación de concesiones de acuerdo con la

121/02), parece que en la referencia “naturaleza global del contrato” no tendrían cabida las obras/servicios complementarios con objeto independiente pues, en esos casos, se debería proceder a un nuevo procedimiento de contratación. En dicha Comunicación, la Comisión reconoció la posibilidad de establecer como parte accesoria de una concesión de obras concesiones de servicios para actividades complementarias pero independientes de la explotación de la concesión de una obra, pero en todo caso, al ser disociables los objetos de estos contratos, se aplicaban las normas respectivas relativas a cada tipo de contrato (como podría ser un restaurante en una autopista). Por lo tanto, la Comisión consideró que la explotación de estas actividades complementarias a la explotación de las obras públicas tiene su marco jurídico adecuado en la concesión de servicios y no en la concesión de obras públicas.

⁴⁷⁷ Así, en la Sentencia Tribunal de 22 de abril de 2010, *Comisión contra Reino de España* (C-423/07) en la que reprocha al Reino de España haber ampliado *a posteriori* el objeto de la concesión, al adjudicar a Iberpistas obras que no habían sido objeto de publicación y que se situaban fuera del ámbito geográfico comprendido en el objeto de la concesión, de acuerdo con lo publicado, por lo que la Comisión entiende que ello constituye un incumplimiento de las obligaciones que incumben a los Estados miembros en virtud de las disposiciones pertinentes de los artículos 3 y 11 de la Directiva 93/37. Según el Tribunal: “54. El artículo 11, apartado 3 de la misma Directiva exige que los poderes adjudicadores que deseen recurrir a la concesión de obras públicas den a conocer su intención por medio de un anuncio. Este anuncio, como se desprende del apartado 6 del mismo artículo, debe ajustarse al modelo que figura en el Anexo V de esta Directiva, y precisar la información que en él se solicita. 55. Entre las informaciones que debe contener dicho anuncio figuran, de conformidad con el apartado II de este Anexo V, titulado “Objeto del contrato”, el objeto principal y los objetos adicionales del contrato, la descripción y el lugar de las obras de la concesión, y la cantidad o extensión global de éstas. 56. Esta obligación de publicidad, debido a que conlleva la posibilidad de comparar las ofertas, garantiza un nivel de concurrencia que el legislador de la Unión Europea considera satisfactorio en el ámbito de las concesiones de obras públicas”.

⁴⁷⁸ Para BAÑO LEÓN, J. M., la alteración de la naturaleza global es un concepto equivalente al de modificación sustancial del contrato, en “Del *ius variandi* a la libre concurrencia...”, *op. cit.*, pág. 144.

⁴⁷⁹ De acuerdo con la Sentencia del Tribunal de 13 de abril de 2010, *Wall AG y Municipio de Fráncfort del Meno* ya citada, un cambio de subcontratista, incluso cuando la posibilidad de hacerlo se contempla en el contrato, puede, en casos excepcionales, constituir tal modificación de uno de los elementos esenciales del contrato de concesión cuando, habida cuenta de las características propias de la prestación de que se trate, el hecho de recurrir a un subcontratista en lugar de a otro, haya sido un elemento determinante de la celebración del contrato, lo que, en todo caso, corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar. Y la Sentencia del Tribunal de 19 de junio de 2008, *Pressetext*, apartado 40, afirma que, en general, las novaciones subjetivas no previstas en el contrato constituyen modificaciones de los términos esenciales del mismo: “En general, debe considerarse que la 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, por ejemplo, como un subcontrata”. Por último, cabe destacar, la Sentencia del Tribunal de 8 de mayo de 2014, *Idrodinamica Velox srl y otros y Acquedotto Puglieses Spa*, (Asunto C-161/13), cuyo apartado 39 afirma que: “A este respecto, debe considerarse que la decisión por la que se autoriza la modificación de la composición de la unión adjudicataria entraña una modificación de la decisión de adjudicación que puede considerarse sustancial si, habida cuenta de las particularidades del procedimiento del contrato de que se trata, se refiere a uno de los elementos esenciales que determinaron la adopción de la decisión de adjudicación”.

Directiva para introducir modificaciones distintas de las previstas en los apartados 1 y 2.

Fuera de estos supuestos, la Directiva permite determinadas modificaciones sin que sea necesaria la tramitación de una nueva licitación:

- a) En los casos en los que las modificaciones estuvieran ya previstas en la documentación inicial de la concesión, en cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas⁴⁸⁰ entre las que puede haber cláusulas de revisión⁴⁸¹ de precios u opciones, con independencia de su valor pecuniario. Para evitar el fraude y garantizar el principio de igualdad de trato, se especifica que 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 y que en todo caso, como límite, no contendrán modificaciones u opciones que puedan alterar el carácter global de la concesión;
- b) En los casos que se modifique para incluir obras o servicios adicionales⁴⁸² a cargo del concesionario original que resulten necesarios y que no estuviesen incluidos en la concesión original, siempre que un cambio de concesionario:

⁴⁸⁰ Se recoge la jurisprudencia de la Sentencia de 29 de abril de 2004, *Comisión/CAS Succhi de Frutta* (C-496/99), apartado 126: “Así pues, tal como se desprende explícitamente del apartado 81 de la sentencia recurrida, la Comisión habría podido prever en su caso, en el anuncio de licitación, la posibilidad de modificar, en determinadas circunstancias, las condiciones de pago de los adjudicatarios, estableciendo, en particular, las modalidades precisas de sustitución de frutas por las expresamente previstas en pago de los suministros controvertidos. De esta manera se habrían respetado plenamente los principios de igualdad de trato y de transparencia”.

⁴⁸¹ El Considerando 78 de la Directiva reconoce la necesidad de dotar una cierta flexibilidad de modificación de los contratos a los poderes y entidades adjudicadoras sin que sea una discrecionalidad ilimitada al exponer: “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”.

⁴⁸² En el Considerando 79 se reconoce que: “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”.

i) no sea factible por razones económicas o técnicas⁴⁸³ tales como requisitos de intercambiabilidad o interoperatividad con el equipo existente, servicios o instalaciones adquiridos en el marco de la concesión inicial,

ii) genere inconvenientes significativos o un aumento substancial de costes para el poder o entidad adjudicador.

No obstante, la Directiva prevé en este supuesto que en el caso de concesiones adjudicadas por el poder adjudicador a efectos del ejercicio de una actividad distinta de las enumeradas en el Anexo II, el aumento no podrá ser superior al 50% del valor de la concesión original y que, en el caso de que se apliquen modificaciones sucesivas, esta limitación se aplicará al valor de cada una de ellas, sin que tengan por objetivo eludir la Directiva. Como tendré ocasión de señalar, se trata de un supuesto de modificación

c) Cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:

i. que la necesidad de modificación se derive de circunstancias que un poder o entidad adjudicador diligente⁴⁸⁴ no podía prever. Al respecto, la Sentencia del Tribunal General de 31 de enero de 2013, *Comisión contra Reino de España* (T 235/11)⁴⁸⁵ interpreta el concepto de la imprevisibilidad, en el sentido de limitar el *ius variandi* del órgano de contratación ya que “*el uso de un criterio relativo a la apreciación de la existencia de necesidades nuevas permitiría a la entidad adjudicadora modificar a su arbitrio, durante la fase de ejecución del contrato, las propias condiciones de la licitación*”. Como bien apunta GIMENO

⁴⁸³ Cabe destacar, como atinadamente menciona GIMENO FELIÚ, J. M., en “Presente y futuro de la regulación de la modificación...”, *op. cit.*, pág. 93, la utilización del término jurídico indeterminado.

⁴⁸⁴ Es muy ilustrativa la comparación entre la definición del legislador comunitario que hace de la diligencia basada al resultado-recurso del contrato con la que realiza nuestro legislador en el artículo 107.1.b) del TRLCSP atendiendo a causas objetivas, de tipo geológico, medioambiental o similares. De acuerdo con el Considerando 76 de la Directiva, 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. Imprevisibilidad en sentido estricto y no la mera imprevisión aun por falta de diligencia.

⁴⁸⁵ En esta Sentencia se enjuicia un recurso al Reino de España que pretendía la anulación de la Decisión de la Comisión C 20111 – 1023 final de 18 de febrero de determinadas líneas ferroviarias de alta velocidad en España-AVE. La Comisión declaró la existencia de varias irregularidades que afectaban a los proyectos subvencionados y entendió aplicable a las modificaciones de los contratos el precepto de la Directiva que regula los contratos complementarios.

FELIÚ⁴⁸⁶, la imprevisión ha de interpretarse en sentido estricto, no a la mera imprevisión aún por falta de diligencia o a la aparición de circunstancias nuevas. La Sentencia del Tribunal de 29 de abril de 2004 *Comisión/CAS Succhi di Frutta* matiza que: “*un poder adjudicador diligente que desempeñe normalmente su actividad debería haber previsto atenerse a las condiciones para su adjudicación*”.

- ii. que la modificación no altere el carácter global de la concesión⁴⁸⁷, límite inquebrantable de toda modificación,
- iii. en el caso de las concesiones adjudicadas por el poder adjudicador⁴⁸⁸ 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 %⁴⁸⁹ 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 ellas⁴⁹⁰.

⁴⁸⁶ GIMENO FELIÚ, J. M., “Presente y futuro de la regulación de la modificación...”, *op. cit.*, pág. 93.

⁴⁸⁷ El legislador comunitario establece este límite y pone como ejemplo en el Considerando 76 *in fine* 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.

⁴⁸⁸ Este supuesto tan amplio solo se establece para los poderes adjudicadores, como ya se ha comentado en el supuesto del párrafo b). Es importante detenerse en el hecho que esta posibilidad solo se prevea para los “poderes adjudicadores”, ya que en el caso de las actividades reguladas en el Anexo II y para las de las entidades adjudicadoras la modificación deberá respetar los límites del artículo 43.2 de la Directiva que es más estricto ya que solo se permite las modificaciones por debajo del umbral y como máximo un 10%. Esta regulación es específica de esta Directiva ya que la Directiva 2014/24/UE no diferencia al hacer referencia a los poderes adjudicadores y la Directiva 2014/25/UE no prevé ningún “margen” sino tan solo que no se altere el carácter global de contrato. Esta matización es importante, como puede ser en el sector del agua que ha sido excluido del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/23/UE. Por lo tanto, este precepto está otorgando un gran margen de modificación que no estaba recogido en la jurisprudencia sobre modificaciones a los poderes adjudicadores. Por ello será de gran importancia determinar si concurren dichas circunstancias para poder aplicar el supuesto del artículo 43.1.c) o 43.2 de la Directiva y, en todo caso deberá interpretarse de manera estricta, y siempre de acuerdo con los principios rectores de la contratación pública.

⁴⁸⁹ En la búsqueda de precedentes que justifiquen la fijación de dicho apartado 6, bien podría pensarse en los artículos 31 y 61 de la Directiva 2004/18/CE relativos a los procedimientos negociados sin publicación del anuncio de licitación de los contratos de obras y servicios; y contratos de concesiones respectivamente. En dichos preceptos se exceptuaba la aplicación de dicha Directiva en el caso de obras complementarias al contratista o concesionario que debía adjudicar el poder adjudicador y que no pudo prever (la actual Directiva tiene un ámbito más amplio pues se referían a circunstancias que ni el poder adjudicador ni la entidad adjudicadora diligente no podía prever), por circunstancias imprevistas, necesarias, que no puedan separarse del contrato inicial técnica o económicamente sin grandes inconvenientes o se puedan separar pero estrictamente necesarias para su perfeccionamiento (la actual Directiva silencia las notas de “necesariedad” y “separabilidad”), y que el límite no sea superior al 50% del importe de la obra principal objeto de la licitación.

⁴⁹⁰ En la propuesta de la Directiva, el límite que se permitía era total de la modificación, en la redacción definitiva de la Directiva se refiere a cada modificación sucesiva de manera que se flexibiliza en demasía, a mi entender, este supuesto específico de modificaciones.

De lo expuesto puede afirmarse que el diseño normativo no resulta del todo coherente con la jurisprudencia del Tribunal, siendo ésta en todo caso parámetro interpretativo. Si bien la mayoría de supuestos supone un reflejo de la jurisprudencia, sorprende el supuesto tan abierto y amplio a mi parecer en demasía de modificación en el artículo 43.1.c) iii) de la Directiva. Me sumo a la crítica apuntada por GIMENO FELIÚ⁴⁹¹ contra la previsión de este supuesto ya que va a generar dudas interpretativas, lo que puede ser contrario al necesario principio de seguridad jurídica y en todo caso exigirá que se interprete de acuerdo a los principios de contratación pública con el fin de evitar que sirva de subterfugio a prácticas clientelares o mal diseño del contrato.

- d) cuando un nuevo concesionario sustituya⁴⁹² 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 prevista en los documentos de la concesión.
 - 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. Esta sustitución no podrá ampararse en las deficiencias en la ejecución de la concesión por causa imputable al concesionario, lo que exigirá la convocatoria de la nueva licitación.

⁴⁹¹ GIMENO FELIÚ, J. M., “Presente y futuro de la regulación de la modificación...”, *op. cit.*, pág. 93.

⁴⁹² El principio general es que si un nuevo concesionario sustituye a aquel al que el poder adjudicador o la entidad adjudicadora había adjudicado inicialmente la concesión, la modificación será sustancial. Ello se debe a que de acuerdo a los principios de igualdad de trato y transparencia, el licitador adjudicatario no debe ser sustituido por otro operador 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 (Considerando 77).

- e) Y, por último, cuando las modificaciones, con independencia de su valor, no sean sustanciales a efectos del apartado 4. Con la redacción de este supuesto, el legislador cierra la lista de supuestos en los que se podrá realizar la modificación sin necesidad de tramitar un nuevo procedimiento.

Llegados a este punto también cabe pensar que serán supuestos de modificación sustancial, además de los supuestos del apartado 4, aquellos que no cumplan todos los requisitos previstos en el párrafo 1 y 2, esto es, por ejemplo, que siendo un modificación que derive de circunstancias que un poder o entidad adjudicador no podía prever y que no modificaba el carácter global de la concesión, supera el 50% del valor de la concesión en el caso de concesiones adjudicadas por el poder adjudicador.

Tanto en el supuesto de obras y servicios necesarios como en el supuesto cuya modificación se derive de circunstancias que un poder o entidad adjudicadora diligente no podía prever y que además concurren las circunstancias anteriormente señaladas, los poderes adjudicadores o las entidades adjudicadoras deberán publicar⁴⁹³ un anuncio en el DOUE⁴⁹⁴. Además, como ya se ha señalado en sede de garantías procedimentales, cualquier modificación durante el procedimiento de licitación será comunicada⁴⁹⁵ a

⁴⁹³ BELTRÁN GÓMEZ, A. I., “La transparencia en la modificación de los contratos públicos”, www.obcp.es de 8 de octubre de 2012.

⁴⁹⁴ Deberá contener la información establecida en el Anexo XI y se publicará de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 33. Al respecto, destacar que en el punto 10 de la información del anuncio se deberá precisar el nombre y dirección del órgano responsable de los procedimientos de recurso y, si procede, de mediación.

⁴⁹⁵ El Tribunal en la Sentencia de 8 de mayo de 2014, *Idrodinamica Velox srl y otros y Acquedotto Puglieses Spa* (As. C-161/13) afirmó: “39. A este respecto, debe considerarse que la decisión por la que se autoriza la modificación de la composición de la unión adjudicataria entraña una modificación de la decisión de adjudicación que puede considerarse sustancial si, habida cuenta de las particularidades del procedimiento del contrato de que se trata, se refiere a uno de los elementos esenciales que determinaron la adopción de la decisión de adjudicación. En dicho supuesto, habrían de aplicarse las medidas pertinentes previstas por el Derecho nacional para remediar tal situación irregular, que pueden llegar hasta la organización de un nuevo procedimiento de adjudicación (véase, por analogía, la sentencia *Wall*, C-91/08, EU:C:2010:182, apartados 38, 39, 42 y 43). 40. Además, procede señalar que una posibilidad, como la prevista en el artículo 43 del Decreto Legislativo núm. 104/2010, de plantear “nuevos motivos” en el marco de un recurso inicial interpuesto dentro de los plazos contra la decisión de adjudicación del contrato, no constituye siempre una alternativa válida de protección jurisdiccional efectiva. En efecto, en una situación como la del asunto principal, los licitadores estarían obligados a impugnar in abstracto la decisión de adjudicación del contrato, sin conocer en dicha fase, los motivos que justifican dicho recurso. 41. En consecuencia, el plazo de 30 días establecido por la normativa nacional para interponer recurso contra la decisión de adjudicación del contrato debe correr de nuevo para permitir comprobar la legalidad de la decisión de la entidad adjudicadora por la que se autorizó la modificación de la composición de la unión adjudicataria, que puede incidir en la legalidad de la decisión de adjudicación del contrato. Dicho plazo empieza a correr a partir de la fecha en la que el licitador recibió la notificación de la decisión por la que se autorizaba la modificación de la composición de la unión adjudicataria o en la que tuvo conocimiento de la misma”. Y concluye: “47. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales planteadas que los artículos 1, apartados 1 y 3, y 2 bis, apartado 2, último párrafo, de la Directiva 92/13 deben interpretarse en el sentido de que el plazo para la interposición de un recurso de anulación contra la decisión de adjudicación de un contrato debe empezar a correr de nuevo cuando la entidad adjudicadora adopta una nueva decisión, con posterioridad a esa decisión de adjudicación pero antes de la firma del contrato, que pueda afectar a la legalidad de dicha decisión de adjudicación. El plazo empieza a correr a partir de la comunicación a los licitadores de la decisión posterior o, en su defecto, a partir del momento en que

todos los participantes y, en la medida que afecte a los elementos descritos en el anuncio de concesión, a todos los operadores económicos (artículo 37.4) puesto que podría vulnerar la posibilidad de participar de potenciales operadores económicos de acuerdo con la jurisprudencia analizada. Es sumamente positiva la obligación de la publicación de las modificaciones ya que supone un elemento de control y un refuerzo del principio de seguridad jurídica, igualdad de trato y transparencia para aquellos potenciales licitadores en los procedimientos correspondientes, si bien hubiera sido deseable extender dicha publicación a todos los supuestos de modificación.

Así mismo, se prevé otro supuesto en el que 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 al umbral de 5.225.000 euros y al 10 %⁴⁹⁶ del valor inicial de la concesión, siempre que, claro esté, la modificación no altere la naturaleza global de la concesión. Y, en el caso que se efectúen varias modificaciones sucesivas, el valor se calculará sobre la base del valor neto acumulado de las sucesivas modificaciones. Al respecto, cabe apuntar que si bien se ha aumentado al 10 % hubiera sido deseable⁴⁹⁷ fijar un límite cuantitativo en proporción a la magnitud y duración del contrato en cuestión al igual que el artículo 72.2. ii) de la Directiva 2014/24/UE particulariza el porcentaje según se trate de modificaciones de los contratos de obras o bien modificaciones de contratos de servicios y suministros, al ser el contrato de concesión de larga duración y complejo.

éstos tienen conocimiento de la misma. 48. Cuando un licitador llega a conocer, tras el vencimiento del plazo establecido por la normativa nacional para interponer recurso, una irregularidad supuestamente cometida antes de la decisión de adjudicación de un contrato, solo puede recurrir contra dicha decisión dentro ese plazo, salvo disposición expresa del Derecho nacional que garantice tal derecho con arreglo a la normativa de la Unión”.

⁴⁹⁶ En la redacción de la propuesta se hacía referencia al 5%. La Comisión de Mercado Interior PE propuso (enmienda núm. 227) en cambio un límite *económico único*: la modificación será admisible si su monto no supera “*el 10% del precio actualizado del contrato original*”. El Consejo de la UE, por su parte, optó por mantener el criterio doble pero con umbrales diferenciados en razón del objeto del contrato a modificar: 10% en el caso de los servicios y 15% en el caso de las concesiones de obras. Con la fijación en el 10 % se dota de mayor flexibilidad y margen para que los concesionarios y poderes y entidades adjudicadoras puedan ejecutar los contratos, consciente el legislador que se trata de contratos complejos, largos. En la Sentencia de fecha 13 de enero de 2005, *Comisión contra España* (C-84/03), el Tribunal consideró que al permitir un aumento del precio base de licitación hasta un 10% respecto del procedimiento abierto o restringido previo, los artículos 141 letra a) y 182 letra e) del Texto refundido, contravenían las Directivas 93/36 y 93/37 ya que permitían una modificación sustancial de una de las condiciones originales del contrato, como es el precio. En la Sentencia de fecha 22 de abril de 2010, *Comisión contra Reino de España* (C-423/07) se condenaba al Reino de España por haber incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de los artículos 3.1 y 11.3 y 6 de la Directiva 93/37/CEE al no haberse publicado ni en el anuncio en el DOCE ni en el pliego de cláusulas administrativas particulares del concurso la totalidad de las obras a adjudicar por el concesionario, en concreto, se adjudicó un contrato de concesión de obras públicas que incluían trabajos denominados “complementarios” que por sí solos constituyen “contratos públicos de obras” en el sentido de esa Directiva, y cuyo valor superaba el umbral que allí se establece.

⁴⁹⁷ Me remito a mi artículo LÓPEZ MORA, M. E., “La futura regulación de la modificación de los contratos de concesión...”, *op. cit.*

En conclusión, hubiese sido conveniente dotar de mayor coherencia y sistemática el artículo 43 así como la utilización de menos conceptos jurídicos indeterminados⁴⁹⁸ y la limitación de las dos vías de escape tan amplias del artículo 43.1.b) y c) iii en aras a una mayor seguridad jurídica. Como advierte GIMENO FELIÚ⁴⁹⁹, la Directiva introduce de manera un tanto confusa los límites y reglas que pueden amparar un modificado en un contrato público. Esta nueva regulación supone cierta innovación sobre la doctrina del Tribunal en la materia⁵⁰⁰ de manera que es necesaria la necesaria cautela en su concreta interpretación, limitada por el respeto a los principios de toda contratación pública y, en especial, el de igualdad de trato⁵⁰¹.

5.3.7.3. Resolución

El artículo 44 de la Directiva acota tres supuestos de resolución anticipada⁵⁰² del contrato de concesión siempre que se cumpla alguna de las condiciones siguientes:

- a) consecuencia de una modificación sustancial, que una modificación de la concesión suponga una nueva adjudicación de acuerdo con los criterios estudiados del artículo 43;

⁴⁹⁸ Como se ha tenido ocasión de apreciar en la redacción de este precepto abundan la utilización de conceptos jurídicos indeterminados: “*materialmente diferente a la del celebrado en un principio*”, “*obras y servicios necesarios*”, “*inconvenientes significativos*”, “*aumento sustancial*”, “*ampliar considerablemente*”, “*gran medida*” que exigirá una doctrina que delimite el alcance en aras a garantizar la necesaria seguridad jurídica.

⁴⁹⁹ GIMENO FELIÚ, J. M., “Presente y futuro de la regulación de la modificación...”, *op. cit.*, pág. 91.

⁵⁰⁰ Así lo advierte CODINA GARCÍA-ANDRADE, X., al afirmar que el régimen es más flexible que el existente hasta ahora, lo que permite mayor margen de discreción a las entidades adjudicatarias. “Urgencia e imprevisibilidad en la contratación pública europea: jurisprudencia y nuevas Directivas”, *REDA* núm. 163, 2014, págs. 297 y 298. Igualmente, DÍEZ SASTRE, S., opina que la regulación de la propuesta de Directiva parece haberse planteado de forma generosa con la posibilidad de modificar los contratos, cuando, considera que podría haberse esperado una regulación más restrictiva, en “La modificación de los contratos en la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre contratación pública”, www.obpc.es, de 14 de octubre de 2013.

⁵⁰¹ *Vid.* Sobre esta regulación, con más detalle, GIMENO FELIÚ, J. M., “Presente y futuro de la regulación de la modificación...”, *op. cit.*, pág. 88, *IDEM*, *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública...*, *op. cit.*, págs. 169 a 188; GÁLLEGO CÓRCOLES, I., “La modificación de los contratos en la cuarta generación de directivas...”, págs. 107 a 167 y VÁZQUEZ MATILLA, F. J., *La modificación de los contratos públicos...*, *op. cit.*, págs. 65 a 89.

⁵⁰² El Considerando 80 reconoce en ciertos supuestos la necesidad en ocasiones de poner fin a una concesión antes de su período de vigencia: “*En ocasiones, los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras deben afrontar circunstancias que exigen la rescisión anticipada de la concesión con objeto de cumplir con obligaciones derivadas del Derecho de la Unión en materia de concesiones. Por consiguiente, los Estados miembros deben asegurarse de que los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras tengan la posibilidad, con arreglo a condiciones determinadas por la legislación nacional aplicable, de poner fin a una concesión durante su período de vigencia, siempre que así lo exija el Derecho de la Unión*”.

- b) cuando el contratante se encuentre en el momento de la adjudicación del contrato en una de las situaciones contempladas en el artículo 38, apartado ya estudiados (organización delictiva, corrupción, fraude, delito de terrorismo o ligado a actividades terroristas, blanqueo de capitales o financiación de terrorismo y trabajo infantil y otras formas de trata de seres humanos) y, por lo tanto, debería haber estado excluido del procedimiento de adjudicación de la concesión;
- c) cuando el Tribunal dictamine, en un procedimiento conforme con el artículo 258 del TFUE, que un Estado miembro ha incumplido⁵⁰³ sus obligaciones con arreglo a los Tratados debido a que un poder adjudicador o una entidad adjudicadora de dicho Estado miembro ha adjudicado una concesión sin ajustarse a las obligaciones que les imponen los Tratados y la Directiva.

La fijación y delimitación en estos tres tasados supuestos la resolución anticipada del contrato de concesión va a tener gran repercusión en nuestro ordenamiento como tendré la ocasión de exponer en el punto 3.3.4 del capítulo III.

⁵⁰³ El artículo 44 de la Directiva dispone que los Estados miembros deberán asegurarse de que los poderes y entidades adjudicadoras *“tengan la posibilidad de poner fin a una concesión durante su periodo de vigencia”* cuando el Tribunal declare un incumplimiento de Estado con motivo de la adjudicación de una concesión sin ajustarse a las obligaciones que le imponen los Tratados o el Derecho derivado.

CAPÍTULO III. LA FIGURA CONCESIONAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

1. ESTUDIO DE LA REGULACIÓN DE LA FIGURA CONCESIONAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO HASTA EL TRLCSP

Analizados los principales cambios y novedades de la Directiva 2014/23/UE, resulta obligado en este trabajo de investigación adentrarme en las consecuencias que va a suponer la transposición de la Directiva en nuestro ordenamiento jurídico.

1.1. Regulación del contrato de concesión

La figura del contrato de concesión tiene gran tradición en nuestro ordenamiento, deviniendo una institución fundamental en el Derecho administrativo español que sigue estando vigente y de gran relevancia económica en el ámbito municipal. Fue a partir del siglo XIX cuando se empezaron a regular los sistemas de ejecución de obras públicas que incluían la figura concesional como uno de ellos⁵⁰⁴. En concreto, la Instrucción para la promoción y ejecución de las obras públicas de 10 de octubre de 1845 fue la primera norma donde se reunieron las disposiciones existentes sobre construcción de obras públicas ante la situación caótica de la existencia provocada por un confuso conjunto normativo de diferentes rangos. El artículo 5 de la Instrucción, preveía el sistema de ejecución directa, el sistema por contrata y el sistema de ejecución por empresa. El sistema de ejecución directa o por Administración se caracterizaba porque los ejecutores encargados directamente de las operaciones facultativas y económicas eran el gobierno, las provincias o los pueblos. En el sistema de ejecución por contrata, la Administración debía satisfacer en plazos fijos las cantidades estipuladas, obligándose los contratistas a ejecutar las obras en un tiempo dado y bajo determinadas condiciones. Mientras que en el sistema de ejecución de empresa -germen del actual contrato de concesión de obras- la Administración contrataba con particulares la ejecución de las obras, cediéndoles en pago los productos y rendimientos de las mismas, “*y cuando estos no sean suficientes estipulando concesiones en compensación*”

⁵⁰⁴ BERNAL BLAY M. A., “*El contrato de concesión de obras públicas...*”, *op. cit.*, pág. 39.

de la industria de los empresarios o del capital que adelanten, de lo cual resultará a su favor en los más de los casos un privilegio por tiempo indeterminado”.

Esta Instrucción de 1845 fue sustituida a raíz del triunfo de la Revolución de septiembre de 1868 por el Decreto de 14 de noviembre de 1868 por el que se establecían bases generales para la nueva legislación de obras públicas. Este Decreto supuso la liberalización de la iniciativa en materia de obras públicas, fomentando que fueran los particulares quienes las promoviesen y realizasen. Sin embargo, este Decreto no se materializó totalmente y fue sustituido por la Ley de Bases de 29 de diciembre de 1876 que seguía la senda de la Instrucción de 1845 en el sentido de limitar la libertad extrema de la norma de 1868. En desarrollo de la Ley de Bases se promulgó la Ley General de Obras Públicas (LGOP) con la finalidad de fijar un régimen jurídico para todo tipo de obras, incorporando una regulación completa de la figura de la concesión. Dicha ley adquirió gran importancia puesto que algunos de sus preceptos han estado vigentes hasta hace bien poco. Esta Ley abogaba por la recuperación del protagonismo de la Administración Pública para la construcción de obras públicas de forma que era a la Administración a quien le correspondía el examen y aprobación de los proyectos, vigilancia de la construcción y conservación de las obras públicas, policía y su uso. También se preveía la figura del concesionario en aquellos casos en los que la obra fuese susceptible de explotación mediante precio, reservando a los particulares la obra pública en cuanto a negocio.

Posteriormente, a partir de la segunda mitad del siglo XX, fue perdiendo protagonismo la obra pública. El Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprobó el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales⁵⁰⁵ (RSCL) complementario de las disposiciones del Texto articulado de 1950⁵⁰⁶ que desarrollaba la Ley de Bases de Régimen Local de 17 de julio de 1945⁵⁰⁷, reguló durante largo tiempo los modos de gestión de los servicios cuya prestación resultaba competencia de la Administración local. Como formas de gestión directa se establecían cuatro modalidades, a saber: sin órgano especial de administración, con órgano especial de administración, fundación

⁵⁰⁵ MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de derecho Administrativo y Derecho Público General*, T I, 2 edición, 2006, pág. 1.005.

⁵⁰⁶ Decreto de 16 de diciembre de 1950 por el que aprueba el texto articulado de la Ley de Régimen Local de 17 de julio de 1945 (BOE núm. 363 de 29.12.1950).

⁵⁰⁷ Ley de Bases de Régimen Local, de 17 de julio de 1945 (BOE núm. 199, 18 de julio de 1945).

pública del servicio y sociedad privada municipal o provincial, mientras que como formas de gestión indirecta se preveían: la concesión, el arrendamiento y el concierto. Este Reglamento formulaba por primera vez la gran sistematización de todas las técnicas de gestión de los servicios públicos y definía el régimen jurídico básico de cada una de las técnicas que regulaba. En el RSCL se produjo una tendencia a comprimir la amplitud de modalidades concesionales derivadas de la LGOP integrando los supuestos de concesión de obras en los de concesión de servicios públicos⁵⁰⁸, debido al desarrollo de esta figura, hasta el punto que se pasó a considerar que dentro de una concesión de servicio público, la construcción de una obra como paso previo⁵⁰⁹ y necesario para la prestación de un servicio público era un aspecto marginal o accidental ya que la prestación del servicio era lo verdaderamente importante. El artículo 114 fijaba el ámbito de la concesión: la construcción de una obra o instalación y la subsiguiente gestión del servicio a que estuvieren afectas o el mero ejercicio del servicio público cuando no requiera obras o instalaciones permanentes o estuvieren ya establecidas. Entre las obligaciones del concesionario, el artículo 128.5 preveía la de ejercer por sí la concesión y no cederla o trasladarla a terceros sin la anuencia de la Corporación. Así mismo, se reconocía que la concesión otorgaba al concesionario las facultades necesarias para prestar el servicio. El artículo 133.3 rezaba que la explotación se efectuaba por cuenta y riesgo del concesionario a quien se entregará al finalizar el secuestro el saldo activo que resultare después de satisfechos todos los gastos, incluso los haberes del Interventor.

De esta manera, la concesión de obras se concebía como una variante de la concesión de servicio público, deviniendo la obra como instrumento respecto del servicio⁵¹⁰, alcanzando el servicio público gran sobredimensión⁵¹¹ y quedando la obra pública relegada en un segundo plano.

⁵⁰⁸ El artículo 114.2 del RSCL al regular la concesión como modo de gestión indirecta disponía que podía comprender: a) La construcción de una obra o instalación y la subsiguiente gestión del servicio a que estuvieren afectas, o b) El mero ejercicio del servicio público, cuando no requiera obras o instalaciones permanente o estuvieran ya establecidas.

⁵⁰⁹ MENÉNDEZ GARCÍA, P., y FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., “Análisis histórico-jurídico de la concesión de obra pública”, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., (dir.): *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas*, Civitas, Madrid, 2003, pág. 74.

⁵¹⁰ GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., “Aspectos de la Administración económica”, *RAP* núm. 12, 1953, pág. 51, señalaba, refiriéndose a la concesión consistente en construcción de una obras y la explotación del servicio, que el concepto de concesión nace por una constante revalorización del servicio en perjuicio de la obra, y cuando ésta existe, es una carga del concesionario: el servicio es lo más importante, y la obra es el medio para desarrollarlo.

⁵¹¹ Esta confusión entre la obra y el servicio se trasladó a normas sectoriales como las carreteras y las autopistas Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras y Ley 8/1972, de 10 de mayo, de Autopistas. Al respecto, un sector de la doctrina GÓMEZ FERRER MORANT, R., en el artículo “Entorno a la Ley de autopistas de peaje, *RAP* número 68,

De acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina -por todos MUÑOZ MACHADO⁵¹²- el Reglamento de 1955 fue el gran código de los servicios públicos, cuyas definiciones y reglas transcendían del mundo local y servían de criterios jurídicos y, como pauta interpretativa para concretar el régimen de la actividad servicial de todas las Administraciones Públicas. Este Reglamento sigue teniendo una gran sistematización de las técnicas usadas para la prestación de servicios públicos, aunque el régimen de los de carácter económico haya cambiado profundamente al final del siglo XX, afectado por las nuevas regulaciones liberalizadoras de la economía, contrarias a las políticas de municipalizaciones que el Reglamento admite ampliamente y que también ha enriquecido notablemente las formas de colaboración de los particulares en la gestión de servicios.

El Decreto núm. 923, de 8 de abril de 1965, aprobó el Texto articulado de la Ley de Contratos del Estado (LCE) que fue la primera Ley de los Contratos del Estado y que pretendió acabar con la pluralidad de normas de rango y de naturaleza diversa existentes. En dicha Ley se daba preferencia a la concesión de servicio público frente al contrato de concesión de obras y se produjo un progresivo desplazamiento de las normas reguladoras de la ejecución de obras, que tradicionalmente estaban recogidas en la LGOP de 1877 hacia normas especiales sobre contratación. La LCE no sustituyó propiamente a la LGOP sino que la complementó. Es importante destacar que fue esta ley la que configuró la concesión de servicio público como una de las modalidades del contrato administrativo de gestión de servicios públicos, junto con la gestión interesada, el concierto y la sociedad de economía mixta. Esta configuración ha pervivido a pesar de las posteriores modificaciones hasta el actual texto refundido. La Ley regulaba el contrato de obras, el contrato de gestión de servicios públicos y el contrato de suministro. El artículo 63 ya preveía que: *“El Estado podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, todos los servicios de su competencia siempre que tengan un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios*

1972, págs. 325 a 328, ya se pronunció al respecto, en el sentido que en realidad en una autopista –o carretera- el usuario no recibe el resultado de una actividad de prestación, sino simplemente el beneficio que le supone la utilización de un bien de dominio público de uso general, por lo que predomina la utilización de un bien y no de una actividad, con lo que la concesión, en este caso, no puede ser de servicio público.

⁵¹² MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de derecho Administrativo...op. cit.*, pág. 1.105.

particulares y mientras no impliquen el ejercicio de poderes soberanos”. Las formas de gestión indirecta que regulaba el artículo 66 eran:

- 1ª La concesión: por la que el empresario gestionará el servicio a su riesgo y ventura.*
- 2ª Gestión interesada: en cuya virtud el Estado y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato.*
- 3ª Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público que se trata.*
- 4ª Mediante la creación de una sociedad de economía mixta en que el Estado participe por sí, o por medio de un ente público estatal, en concurrencia con personas naturales o jurídicas”.*

Igualmente se señalaba que la forma de adjudicación ordinaria de los contratos de gestión de servicios públicos era mediante el procedimiento de concurso.

La Ley 8/1972, de 10 de mayo, de Construcción, Conservación y Explotación de Autopistas en Régimen de Concesiones, permitió que el sector de las autopistas fuera el primero que contase en nuestro ordenamiento jurídico con una auténtica regulación específica en materia de concesiones que, poco después, se consolidaría ofreciendo una estabilidad y certidumbre tal que favoreció la participación privada en la construcción de estas costosas obras públicas⁵¹³. Con la interpretación doctrinal de la Ley 8/1972 se favoreció que el contrato de concesión de obras públicas fuera recuperando la fuerza perdida y empezase a tener el protagonismo que tiene actualmente en el momento presente.

La Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de Bases de Régimen Local⁵¹⁴ (LBRL) optó por relacionar las modalidades de gestión indirecta de servicios públicos locales. El

⁵¹³ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “El proyecto de la ley reguladora del contrato de concesión de obras públicas” *Revista de obras públicas*, núm. 3425, octubre 2002, págs. 35 a 44.

⁵¹⁴ Esta redacción se mantuvo inalterada hasta que fue modificada por la Ley 57/2003, de Medidas para la modernización del gobierno local (artículo 1.1), que introdujo, en lo que interesa, la remisión a la legislación básica de contratos para la gestión indirecta de servicios públicos (LBRL, 85, 2.b). 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 artículo 85.2.b de la LBRL por la propia LCSP (Disposición Adicional primera). Por último, cabe mencionar que dicho artículo 85.2.b de la LBRL volvió a ser actualizado 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 Ley 27/2013, de 30 de diciembre de racionalización y sostenibilidad de la Administración local (LRSAL, art. 1ª. 21). Si bien la LRSAL no introduce ninguna innovación respecto del concepto de servicio público, por lo que se mantiene su vigencia la mención del

artículo 85 establecía que la gestión indirecta adoptaba alguna de las siguientes formas: concesión, gestión interesada, concierto, arrendamiento y sociedad mercantil y cooperativas legalmente constituidas cuyo capital social solo parcialmente pertenezca a la Entidad local.

Los años 90 vinieron marcados por las restricciones presupuestarias impuestas desde Europa. Como consecuencia de la entrada de España en la Comunidad Económica Europea⁵¹⁵, y para transponer la Directiva 93/37/CEE, se aprobó la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) por la que se otorgó una naturaleza contractual⁵¹⁶ a la concesión de obras públicas y se consideró como una modalidad especial del contrato de obras, de manera que volvió a tener sustantividad propia al margen del contrato de concesión de servicio público tal y como se había concebido en nuestro Derecho histórico: un contrato de obra cuya especialidad radica en la forma de retribuir al contratista la ejecución de obras por empresa de la Instrucción de 1845.

En materia de concesión se incorporó por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, la modalidad de pago de abono total de precio de los contratos.

artículo 85.1 LBRL “*son servicios públicos locales los que prestan las Entidades locales en el ámbito de sus competencias*”.

⁵¹⁵ Inicialmente el contrato de concesión de obras quedó excluido de las primeras Directivas (Directiva 71/304/CE, relativa a la supresión de restricciones a la libre prestación de servicios en el sector de los contratos públicos de obras y la adjudicación de contratos público de obras por medio de agencias o sucursales y 71/305/CE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras). Sin embargo se aprobó una “Declaración acerca de los procedimientos a seguir en materia de concesión de obras” que obligaba a los poderes adjudicadores cuando el importe sobrepasase un determinado umbral económico de publicar un diario en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE). Como quiera que su aplicación dio lugar a diferentes interpretaciones por parte de los Estado miembros, la Directiva 89/440/CEE, de 18 de julio de 1989, modificó el artículo 1 de la Directiva 71/305/CEE y se formalizó el concepto de concesión de obras públicas como el contrato que presente los caracteres que se preveían para el contrato 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. También se incidió en la necesidad de dar publicidad. La Directiva 93/37/CEE, aprobada por el Consejo el 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, que se limitó a refundir en un texto único las modificaciones de la Directiva 71/305/CE efectuados por la Directiva 89/440/CEE. Sin embargo, es con la Directiva 2004/18/CE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, aprobada por el Parlamento Europeo y el Consejo el 31 de marzo de 2004 donde por primera vez se dedicó un título específico al contrato de concesión de obras públicas regulando el ámbito de aplicación, publicidad y subcontratación, aunque no era de aplicación a todas las concesiones de obras. Si bien se preveía el contrato de concesión de servicio, quedaba excluido. Fueron las sucesivas disposiciones de *soft law*, que ya han sido objeto de estudio, donde se fue insistiendo hacia la necesidad de materializar una iniciativa sobre las concesiones, hasta llegar a la Directiva que es objeto del presente trabajo.

⁵¹⁶ Precisamente como indica MÍGUEZ MACHO, L., el expreso reconocimiento de la naturaleza contractual dificulta en alguna medida la aplicación de las reflexiones del Libro Verde, en “Fórmulas de colaboración público-privada contractual...”, *op. cit.*, pág. 173 y en “Las formas de colaboración público-privada...”, *op. cit.*, págs. 173 y ss.

Con la aprobación de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley 13/1995, el contrato de concesión de obras pasó a considerarse un contrato mixto, alterando su régimen jurídico que ya no era el del contrato de obras sino el de gestión de servicios públicos –salvo las reglas de publicidad, que eran las del contrato de obras- por considerar que en la fase de explotación se prestaba un servicio que era la prestación más importante desde el punto de vista económico (art. 6 LCAP). La Disposición Final única de la Ley 53/1999 contenía la autorización al Gobierno para elaborar un Texto refundido que incorporase las modificaciones operadas sobre la LCAP. En cumplimiento de la misma fue aprobado el Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio al que se le adicionaría un Libro V mediante la Ley 13/2003⁵¹⁷, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas (LCOP), que permaneció vigente hasta su parcial derogación por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público. La Ley 13/2003 regulaba las concesiones e introdujo las cuatro notas propias de la concesión: “obra pública”, “riesgo concesional”, “equilibrio económico de la concesión” y “diversificación de la financiación”.

Como consecuencia de la aprobación de la Directiva 2004/18/CE, se aprobó la Ley 30/2007, noviembre de Contratos del Sector Público y la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. La primera ley que fue modificada⁵¹⁸ en diversas

⁵¹⁷ El contrato de concesión de obras públicas precisaba una regulación más amplia debido a la utilización generalizada por las Administraciones Públicas. SIERRA RODRÍGUEZ, J., en su trabajo “Reflexiones en torno a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas”, *ANALES DE DERECHO*, Universidad de Murcia, núm. 21, 2003, págs. 417 a 443, destaca que dicha ley responde a las necesidades de definir un marco común para todas las Administraciones Públicas, clarificar la naturaleza del contrato de concesión de obras públicas, diferenciándolo de otros afines como los de servicio público u obras e incluso de figuras mixtas, otorgándole sustantividad como modalidad propia de contrato administrativo; evitar la dispersión en la regulación de la institución concesional originada por las normativas singulares de las legislaciones sectoriales, actualizar la normativa para incluir fórmulas de financiación existentes aplicándolas al contrato de concesión y a sus garantías, actualizar el principio de riesgo en los contratos de concesión y restablecer el equilibrio económico-financiero en la concesión mediante mecanismos que recojan las diferentes situaciones que pudieran darse.

⁵¹⁸ El Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo; el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público; la Ley 14/2010, de 5 de julio, de infraestructuras y los servicios de información geográfica en España; la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales; la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras; la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo; la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; el Real Decreto-ley 5/2011, de 29 de abril, de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas; la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la Defensa y la Seguridad, y la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

ocasiones, fue refundida mediante el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), texto normativo que actualmente está en vigor. En dicho TRLCSP, se define el “contrato de gestión de servicios públicos” como aquel en cuya virtud sea una Administración o una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración o Mutua encomendante y se especifica que estas mutuas solo podrán realizar este tipo de contrato respecto a la gestión de la prestación de asistencia sanitaria y que las disposiciones de esta Ley referidas a este contrato no serán aplicables a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública.

Llegados a este punto, cabe destacar que el legislador español optó por equiparar las concesiones de servicios a los contratos públicos a diferencia de la Directiva 2004/18/CE que como ya he analizado en el capítulo segundo del trabajo, dejaba fuera de su ámbito las concesiones de servicios, estableciendo un régimen más garantista además de la observancia de los principios del Tratado.

La regulación del contrato de obras públicas se encuentra regulada en los artículos 240 a 274 del TRLCSP y el contrato de gestión de servicios públicos se encuentra regulado en el artículo 277 y siguientes (siguiendo la línea de la Ley de Contratos del Estado de 1965). El contrato de gestión de servicios públicos tiene actualmente 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.

Mediante la Ley 30/2007 también se introdujo el contrato de colaboración entre el sector público y el privado, contrato que tenía su origen en el ordenamiento anglosajón y se le dio un carácter subsidiario frente a las demás figuras contractuales.

Aprobada la Directiva 2014/23/UE relativa a la adjudicación de los contratos de concesión en fecha 26 de febrero de 2014, el Estado Español inició los trámites de transposición antes de la aprobación definitiva de las Directivas, mediante la creación de un grupo de expertos (GELEC) que se constituyó en enero de 2014 con dirección del Director General de Patrimonio. En el caso español, a diferencia de otros países, se articula mediante la tramitación ordinaria de un proyecto de ley, preparado por el Gobierno de la Nación⁵¹⁹. Para ello, se presentó un primer documento definitivo en enero de 2015 y se inició la tramitación formal para su presentación como proyectos de Ley. El Consejo de Ministros de 17 de abril de 2015 aprobó el Informe sobre los

⁵¹⁹ Como ha señalado GIMENO FELIÚ, en “El nuevo paquete legislativo comunitario de contratación pública: principales novedades. La transposición en España, esta forma de transposición comporta problemas tanto en el cumplimiento de plazos, como de contenido”, en las *ponencias celebradas en Oporto* el 7 de septiembre de 2015 y en el trabajo “La incorporación del Derecho comunitario al ordenamiento nacional...”, *op. cit.* págs. 61 a 67. En este trabajo recuerda que la Recomendación de la Comisión, de 12 de julio de 2004, relativa a la transposición al Derecho nacional de las Directivas que afectan al mercado interior (texto pertinente a efectos del Espacio Económico Europeo) en la que se advierte que, debido a la falta de rigor en la transposición de las Directivas relativas al mercado interior por parte de los Estados miembros, les recomienda que adopten mejores prácticas para una transposición correcta y dentro de los plazos establecidos. En la línea de la Recomendación de la Comisión, conviene apuntar soluciones de técnica legislativa. Si la transposición requiere un acto de los Estados miembros, este acto debería ser un trámite con regulación específica que permitiera una rápida reacción y que lo distinguiera de los trámites legislativos ordinarios. Una opción, siguiendo el modelo de derecho comparado, podría consistir en que la incorporación al derecho nacional se hiciera mediante acto o resolución de un órgano especializado. En esta línea, el profesor MARTIN-RETORTILLO BAQUER, L., (*La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Civitas, 2004, págs. 186 a 187) ha propuesto crear una especie de Gabinete de Vigilancia que avise al gobierno y Parlamento de la existencia de sentencias condenatorias -y entiende que del efecto directo de las normas y de contravenciones de normas estatales de derecho comunitario en sus distintas variantes que bien podría descansar en el Ministerio de Justicia o en el Consejo de Estado. Este autor apunta que esta última propuesta es ciertamente sugerente y bastaría con una reforma de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, encajando con las funciones inherentes a este órgano constitucional. También podría pensarse en atribuirse esta función a la Comisión Mixta para la Unión Europea, creada por Ley 8/1994, de 19 de mayo, dado que el objetivo específico de esta Comisión es participar en las propuestas legislativas de la Comisión Europea y en el seguimiento del derecho comunitario por autoridades nacionales. También podría optarse por adoptar medidas en el plano de política legislativa (como tienen en otros Estados: Por ejemplo, en Italia mediante Ley anual de transposición de normas comunitarias o en Reino Unido mediante decisión del Gobierno dando cuenta al Parlamento), que obligarían, eso sí, a una reforma constitucional. Otra opción (propuesta de ISAAC, G. *Manual de Derecho Comunitario General*, Ariel, Barcelona, págs. 236 a 237), sería prever un procedimiento específico de transposición de las Directivas que fueran similar a la técnica de la delegación legislativa receptiva contenida en los artículos 82 a 86 de nuestra Carta Magna, de tal manera que una Directiva se considerase como una ley de bases con un plazo para aprobar el correspondiente Real Decreto legislativo idéntico al plazo de transposición de la Directiva, estableciendo la plena eficacia de esa “Ley de Bases Comunitaria” -coincidente con la Directiva- caso de vencerse el plazo de mandato. Desde esta perspectiva se cumpliría siempre en plazo con el derecho comunitario, sin necesidad de aplicar la doctrina del efecto directo.

Anteproyectos de modificación de la legislación de contratos públicos en España. Posteriormente, se comenzó la tramitación “externa” del anteproyecto, tras un trámite de información pública mediante la Resolución de la Subsecretaría de la Hacienda y Administraciones Públicas el 21 de abril de 2015 (ALCSP), y se emitieron los preceptivos Informes: Consejo General del Poder Judicial de 11 de junio de 2015, del Consejo Económico Social de 25 de junio de 2015; del Tribunal de Cuentas de 6 de julio de 2015; de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 16 de julio de 2015; de la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) de 12 de mayo y 16 de julio de 2015; y de la Comisión Nacional de Administración Local (CNAL) de 13 de julio de 2015.

Tras la revisión a la vista de las alegaciones⁵²⁰ e informes, mediante el Dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado de 17 de septiembre de 2015, favorable a la aprobación de la norma elaborada, se aprobó el texto de los anteproyectos de 20 de octubre de 2015, que fueron objeto de remisión al Consejo de Estado (junto con memoria del análisis de impacto normativo y tabla de correspondencias entre la norma actualmente vigente y la elaborada) para dar por “cerrado” los trámites administrativos.

El Consejo de Estado aprobó el Dictamen núm. 1.116/2015, de 10 de marzo de 2016, que tiene carácter preceptivo de acuerdo con lo establecido en el artículo 21.2 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril. Con la emisión del Dictamen se culmina el procedimiento de elaboración de la norma. El dictamen tiene un contenido muy detallado y favorable a los anteproyectos si bien advierte cuestiones formales relativas a la estructura del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, y concluye que: *“En todo caso, el resultado final es que el anteproyecto presenta una estructura artificiosa y compleja cuyo manejo y comprensión resulta ardua para el avezado en las materias de contratación pública y extraordinariamente difícil para quien no lo está, en detrimento incluso, en ocasiones, de la seguridad jurídica”*. Igualmente cuestiona diversos aspectos en torno a la desaparición del contrato de gestión de servicios públicos, como tendré ocasión de analizar al exponer que no puede orillarse la importancia que la noción de servicio público ha tenido y tiene en nuestro Derecho

⁵²⁰ Cabe destacar las alegaciones presentadas por MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J. L., respecto a la afectación al contrato de gestión de servicios públicos.

continental, como elemento vertebrador, no ya solo en la contratación sino en general de la actividad de los poderes públicos.

Para dar respuesta a esta coyuntura planteaba dos posibilidades⁵²¹ para conciliar la observancia de las determinaciones de la Directiva:

1. La re inserción de la figura del contrato de gestión de servicios públicos introduciendo ciertas modulaciones.
2. El mantenimiento de la tipificación contractual del ALCSP, basada en la diferenciación entre el contrato de servicios y el contrato de concesión de servicios, pero extendiendo 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.

Conformado el nuevo ejecutivo en noviembre de 2016, el 24 de noviembre de 2016 se aprobó por parte del Consejo de Ministros el Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público⁵²² y el 25 de noviembre de 2016 se presentó y el 29 de noviembre de 2016 se calificó para la tramitación parlamentaria –competencia legislativa plena y urgente- el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público (PLCSP), por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. (121/000002) y el Proyecto de Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales por la que se transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/25/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014. (121/000003).

En el momento de presentar este trabajo había finalizado el trámite de enmiendas por parte de los partidos políticos.

⁵²¹ Dictamen del Consejo de Estado núm. 1.165/2015, pág. 79.

⁵²² Respecto al Proyecto, se ha de traer a colación la *Propuesta de modificaciones y mejora al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por el que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados 2 de diciembre de 2016) realizada por el Observatorio de los Contratos Públicos*, y publicada en www.obcp.es donde se formulan pautas y redacción de articulado que puede servir para “reconducir” las debilidades del texto.

1.2. Influencia de la jurisprudencia comunitaria en el contrato de concesión del TRLCSP

El artículo 7 del TRLCSP regula el contrato de concesión de obra pública como aquel que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo 6⁵²³, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de percibir un precio. El apartado segundo especifica que el contrato, se ejecutará en todo caso a riesgo y ventura del contratista.

Por su parte, el artículo 277 del TRLCSP regula dentro de las modalidades de contratación de la gestión de los servicios públicos (contratos de gestión de servicios públicos), la concesión de servicios públicos⁵²⁴ en la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura. Por lo tanto, tanto los contratos típicos como los contratos de concesión de servicios se caracterizaban por la asunción por parte del contratista del riesgo y ventura, a diferencia del resto de figuras de gestión indirecta de servicios públicos en las que no se hacía esta especificación de manera expresa.

Desde un punto de vista tradicional, la diferenciación entre los dos tipos contractuales, contratos de servicios y contratos de concesión de servicios, dependía⁵²⁵ si el servicio beneficiaba a los ciudadanos –concesión de servicios- o a la propia

⁵²³ Aquéllos que tienen por objeto la realización de una obra o la ejecución de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo 1 o la realización por cualquier medio de una obra que responda a las necesidades especificadas por la entidad del sector público contratante, y además de estas prestaciones, el contrato podrá comprender en su caso, la redacción del correspondiente proyecto.

⁵²⁴ Sobre el régimen jurídico del contrato de concesión de servicios público cabe destacar los trabajos de LAVILLA RUBIRA, J. J.; “El contrato de gestión de servicios públicos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, en GÓMEZ-FERRER MORANT, R., *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004, págs. 943 a 980; y BLANQUER CRIADO, D., *La concesión de servicio público...*, *op. cit.*, págs. 641 a 742 y desde el ámbito local, MESTRE DELGADO, J. F., “Las formas de prestación de los servicios públicos locales, en particular, la concesión”, en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, T. II, Iustel, Madrid, págs. 2063 a 2175; SOSA WAGNER, F., *La gestión de los servicios locales*, 7ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2008, pág. 426.

⁵²⁵ El Informe número 4/1996 de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía consideró que el objeto del contrato del pliego de cláusulas de explotación para la contratación de la gestión indirecta del servicio público para determinaciones analíticas mediante concierto, aprobado por Resolución del Servicio Andaluz de Salud de 15 de enero de 1996, era un contrato de servicios por comprender la prestación de servicios, directamente destinados a la Administración.

Administración -contrato de servicio- y según la existencia o no de un servicio público⁵²⁶.

Sin embargo, dicha delimitación se ha ido viendo afectada por la jurisprudencia comunitaria, en concreto, cabe destacar entre otros pronunciamientos del Tribunal, la Sentencia de 18 de noviembre de 2004 *Comisión contra República Federal Alemana* (C-284/03) que tras considerar irrelevante que un contrato sirva para cumplir una función de interés general (servicio público) calificó como contrato de servicios a un contrato de transporte de residuos, y afirmó que “*según la jurisprudencia, el artículo 1, letra a) de la Directiva 92/50 no distingue entre los contratos celebrados por una entidad adjudicadora para cumplir su función de satisfacer necesidades de interés general y los contratos que no guardan relación con dicha función [véase por analogía, en relación con la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L, pág. 54), la sentencia de 15 de enero de 1998 Mannesmann Anlagenbau Austria y otros (C-44/96, Rec. pág. I-73), apartado 32]*”. También la Sentencia del Tribunal de 18 de julio de 2007, *Comisión/Italia* (C-382/05) referida a la calificación de contratos de tratamiento de residuos y de protección de las aguas de Sicilia como contratos públicos de servicios sujetos a la Directiva 92/50/CEE, abogó posteriormente por esta postura al ratificar en el apartado 43 “*lo mismo sucede con el hecho de que el tratamiento de residuos sea de interés general*” y reconoció que existe concesión de servicios cuando la modalidad de retribución convenida consiste en el derecho a explotar el servicio y el prestador del servicio asume el riesgo vinculado a la explotación del servicio.

Por lo tanto la jurisprudencia comunitaria no contempla nuestro tradicional criterio del destinatario y acoge, como ya he tenido la oportunidad de exponer, el criterio de la asunción por parte del concesionario de la asunción del riesgo en la explotación.

⁵²⁶ Al respecto, cabe destacar, el Informe de la Junta Consultiva de Contratación de la Administración del Estado núm. 27/2002, de 23 de octubre y 28/2007, de 5 de julio, 10/2007; Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña Informe núm. 5/2003, de 29 de mayo.

De acuerdo con estos pronunciamientos, ésta ha sido en línea general la senda que han ido siguiendo en los últimos años tanto las juntas consultivas de contratación⁵²⁷ como los tribunales y órganos resolutorios de los recursos contractuales a la luz de la jurisprudencia comunitaria⁵²⁸ ya analizada, reinterpretando el riesgo del artículo 277. a) del TRLCSP como un riesgo específico del riesgo propio de las concesiones de acuerdo con los parámetros jurisprudenciales frente al riesgo general de todos los contratos previsto en el artículo 215 del TRLCSP⁵²⁹:

“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, 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”.

Este “anclaje” ha sido especialmente importante para delimitar los contratos de servicios⁵³⁰ –que estaban regulados por la Directiva 2004/18/CE- de los contratos de

⁵²⁷ Cabe destacar los informes de las siguientes juntas: Junta Consultiva de Contratación de la Administración General del Estado núm. 65/2008, núm. 22/09, núm. 26/09, núm. 64/09, núm. 12/2010 y núm. 65/2011; Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña núm. 11/2010 y núm. 15/2014; Junta Superior de Contratación Administrativa de la Comunidad de Valencia Informe núm. 4/2015; Junta Consultiva de Contratación de Baleares núm. 2/2012; Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón núm. 13/2011, núm. 2/2014, núm. 13/2015 y núm. 16/2016. En este sentido, cabe mencionar la Recomendación 1/2011, de 6 de abril de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, que afirma que en la actualidad resulta insuficiente el criterio de diferenciación basado en que la distinción entre los contratos de servicios y gestión de servicios públicos basado en el destinatario de la prestación, de modo que ahora los factores distintivos pueden ser mejor el régimen de la prestación y de explotación del mismo.

⁵²⁸ Me remito al punto 4 del capítulo II del trabajo, si bien a efectos representativos cabe traer a colación las palabras del Tribunal en la Sentencia de 15 de octubre de 2009, *Acoset SpA contra Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa y otros* (Asunto C-196/08) apartado 38, al señalar que: “La cuestión de si una operación debe calificarse o no de «concesión de servicios» o de “contrato público de servicios” ha de apreciarse exclusivamente a la luz del Derecho comunitario (véase en particular la sentencia de 18 de julio de 2007, *Comisión/Italia, C-382/05, Rec. P. I-6657, apartado 31)*”.

⁵²⁹ Existe unanimidad en reconocer como principio general de la contratación pública que todos los contratos deben ejecutarse a riesgo y ventura del contratista. Sobre este principio, sus excepciones y modulaciones, *vid.* BERMEJO LATRE, J. L., “Riesgo y ventura del contratista”, BERMEJO VERA, J. (dir.), *Diccionario de Contratación Pública*, Iustel, Madrid, 2009, págs. 614 a 619.

⁵³⁰ Doctrina aplicada por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en el Acuerdo núm. 52/2013 de 11 de septiembre, que califica como contrato de servicios la prestación de hemodiálisis, por no existir riesgo (criterio confirmado por Acuerdos 55/2013 y 37/2014). También por el Tribunal Administrativo de Central de Recursos Contractuales, que en la Resolución núm. 141/2015, de 13 de febrero de 2015 declara que la asunción de riesgo por parte del concesionario es lo que caracteriza al contrato como concesión de servicios. En la reciente Resolución núm. 135/2017, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales niega el carácter de concesión de servicios de un contrato de gestión de apoyo a la movilidad personal con personas con discapacidad y/o personas en situación de dependencia ya que no existe riesgo operacional, pues la remuneración es estable en función de los kilómetros realizados. Este mismo criterio ha sido compartido por el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público (Resoluciones núm. 24/2013, 50/2013, entre otras) y por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (Resolución núm. 8/2014, entre otras). Y en la Resolución 21/2015 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de País Vasco relativa a la concesión de la gestión integral de unas instalaciones deportivas municipales, afirma que es un contrato de servicios porque no se da la transferencia del riesgo ya que la remuneración anual corresponde íntegramente al órgano de contratación, que la abona en cantidades mensuales iguales, y su importe depende únicamente del tanto alzado incluido en la oferta del adjudicatario, sin que

concesión de servicios –que quedaban fuera del ámbito de aplicación de dicha Directiva- ya que constituyen técnicas contractuales intercambiables⁵³¹, además de presentar consecuencias diferentes tanto desde la perspectiva del régimen jurídico como desde la perspectiva de la contabilidad europea⁵³².

Así, a nivel doctrinal cabe destacar diversas resoluciones de los tribunales resolutorios de recursos especiales en materia de contratación⁵³³ en las que se ha constatado la existencia de un riesgo que asume el concesionario en la explotación del

experimente variación alguna por la demanda que los usuarios hayan hecho del servicio y siendo irrelevante la tarifa que éstos satisfagan.

⁵³¹ En este sentido, me remito a la ya analizada Sentencia del Tribunal de 15 de octubre de 2009, *Acoset* (C-196/08) y el Informe de la Junta Consultiva de Contratación de la Administración del Estado número 22/09, de 25 de septiembre de 2009.

⁵³² Como ya señalé en el punto 4.2 del capítulo segundo del trabajo relativo a la Directiva, la configuración de un contrato como concesión, o como contrato de servicios, constituye un elemento a efectos de la determinación de los niveles de déficit y deuda públicos derivados de concesiones y de contratos de colaboración público-privado, tal y como se previene en el Sistema de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea -SEC 2010- que se encuentra regulado en el Reglamento (UE) núm. 549/2013, de 21 de mayo.

⁵³³ Los tribunales y órganos resolutorios de recursos han ido analizando la correcta calificación de los contratos y en los supuestos de contratos de gestión de servicios públicos en la modalidad de concesión de servicios han reconocido la existencia de este riesgo propio de las concesiones en las siguientes resoluciones y acuerdos sin ánimo de ser una lista cerrada y exhaustiva. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha admitido la existencia del riesgo en determinadas resoluciones como la Resolución núm. 203/2011 relativa a un contrato de explotación del servicio de actividades juveniles ya que los ingresos venían determinados por el número de personas inscritas que podía ser superiores o incluso inferiores a la de ejercicios precedentes. En la Resolución núm. 204/2013 relativa a un contrato de retirada de vehículos en vías públicas en la que reconoce que existe un riesgo aunque sea limitado ya que el adjudicatario siempre actuará a petición de la policía o del órgano de contratación, pero que ello es debido a la propia configuración del servicio por lo que concluye que es correcta la tipificación del contrato como concesión de servicio público. En la Resolución núm. 76/2014 afirma que existe un riesgo ya que la adquisición por el adjudicatario de 8 vehículos que deben quedar afectos al servicio público teniendo la consideración de bienes de dominio público cuya titularidad corresponderá al ayuntamiento de acuerdo con las cláusulas y el contratista quedaba obligado a prestar el servicio al número medio anual de personas usuarias del transporte (transporte fijo) de manera que si aumenta hasta en un 15% asume el riesgo de demanda, si reduce de un 15% hasta un 30% se produce una reducción en el precio estipulado y, a partir del 30%, esta reducción es mayor, además el adjudicatario debía gestionar los denominados servicios esporádicos ante situaciones puntuales y cubrir el servicio en sus modalidades extraordinarias sin incremento del precio y además prevé una posible modificación y reorganización de los servicios. El Tribunal Català de Contractes del Sector Públic también analizó la posible existencia del riesgo de la explotación por parte del concesionario y hasta el momento ha admitido la existencia de dicho riesgo en un supuesto de recogida de residuos en donde el concesionario asumía una parte significativa del riesgo que dependía de situaciones de mercado y de la utilización de los ciudadanos (Resolución núm. 24/2015) y en un supuesto de contrato de gestión de comedores de centros públicos en el que el concesionario asumía el riesgo de explotación y se responsabilizaba de los recibos y del cobro de la gestión de la morosidad durante la ejecución de la prestación (Resolución núm. 15/2016). El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid se ha pronunciado al respecto y ha admitido la existencia de un contrato de gestión de servicios públicos en la modalidad de concesión de servicios en la gestión del servicios de escuelas infantiles (Resoluciones núm. 92/2014, 93/2014, 94/2014, 95/2014, 96/2014, 97/2014, 98/2014, 99/2014, 100/2014, 101/2014, 102/2014, 103/2014, 104/2014, 105/2014, 74/2015 y 79/2015). En estos casos se afirma que existe un riesgo de demanda en actividades complementarias ofertadas y la retribución dependerá del nivel de frecuentación del centro, de manera que no estará garantizado el nivel de demanda, y los adjudicatarios asumen el riesgo de impagos de los usuarios sin que la Administración lo garantice. También reconoce la existencia del contrato de gestión, ya que existe asunción del riesgo en la gestión de un aparcamiento (Resolución núm. 74/2015). El Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía reconoció que se trataba de un contrato de gestión de servicios públicos en la modalidad de concesión de servicios y que existía riesgo en el caso de la gestión de servicios públicos de comedor (Resoluciones núm. 122/2013 y 18/2014). El Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de País Vasco ha reconocido ocasión la existencia de un contrato de concesión de servicios (Resolución núm. 54/2012), ya que la remuneración de la prestación era por terceros y el contratista asumía el riesgo de explotación del servicio en un contrato de explotación, mantenimiento, limpieza, restauración y organización de actividades en la naturaleza del alberge.

servicio para poder calificar el contrato como concesión y depurar así los contornos respecto del contrato de servicios⁵³⁴ aplicando la jurisprudencia del Tribunal y comprobando si el modo de remuneración acordado consiste en el derecho del prestador a explotar un servicio e implica que éste asume el riesgo de explotación del servicio en cuestión.

Estos pronunciamientos que parten de la jurisprudencia comunitaria⁵³⁵ rectifican la calificación de contratos de concesión de servicios que pasan a ser configurados como contrato de servicios al no conllevar un riesgo de las incertidumbres del mercado en la explotación de la obra o servicio. Al respecto, cabe destacar que la mayoría de resoluciones contraponían el contrato de concesión de servicios con el contrato de servicios, por lo que se ha ido reduciendo la utilización del contrato de gestión de servicios públicos casi limitándolo al contrato de concesión de servicios público⁵³⁶. Si bien cabe plantearnos –como lo ha tratado la doctrina- si se debe aplicar el criterio del riesgo de la explotación también a las otras figuras del contrato de gestión de servicios públicos como se analizará en este capítulo.

De esta manera, en alguna sentencia del Tribunal, el contrato de gestión de servicios públicos se ha ido considerando desde la óptica comunitaria de manera que sin transferencia de riesgos el contrato será de servicios. En concreto, cabe destacar la Sentencia de 27 de octubre de 2005, *INSALUD*, (C-158/03) en la que son calificados como contratos de servicios varios contratos de gestión de servicios públicos convocados por el *INSALUD* para la prestación de servicios sanitarios de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida⁵³⁷. En esta Sentencia

⁵³⁴ Esta distinción era especialmente importante para determinar si, en los casos en los que efectivamente se tratase de un contrato de concesión, se cumplían con las dos reglas del artículo 40.1.c) del TRLCSP para la interposición del recurso especial en materia de contratación, a saber, que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.00 euros y el plazo de duración superior a cinco años. Con la entrada en vigor de la Directiva, el objeto del recurso debe coincidir plenamente con materias reguladas en las Directivas de contratación pública.

⁵³⁵ Me remito al estudio efectuado en el punto 4.1 del segundo capítulo de este trabajo.

⁵³⁶ En este sentido, el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de la Comunidad Autónoma de Aragón núm. 16/2016 que sigue la misma tesis recogida por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares Informe núm. 2/2012, al afirmar que de las cuatro modalidades de gestión de servicio público que regula el TRLCSP solo la concesión, en la que el empresario gestiona el servicio a su propio riesgo y ventura, se encuadraría en el concepto de concesión de servicio al que se refería la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministro y de servicios en su artículo 1.4 y que ahora es objeto de definición en la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

⁵³⁷ SÁIZ RAMOS, M., “Reflexiones prácticas sobre las diferencias entre los contratos de servicios y de gestión de servicios públicos”, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, núm. 118, abril 2012, pág. 40.

el Tribunal declaró que el concierto no es una modalidad de gestión de servicio público que tenga encaje en el concepto concesional y que, en puridad, es un contrato de servicios cubierto por las Directivas porque los usuarios no realizaban pagos al prestador del servicio, y por la ausencia de riesgos del prestador del servicio que recibía una remuneración cierta.

Interesa mencionar el Informe núm. 26/09, de 1 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado que afirmó que los contratos de gestión de servicios sociales evidentemente deben incluirse dentro de la figura genérica del contrato de servicios. Y el Informe 12/2010, de 23 de julio, de dicha junta que reconocía que: *“De las circunstancias anteriores debe considerarse que la asunción del riesgo de explotación por el concesionario resulta indispensable para atribuir a la relación jurídica que examinemos la condición de concesión de servicios. Las restantes condiciones, el hecho de que la prestación vaya destinada de forma directa a su utilización por los particulares y que la organización del servicio se encomiende en mayor o menor grado al concesionario son consecuencias, bien del mismo concepto de servicio público que tiene el objeto de la concesión, bien de la propia exigencia de asunción del riesgo derivado de la explotación del servicio”*.

Sentado lo anterior, cabe indicar que en el panorama interno antes de la Directiva ya se estaba acogiendo la jurisprudencia comunitaria. Por ello, como quiera que el “riesgo y ventura” al que hace referencia el artículo 215 del TRLCSP es propio de todos los contratos, la transposición de la Directiva reclama adecuar la regulación de las concesiones para discernir entre el riesgo general de todos los contratos y el riesgo operacional vinculado a la utilización y a la oferta.

La correcta transposición de la Directiva precisa de la incorporación de los elementos fundamentales que introduce la Directiva como es la presencia del riesgo operacional en el contrato de concesión⁵³⁸ y determinadas previsiones en aras a asegurar el respeto de los principios de contratación pública y la apertura al recurso contra las concesiones que estén dentro del ámbito de aplicación de la Directiva para terminar con

⁵³⁸ FUERTES LÓPEZ, M., en “Los riesgos del riesgo...”, *op. cit.*, pág. 199 se muestra partidaria más bien de “enderezar” y acoplar” los conceptos interno y comunitario.

la inseguridad jurídica existente en la diferente interpretación de la jurisprudencia del Tribunal por los Estados miembros e incluso por los propios poderes adjudicadores.

1.3. Otras figuras paraconcesionales

Antes de profundizar en el impacto de la Directiva respecto a nuestro ordenamiento y los efectos que va a generar, quiero hacer una breve referencia a otras figuras que se encuentran “*junto a*” o “*al lado de*”⁵³⁹ del contrato de concesión afines a este contrato si bien mantienen ciertas singularidades como se analizará. En este sentido, quisiera diferenciar el contrato de concesión del “arrendamiento operativo” y de la “colaboración público-privada”.

En primer lugar, cabe destacar el “arrendamiento operativo”⁵⁴⁰ muy utilizado actualmente⁵⁴¹ por las Administraciones Públicas para la construcción de determinadas obras y servicios (como hospitales, juzgados, comisarias, centros penitenciarios...). Esta figura si bien presenta algunas similitudes⁵⁴² con el contrato de concesión de servicios,

⁵³⁹ BERNAL BLAY, M. A., *El contrato de concesión de obras públicas...*, *op. cit.*, pág. 97.

⁵⁴⁰ El esquema del arrendamiento operativo es el siguiente: la Administración encomienda la construcción de la infraestructura a la entidad arrendadora del inmueble, el destino del inmueble es su utilización por parte de la Administración para lo cual, una vez finalizada la realización de las obras, se procede a su arrendamiento a la Administración pública que ha encomendado la ejecución de la obra quien irá abonando un pago, que a nivel contable se considera como gasto corriente y no de inversión, durante toda la vida del contrato de arrendamiento, el particular arrendatario será el titular del derecho de propiedad sobre el edificio construido, ya que recordemos, es un instrumento que sirve esencialmente para la retención de riesgos por el particular.

⁵⁴¹ Las dos modalidades utilizadas han sido el derecho de superficie y el censo enfitéutico. En el caso de la adjudicación para el Gobierno de la Generalidad de Cataluña del contrato de construcción de un derecho de superficie con la finalidad de construir cuatro edificios para la prestación de la Comisaría Central de los Mossos de Esquadra. Y en el caso de la constitución de un derecho de superficie para la construcción y conservación del módulo de jóvenes e infraestructura asociada de la prisión de Quatre Camins y su posterior arrendamiento a la Generalidad de Cataluña. El derecho de superficie tiene la ventaja respecto al censo enfitéutico que el bien construido por el particular vuelve a la Administración de forma gratuita. En efecto, el artículo 1.651 del Código Civil señala que “*la redención del censo enfitéutico consistirá en la entrega en metálico y una vez, al dueño directo del capital que se hubiese fijado como valor de la finca al tiempo de constituirse el censo, sin que pueda exigirse ninguna otra prestación, a menos que haya sido estipulada*”.

⁵⁴² GONZÁLEZ GARCÍA, J., en *Financiación de infraestructuras públicas...*, *op. cit.*, y en “Arrendamiento operativo”, págs. 75 a 80, “Colaboración privada”, págs. 180 a 193 y “Estabilidad presupuestaria” págs. 367 a 379, en la obra dirigida por el mismo *Diccionario de obras públicas y bienes públicos*, 2007, Iustel, Madrid, afirma que no pueden identificarse los pagos con cargo a presupuestos con la consolidación contable. Existen pagos con cargo a presupuestos que no implican incremento del déficit. La consolidación o no de un pago presupuestario dependerá de la partida del presupuesto de la que proceda. Así, por ejemplo, aquellos pagos que se contabilicen como gastos corrientes –por ejemplo, para el pago de arrendamientos- no consolida como déficit. Así sucede en el caso de los arrendamientos operativos, operaciones por las que una Administración pública encomienda a la entidad arrendadora la construcción de una infraestructura con cargo al precio pactado por el arrendamiento posterior de dicha infraestructura a la Administración encomendante por un período de tiempo durante el cual la entidad arrendadora dispone de las facultades dominicales sobre la infraestructura construida. El importe de los pagos que realiza la Administración en concepto de arrendamiento no tiene, a efectos contables, la consideración de gasto de inversión –

—como es la asunción por parte del contratista de los riesgos⁵⁴³- se diferencia en dos aspectos fundamentales: en el arrendamiento operativo no existe explotación económica⁵⁴⁴ y la Administración detenta alguna de sus prerrogativas (en aras a la consecución del interés general) aunque muchas de sus funciones quedan diluidas por el contratista.

Las razones de la utilización de fórmulas que no conllevan a la consolidación contable de las inversiones de las cuentas de las Administraciones Públicas se deben al respeto del cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria en la celebración de contratos públicos y de acuerdo con el cumplimiento del sistema de cuentas nacionales y regionales⁵⁴⁵. Desde el punto de vista de la financiación se distingue: entre el “arrendamiento financiero”⁵⁴⁶ -con opción de compra- del “arrendamiento operativo” -sin esta opción (ya que la Administración lo ha venido amortizando y, en el caso que lo adquiriera, supondrá una inversión y consolidará déficit).

Respecto al contrato de colaboración público-privada regulado en los artículos 11 y 134 a 136 del TRLCSP, cabe destacar que se caracteriza porque una Administración Pública o una Entidad pública empresarial u organismo similar de las

sino de gasto corriente- que son los que el Sistema Europeo Contable requieren financiación y, por tanto, no computa a efectos de déficit.

⁵⁴³ Riesgos de construcción y riesgos de disponibilidad y demanda. Tal como ha señalado EUROSTAT, para que nos podamos encontrar ante un arrendamiento operativo, la Administración no puede asumir las modificaciones en el coste de prestación de los servicios, ya que con ello asumiría el riesgo de demanda o de disponibilidad y, en consecuencia, nos encontraríamos ante un arrendamiento financiero en lugar de un arrendamiento operativo. En efecto, el particular arrendador es el que asumirá todos los riesgos de construcción: cumplimiento de plazos, costes de conexión, dirección facultativa de la obra, responsabilidad de obtener las licencias para la puesta en marcha del edificio y será el que determine aspectos relativos a cómo debe explotarse, mantenerse y actualizarse el inmueble para prestar los servicios requeridos con los niveles de calidad pactados entre la administración y el arrendador. Igualmente, es el que debe asumir los gastos de redacción, y visado de los proyectos, obtención de licencias urbanísticas, impuestos. Si bien, sentado lo anterior es importante insistir que mientras que en el “arrendamiento operativo” el contratista asume todos los riesgos, en el contrato de concesión de servicios tal y como está concebido en la Directiva 2014/23/UE no es de carácter total pero sí significativo.

⁵⁴⁴ En este sentido, cabe citar el Informe núm. 61/03 de la Junta Consultiva de la Contratación Administrativa del Estado relativo a la posibilidad de utilizar la concesión para la construcción y explotación de un edificio que sirviera de sede a la Universidad de Burgos. En este caso afirmó, para justificar una solución negativa que “*En definitiva debe concluirse que para que el contrato pueda ser calificado como concesión de obra pública, incluida en la actual y amplia redacción del artículo 220.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas introducido por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, figura como requisito indispensable que el edificio sea susceptible de explotación, circunstancia que no parece concurrir en el destino de albergar los Servicios Centrales de la Universidad de Burgos. Resulta obvio que al descartar la figura de la concesión de obra pública obligaría a acudir a otras figuras contractuales distintas como puede ser la del contrato de obras para la construcción del edificio*”.

⁵⁴⁵ Al respecto, me remito al trabajo de BERNAL BLAY, M. A., *El contrato de concesión de obras públicas...*, op. cit., págs. 297 a 313.

⁵⁴⁶ Esta distinción es crucial desde el punto de vista de la consolidación del déficit tal y como estaba configurado por la SEC 95 y actual SEC 2010 ya que en el arrendamiento operativo son considerados como gastos corrientes mientras que en el arrendamiento financiero son gastos de inversión. Si fuese la Administración sobre quien recayera los riesgos se trataría de un arrendamiento financiero.

Comunidades Autónomas encarga a una entidad de derecho privado, la realización de una actuación global e integrada que, además de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones:

- la construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión,

- la gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas.

- la fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado,

- otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que les haya sido encomendado.

Se concibe este contrato como subsidiario al resto de fórmulas alternativas de contratación que no permitan la satisfacción de las finalidades públicas. Considero importante a los efectos del trabajo, señalar que el contratista puede asumir la dirección de las obras que sean necesarias así como realizar, total o parcialmente, los proyectos para su ejecución y contratar los servicios precisos (artículo 11.3) y, entre otros aspectos, que se debe incluir en estos contratos las condiciones de reparto de riesgos entre la Administración y el contratista desglosando y precisando la imputación de los riesgos derivados de la variación de los costes de las prestaciones y la imputación de los riesgos de disponibilidad o de demanda de dichas prestaciones (artículo 136 del TRLCSP).

Sin embargo, como desarrollaré en el punto 3.2.4 de este capítulo, este contrato “para armar” no ha tenido la utilidad que se pensó inicialmente con su introducción, además de la dispersión y parquedad de su regulación, cabe destacar que no ha llegado a eclipsar la importancia y el peso que tiene en nuestro ordenamiento la figura concesional.

2. IMPACTO DE LA DIRECTIVA 2014/23/UE EN LA REGULACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN

2.1 Situación actual: efecto directo de la Directiva

A partir del 18 de abril de 2016 la Directiva ha desplegado su efecto directo⁵⁴⁷ por lo que el artículo 5 que define los conceptos de concesión de obras y concesión de servicios -entre otros importantes términos- ya es plenamente eficaz⁵⁴⁸ de manera que el contrato de concesión se ha de entender que debe reinterpretarse en el sentido de exigir la presencia del riesgo operacional y el resto de requisitos de la Directiva. Más discutido es el tema de la pervivencia del resto de figuras del artículo 277 del TRLCSP.

En el momento actual, cabe destacar que algunos de los preceptos de las Directivas de cuarta generación ya han sido introducidos en nuestro ordenamiento por la Disposición Final novena punto 9 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (Ley 40/2015), como tendré ocasión de analizar al tratar la regulación del nuevo artículo 271 *bis* relativo al nuevo procedimiento de adjudicación en concesión de obras en los casos en los que la resolución obedezca a causas no imputables a la Administración.

Sobre el efecto directo de la Directiva, cabe destacar la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado de 15 de marzo de 2016, el Informe núm. 17/2015, de 3 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y el Informe 1/2016 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña de 6 de abril de 2016 sobre el efecto directo de las directivas de cuarta generación.

⁵⁴⁷ GIMENO FELIÚ, J. M., “La transposición de las Directivas de contratación pública en España y el efecto directo ...”, págs. 34 a 50.

⁵⁴⁸ UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, D., en “La influencia del Derecho de la Unión Europea sobre la adjudicación de concesiones...”, *op. cit.*, págs. 331 a 340, señala que dentro de la noción amplia de concesión puede entenderse comprendido el concepto de concesión de servicio público tradicionalmente utilizado en el contexto del Derecho español de contratos, en el supuesto de que su formalización se haga por escrito y con naturaleza contractual onerosa; mientras que quedan fuera él los contratos de gestión de servicios públicos que no se celebran en la modalidad de concesión. La adjudicación de los contratos que reúnan los requisitos señalados se rige por la Directiva de concesiones, siempre que su valor supere un determinado umbral (artículos 8 y 9) y no se incurra en alguno de los supuestos de exclusión establecidos en la propia norma.

El Informe de la junta estatal indica que los contratos de gestión de servicios públicos merecerán la consideración de sujetos a regulación armonizada únicamente si cumplen, entre otros, los requisitos que establece el artículo 5.1.b) de la Directiva de concesiones. Respecto al riesgo operacional, afirma que la necesaria concurrencia de la transferencia del denominado riesgo operacional que trasciende al tradicional derecho a la explotación del servicio como contraprestación a favor del contratista, implica que determinados contratos que a los efectos del TRLCSP son susceptibles de ser calificados como contrato de gestión de servicios públicos, sin embargo no puedan ser calificados como contratos de concesión conforme a la Directiva de contratos, y en consecuencia, como “contratos de gestión de servicios públicos sujetos a regulación armonizada”. Así las cosas, es consciente que esta posible doble calificación jurídica por parte de un órgano de contratación de un contrato como contrato de gestión de servicios públicos (con arreglo al TRLCSP) y como contrato de servicios (con arreglo a las directivas comunitarias) plantea nuevamente el problema de determinar su régimen jurídico. En este sentido esta junta se pronuncia que, a partir del 18 de abril de 2016, 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 de la Directiva de concesiones, el mismo deberá regirse siempre y cuando merezca la consideración de “contrato de servicios sujeto a regulación armonizada” con arreglo a las normas con efecto directo que la Directiva 2014/24/UE establece para los contratos de servicios; en segundo lugar, con arreglo a las normas que el TRLCSP establece para los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada; y por último, se aplicarán las normas del TRLCSP correspondientes al contrato de gestión de servicios públicos.

Mientras que a los contratos de gestión de servicios públicos que no merezcan la consideración de sujetos a regulación armonizada y que sin embargo sí pueda calificarse 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.

Al respecto, considero que esta interpretación no es coherente con la finalidad de la Directiva pues no se debería distinguir entre contratos de gestión de servicios públicos según sean armonizados o no, mientras que la regulación de los contratos de gestión de concesión en la categoría de concesión de servicios ha quedado desplazada por la Directiva en el sentido que para que se pueda calificar como tal, se debe transferir

al concesionario el riesgo operacional mientras que hasta la aprobación de una nueva ley de contratos en nuestro país, no se debería alterar el régimen jurídico del contrato de servicios de gestión público si no es contrario a la Directiva.

El Informe núm. 1/2016 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña reconoce que el efecto directo de la Directiva de manera que tiene especial incidencia en el contrato de gestión de servicios públicos en el sentido que desplaza esta categoría respecto de la modalidad de concesión. Igualmente, añade que hasta la transposición expresa, el régimen jurídico vigente previsto en nuestro ordenamiento para el contrato de gestión de servicios públicos seguirá siendo aplicado en todo aquello que no contradiga la Directiva, de manera que continúan vigentes el resto de modalidades recogidas actualmente en el artículo 277 del TRLCSP –gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta– que no tengan encaje en el concepto de concesión al no haber una transmisión del riesgo operacional relacionado con la prestación del servicio público. Esta junta considera que no se puede desconocer que la utilización del resto de modalidades de gestión indirecta de los servicios públicos podría plantear dudas en cuanto a la aplicación de determinados preceptos del TRLCSP, como son la duración, el régimen de publicidad, entre otros. Igualmente añade que cuando el objeto de la concesión sea la prestación y gestión de un servicio que no cumpla los requisitos para ser calificado de servicio público, se aplicaran los preceptos de la Directiva de concesiones con efecto directo y los del TRLCSP aplicables a los contratos de servicios mientras no los contradigan. Personalmente, opino que esta última afirmación debe ampliarse a todo tipo de concesiones sea o no servicio público, la Directiva ya está desplegando sus efectos y, por lo tanto, se deberá analizar si existe esta transmisión del riesgo operacional para calificar un contrato como concesión, independientemente si es o no servicio público y, en el primer supuesto, además se deberá aplicar en lo que no contradiga a la Directiva que le sea de aplicación, la actual regulación del TRLCSP respecto a las distintas modalidades de contratos de gestión de servicios públicos.

En cuanto al Informe núm. 17/2015, de 3 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, que ahonda en el efecto directo de la Directiva, también reconoce que el concepto de concesión de servicios ya es plenamente operativo.

Además cabe destacar el documento de trabajo de los tribunales administrativos de recursos contractuales de 1 de marzo de 2016⁵⁴⁹ “*Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público*” de 1 de marzo de 2016, que se pronuncia, entre otros aspectos, respecto al efecto directo de las definiciones del artículo 5 de la Directiva de concesiones. En este documento destaca la relevancia práctica derivada que el concepto de concesión de servicios resulte plenamente operativo, de tal manera que se “desplaza” la categoría -no el régimen jurídico en tanto no sea contrario- del contrato de gestión de servicios públicos del TRLCSP (artículo 9), en tanto en cuanto este tipo contractual incluye figuras que encajan en el concepto de “concesión”. La nueva tipificación de los contratos ya había sido anticipada por el Tribunal (y su jurisprudencia aplicada por los distintos tribunales administrativos de recursos contractuales), y se extiende a todo importe contractual, al ser una cuestión de contenido dogmático.

Por último, también considero relevante destacar otro de los efectos que la Directiva que ya despliega sus efectos y es el relativo al hecho que los contratos de concesión de servicios igual o superior a 5.225.000 euros⁵⁵⁰ ya son susceptibles de recurso especial en materia de contratación. Si bien la modificación que realiza el artículo 46 de la Directiva de la regulación del recurso en materia de adjudicación, en concreto Directiva 89/665/CEE y Directiva 92/13/CEE es muy positiva, también se ha de hacer notar la elevada cuantía que supone en los contratos de concesión de servicios, que supondrá en la práctica que muchos de estos contratos queden al margen de este mecanismo de control⁵⁵¹.

⁵⁴⁹ Documento que pretende servir como documento de análisis y reflexión para facilitar la interpretación que de la normativa aplicable a partir del 18 de abril de 2016 deberá realizar cada uno de los Tribunales administrativos de recursos contractuales en el ejercicio de sus funciones.

⁵⁵⁰ Como se pronunció el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución núm. 569/2016, al inadmitir un recurso especial en materia de contratación interpuesto contra un contrato de concesión de servicios por no alcanzar dicha cuantía (modificada tras el Reglamento Delegado (UE) 2015/2170 de la Comisión).

⁵⁵¹ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., “La Directiva de concesiones (Directiva 2014/23/UE) y la gestión de servicios de interés general...”, *op. cit.*, pág. 107.

3. REGULACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN EN EL PROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

3.1. *Ámbito subjetivo*

Desde el punto de vista subjetivo, como ya he tenido la oportunidad de exponer en el capítulo II del trabajo, cabe recordar que la Directiva parte del concepto amplio de poder adjudicador del artículo 6 y no hace distinciones, incluyendo tanto al Estado como a las autoridades regionales o locales, los organismos de derecho público⁵⁵² y asociaciones formadas por uno o varios de dichas autoridades u organismos de derecho público.

Dicho esto y no existiendo grandes discusiones sobre la necesidad de adoptar la terminología de los conceptos comunitarios⁵⁵³, la nueva Directiva atiende al concepto poder adjudicador y entidad adjudicadora al margen de la personalidad jurídica que lo celebra, por lo que una primera reflexión que surge es la necesidad de seguir también este camino en la nueva ley de contratos públicos vía ampliación del ámbito subjetivo del contrato de concesión.

Adentrándome propiamente en el contrato de concesión de obras regulado en el art. 14 del PLCSP, cabe destacar que no hace referencia a la entidad concedente ni a la Administración ni al carácter de obras públicas, mientras que el artículo 15⁵⁵⁴ cuando define el contrato de servicios se refiere correctamente a los poderes adjudicadores y posteriormente, en la regulación específica del Libro II “De los contratos de las Administraciones Públicas” Título II “De los distintos tipos de contratos de las Administraciones Públicas” capítulo II “Del contrato de concesión de obras” hace

⁵⁵² Respecto a la definición de “organismo de Derecho público” cabe señalar que ya está plenamente incorporada en nuestro derecho desde 2007 para poner fin a la situación que había motivado múltiples condenas al Reino de España por el Tribunal por dejar fuera del ámbito de la legislación de contratos a diversas entidades públicas (Asuntos C-214/00, C-283/00 y C-84/03).

⁵⁵³ Si bien en el Dictamen núm. 1.116/2015 de 10 de marzo de 2016 el Consejo de Estado critica que el legislador adopte sin más los conceptos comunitarios sin un previo estudio de las repercusiones y equivalencias en nuestro ordenamiento.

⁵⁵⁴ Este precepto señala: “*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*”.

referencia a la Administración concedente⁵⁵⁵ y, en el capítulo III “Del contrato de concesión de servicios”, hace referencia a la Administración. Partiendo de lo anterior, ello va a suponer el reconocimiento de competencia para celebrar contratos de concesiones a otros poderes adjudicadores⁵⁵⁶, además de la Administración y de las Mutuas, de esta manera que se quiere corregir la actual regulación del TRLCSP⁵⁵⁷.

Las entidades contratantes, están previstas en el artículo 5 del Proyecto de Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores de agua, la energía, los transportes y los servicios postales por la que se transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/25/UE.

Hasta aquí, se puede apreciar que el PLCSP adapta el ámbito subjetivo de la Directiva, sin embargo cabe criticar que el Proyecto que se está tramitando en las Cortes Generales mantiene la previsión de las instrucciones en el artículo 317 para los contratos no armonizados⁵⁵⁸ de los poderes adjudicadores no Administraciones Públicas y, en el artículo 319, para las entidades del sector público que no tengan condición de poderes adjudicadores, mientras que la redacción del ALCSP de 17 de abril de 2015 eliminaba las instrucciones con el objeto de unificar los regímenes⁵⁵⁹.

⁵⁵⁵ Así, en el artículo 254 del PLCSP relativo a la comprobación de las obras, artículo 255 sobre los derechos y obligaciones, artículo 267 del PLCSP sobre las obras indiferenciadas, artículo 270 sobre incorporación de los títulos negociables de los derechos de crédito al concesionario, artículo 277 causas de resolución, artículo 278 efectos de resolución y artículo 281 destino de las obras en la existencia de la concesión.

⁵⁵⁶ En este sentido, se ha pronunciado VILLALBA PÉREZ, F., en “La concesión de servicios, nuevo objeto...”, *op. cit.* págs. 19 a 20; GONZÁLEZ DE OLANO, G. y NAVARRO MANICH, J. A.; “Comentarios a la Directiva 2014/23/UE...”, *op. cit.*, págs. 44 a 57.

⁵⁵⁷ En efecto, el artículo 7 del TRLCSP relativo al contrato de concesión de obras públicas no contiene ninguna referencia a quien es la entidad concedente, mientras que el artículo 8 relativo a los contratos de gestión de servicios públicos hace referencia a la Administración Pública o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social. En la regulación del contrato de concesión de obras públicas se hace referencia a la Administración tanto en las actuaciones preparatorias del contrato como en las prerrogativas y derechos de la Administración, el mantenimiento del equilibrio económico del contrato y el relativo a los efectos de la resolución de los contratos de concesión de obras públicas. Este silencio, dio lugar a diferentes interpretaciones, así una interpretación formal suponía que solo las Administraciones públicas y los entes que tuviese reconocida dicha condición a efectos del TRLCSP podrían adjudicar estos contratos. En este sentido también se pronunció la Abogacía General del Estado en el Informe núm. 1/2008 de 5 de febrero, criterio reiterado en la Circular 1/2008 de 27 de marzo de 2008: “Conforme a lo indicado en la Instrucción 1/2008, estas entidades (Entidades del Sector Público que sean Poderes adjudicadores pero que no tengan, a efectos de la LCSP, la condición de Administración pública y Entidades del Sector Público que no sean Poderes adjudicadores) no pueden celebrar contratos de concesión de obras pública, por lo que los mismos no pueden incluirse en el ámbito de sus Instrucciones internas”.

⁵⁵⁸ Por el contrario el Anteproyecto de Ley de Contratos Públicos de Navarra (tramitación iniciada Orden Foral 22/2015, de 29 de enero, de la Consejera de Economía, Hacienda, Industria y Empleo y actualmente informadas en fecha 7 de abril de 2017 las aportaciones efectuadas durante la fase de audiencia pública) ha uniformizado las reglas de la contratación pública en todas las fases con independencia de la naturaleza como Administración pública, o no, del poder adjudicador.

⁵⁵⁹ En efecto, en el TRLCSP junto a los contratos administrativos se prevén los contratos privados por estar celebrados por entidades que no son considerados a efectos del TRLCSP como Administraciones Públicas. La Directiva 2004/18/CE no prohibía que sujetos distintos de las Administraciones Públicas pudieran celebrar contratos de concesión de obras públicas ni definir el contrato ya que desde la normativa comunitaria, el ámbito subjetivo del

La inclusión de nuevo de las instrucciones cuando ya se había adecuado la redacción del anteproyecto para no dar cabida a una dualidad de regímenes que tantos problemas ha ocasionado, ha de ser criticada pues no queda justificada la deslegalización⁵⁶⁰ del régimen de determinados contratos de las entidades públicas empresariales prescindiendo que no sean financiadas por el mercado, además no es coherente con la finalidad de unificar regímenes. El artículo 3.1.g) del PLCSPP incluye dentro de la definición de Administraciones Públicas a las entidades empresariales a las que se refiere la Ley 40/2015⁵⁶¹ y cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo. Ello comporta que si se financian con ingresos de mercado de acuerdo con la jurisprudencia, no serán Administración Pública, y en caso contrario, aunque se denominen entidades públicas empresariales pero no se financien con ingresos del mercado sería de aplicación el TRLCSP, o normativa de contratación que esté en vigor y no únicamente los principios⁵⁶² como se pretende con las instrucciones.

contrato de concesión está configurado por el concepto de poder adjudicador que es mucho más amplio que el de Administración Pública. De manera que la existencia de contratos privados de concesión de obras públicas es compatible con el Derecho europeo pues le es indiferente el régimen jurídico que se atribuya al contrato, mientras que en el TRLCSP existe dualidad de regímenes jurídicos según se trate de contratos administrativos o contratos privados. Así, en este último caso, en los contratos de poderes adjudicadores no Administración Pública si son contratos armonizados (artículo 190): se aplica el régimen jurídico de los contratos administrativos con algunas excepciones y en cuanto a los efectos y extinción por Derecho privado, mientras que si son contratos no sujetos a regulación armonizada: la adjudicación se realiza mediante instrucciones (art. 191 del TRLCSP) y en todo caso se debe garantizar los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación y que el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa. En cuanto al régimen de ejecución, efectos, extinción será de aplicación el Derecho privado.

⁵⁶⁰ GIMENO FELIÚ, J. M., en los artículos publicados “La incidencia de la nueva Ley de Régimen Jurídico del Sector Público en régimen de contratación de ciertos poderes adjudicadores: la “vuelta” al derecho administrativo”, www.obpc.es, de 14 de noviembre de 2016, *IDEM*, “La incidencia de la nueva Ley de Régimen Jurídico del Sector Público en el régimen de contratación de ciertos poderes adjudicadores y de la Ley de Procedimiento Administrativo Común en la posibilidad de control”, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, núm. 147, 2017, págs. 6 a 9.

⁵⁶¹ El artículo 103 de la Ley 40/2015 establece que: “Las entidades públicas empresariales son entidades de Derecho público, con personalidad jurídica propia, patrimonio propio y autonomía en su gestión, que se financian mayoritariamente con ingresos de mercado y que junto con el ejercicio de potestades administrativas desarrollan actividades prestacionales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación”.

⁵⁶² El actual artículo 191 TRLCSP dispone: “En la adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada serán de aplicación las siguientes disposiciones:

- a) La adjudicación estará sometida, en todo caso, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación.
- b) Los órganos competentes de las entidades a que se refiere esta sección aprobarán unas instrucciones, de obligado cumplimiento en el ámbito interno de las mismas, en las que se regulen los procedimientos de contratación de forma que quede garantizada la efectividad de los principios enunciados en la letra anterior y que el contrato se adjudique a quien presente la oferta económicamente más ventajosa. Estas instrucciones deben ponerse a disposición de todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación de contratos regulados por ellas, y publicarse en el perfil de contratante de la entidad.
En el ámbito del sector público estatal, la aprobación de las instrucciones requerirá el informe previo de la Abogacía del Estado.
- c) Se entenderán cumplidas las exigencias derivadas del principio de publicidad con la inserción de la información relativa a la licitación de los contratos cuyo importe supere los 50.000 euros en el perfil del contratante de la

De prosperar la redacción del PLCSP, ya se puede vaticinar que la normativa interna no se va a ajustar a los dictados comunitarios, aumentando la inseguridad jurídica y hará inviable la necesaria transparencia de la licitación en cuestión. Igualmente, cabe destacar que con la supresión de las Entidades Públicas Empresariales (EPE) que no se comportan como Administración Pública y con la fijación que solo las entidades de derecho público que sean efectivamente de mercado serán no Administración Pública a efecto de esta ley, exigirá revisar⁵⁶³ la categorización como EPE y así como el régimen jurídico que le resulta de aplicación.

Respecto a la regulación de los medios propios, el artículo 32 del PLCSP -de acuerdo con la Directiva- profundiza la regulación de estos supuestos con la finalidad de evitar adjudicaciones directas y añade los requisitos que la entidad que tenga el carácter de “medio propio” disponga de medios personales y materiales adecuados para cumplir el encargo que se haga, que tenga autorización del que dependa, que no tenga participación de una empresa privada y que no pueda realizar libremente en el mercado más de un 20 % de su actividad. Se abandona pues la relajada redacción del artículo 4.1.n) en relación con el artículo 24.6 del TRLCSP completándose con los requisitos anteriormente analizados proyectando la interpretación funcional de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal. Se sigue manteniendo la referencia que la condición de medio propio se reconozca expresamente en sus estatutos o actos de creación si bien se añade que deberá constar la conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio, la verificación por la entidad pública de que dependa el ente que vaya a ser transferido que cuenta con medios personales y

entidad, sin perjuicio de que las instrucciones internas de contratación puedan arbitrar otras modalidades, alternativas o adicionales, de difusión”.

⁵⁶³ GIMENO FELIÚ, J. M., “Hacia una nueva Ley de contratos del sector público. ¿Una nueva oportunidad perdida?...”, *op. cit.* pág. 204, *IDEM*, “La incidencia de la nueva Ley de Régimen Jurídico del Sector Público en el régimen de contratación de ciertos poderes adjudicadores...”, *op. cit.* En esta línea se ha manifestado el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón núm. 20/2016, donde recuerda que “El cambio operado en la Ley 40/2015, que aunque no es básica en la definición del concepto de entidad pública empresarial, debe ser considerado a efectos de interpretar el art. 3.2.e) TRLCSP (precepto que sí es básico) que alude a las “Entidades Públicas Empresariales estatales y sus análogas autonómicas y locales”, obliga a revisar la conclusión alcanzada en la antecitada Circular. Así, para afirmar ahora que las Entidades Públicas Empresariales estatales y sus análogas autonómicas y locales no tendrán la consideración de Administración pública a efectos de contratación debe atenderse a la circunstancia de que se financien “mayoritariamente con ingresos de mercado” como dato relevante para determinar su régimen de contratación. Si la financiación de una entidad autonómica no procede “mayoritariamente de ingresos de mercado” no cabrá entonces afirmar su naturaleza análoga a las Entidades Públicas Empresariales, y por tanto, su contratación quedará sometida íntegramente a las disposiciones del TRLCSP, sin que resulte admisible que la adjudicación de sus contratos no sujetos a regulación armonizada se regule en unas instrucciones internas de contratación (...). Y, para delimitar cuándo se entenderá que se financian mayoritariamente con ingresos de mercado, deberá estarse a su consideración, o no, de productor de mercado de conformidad con el Sistema Europeo de Cuentas (SEC2010), regulado en el Reglamento (UE) núm. 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea, de directa aplicación”.

materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social así como el poder adjudicador respecto del cual tiene esa condición, el régimen jurídico y administrativo, y la imposibilidad que participen en licitaciones públicas convocadas por el poder adjudicador del que sean medio propio personificado (extremo que ya contenía el TRLCSP).

El artículo 32.2.a) PLCSP introduce la expresión unidad de decisión como expresión de la influencia que debe existir entre el poder adjudicador y el ente destinatario en el sentido del art. 17 Directiva al hacer referencia a la influencia que el primero ejerce sobre el segundo.

Igualmente cabe destacar la finalidad específica a la que han de estar dirigidos los medios propios y servicios técnicos del artículo 86 de la Ley 40/2015⁵⁶⁴, en el sentido que su creación sea más eficiente que la contratación pública y resulte sostenible y eficaz o porque resulte necesario por razones de seguridad o de urgencia en la necesidad de disponer bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico.

3.2. *Ámbito objetivo*

Atendiendo a la obligación de adecuar nuestro ordenamiento a la normativa comunitaria, es importante estudiar la regulación del PLCSP y del Proyecto de sectores para la transposición de la Directiva. En primer lugar, debemos de partir que la

⁵⁶⁴ El artículo 86 de la Ley 40/2015 relativo al medio propio y servicio técnico establece que: “1. Las entidades integrantes del sector público institucional podrán ser consideradas medios propios y servicios técnicos de los poderes adjudicadores y del resto de entes y sociedades que no tengan la consideración de poder adjudicador cuando cumplan las condiciones y requisitos establecidos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. 2. Tendrán la consideración de medio propio y servicio técnico cuando se acredite que, además de disponer de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social, de acuerdo con su norma o acuerdo de creación, se dé alguna de las circunstancias siguientes: a) Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica. b) Resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico. Formará parte del control de eficacia de los medios propios y servicios técnicos la comprobación de la concurrencia de los mencionados requisitos. En la denominación de las entidades integrantes del sector público institucional que tengan la condición de medio propio deberá figurar necesariamente la indicación “Medio Propio” o su abreviatura “M.P.”. 3. A la propuesta de declaración de medio propio y servicio técnico deberá acompañarse una memoria justificativa que acredite lo dispuesto en el apartado anterior y deberá ser informada por la Intervención General de la Administración del Estado que vaya a declarar el medio propio y servicio técnico”.

Directiva reconoce a los Estados miembros libertad para decidir organizar la prestación de servicios ya sea como SIEG o como SNEIG mientras que estos últimos no son objeto de la Directiva, este apunte es importante puesto que va a determinar que solo aquellas obras y/o servicios susceptibles de tener una explotación económica, podrán ser objeto de contrato de concesión.

Al igual que la Directiva, en el PLCSP la diferencia entre el contrato de concesión de obras y de servicios viene determinado por el tipo de prestaciones ya que el régimen es básicamente el mismo con alguna particularidad que analizaré más adelante en los aspectos fundamentales del contrato de concesión y, de hecho, el artículo 295 de las concesiones de servicio remite a la regulación del contrato de concesión de obras artículos 213, 214 y 215 en todo aquello que le sea aplicable.

Las concesiones de obras tienen el mismo objeto que los contratos de obras tal y como regula el artículo 13 PLCSP, entendiéndose por obra el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica que tenga por objeto un bien inmueble y la realización de trabajo que modifiquen la forma o sustancia del terreno o de su vuelo, o de mejora del medio físico o natural. Mientras que el objeto de los contratos de concesión de servicios será la gestión de un servicio ya sea público o no⁵⁶⁵ siempre que sea de titularidad o competencia de la Administración –aspecto importante que profundizaré en el punto 3.2.2 de este capítulo- y que sean susceptibles de explotación económica.

El artículo 14 del PLCSP⁵⁶⁶ relativo al contrato de concesión de obras establece que la contraprestación es siempre o el derecho a explotar la obra o en este derecho acompañado de un precio. Y añade que el derecho de explotación de las obras deberá implicar la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. En idénticos términos se refiere el artículo 15 relativo al contrato de concesión de servicios.

⁵⁶⁵ Sobre lo que hemos de entender por servicio no público se ocupa MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J. L., al afirmar que, por contraste con la definición de servicios públicos, los primeros integrarían unas actuaciones que, constituidas lógicamente por utilidades y siendo recibidas efectivamente por terceros, su prestación no constituye una obligación derivada de la competencia de la Administración, en su trabajo “Modificación de la Ley de Contratos del Sector Público y gestión de servicios públicos locales: propuestas y alternativas”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 40, octubre 2015, pág. 18.

⁵⁶⁶ El artículo 1 del Decreto Ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública, de la Generalidad de Cataluña hace referencia al riesgo operacional en la explotación de las obras o de los servicios.

En el artículo 2 del Proyecto de Ley de sectores -de conformidad al artículo 5.1 de la Directiva- el riesgo operacional se introduce tanto en la concesión de obras como en la concesión de servicios en el sentido que, en todo caso, el derecho a explotar el servicio deberá implicar la transferencia al concesionario del riesgo operacional en el sentido de los Considerando 11 y 17 de la Directiva 2014/23/UE y, en el apartado h), define el concepto de riesgo operacional⁵⁶⁷ en idéntico sentido que la Directiva objeto de este trabajo.

Teniendo en cuenta que la Directiva hace referencia a los SIEG y, por lo tanto, que sean susceptibles de una explotación económica, el ámbito de aplicación casa precisamente con el alcance del riesgo operacional ya analizado en el capítulo segundo del trabajo.

Dicho lo anterior, es necesario avanzar y examinar cómo se regula en el Proyecto el riesgo operacional así como su incidencia en la configuración del nuevo concepto de contrato de concesión y en el contrato de gestión de servicios públicos tradicional.

3.2.1. Regulación del riesgo operacional en el PLCSP

En primer lugar, respecto a la introducción del riesgo operacional, cabe destacar que el legislador distingue expresamente en el artículo 252 del PLCSP⁵⁶⁸ relativo al contrato de concesión de obras -también aplicable al contrato de concesión de servicios-

⁵⁶⁷ El apartado h) del artículo 2 define el riesgo operacional como “*el riesgo cuya asunción por el concesionario implica que este último no tiene garantizados, en condiciones normales de mercado, ni la recuperación de las Inversiones realizadas ni la cobertura de los costes en que hubiera incurrido el mismo como consecuencia de la explotación de las obras o de 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*”.

⁵⁶⁸ En concreto este precepto establece:

“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”.

entre el riesgo y ventura de todo contrato (artículo 195 del PLCSP) del riesgo operacional propio de las concesiones y que será el elemento fundamental para distinguir el contrato de concesión de otros contratos. Por lo tanto, en el PLCSP ya se produce una distinción entre los dos tipos de riesgos el propio de todos los contratos y el específico de los contratos de concesión o riesgo operacional.

Este precepto reconoce que, en el caso de mayores costes para el concesionario como consecuencia de la fuerza mayor⁵⁶⁹, se procederá a ajustar el plan económico-financiero y que, 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, y los mayores costes en que hubiese incurrido como consecuencia del endeudamiento con terceros.

Dicho lo anterior, en relación a los dos tipos de riesgos que comportan la traslación del riesgo operacional, tanto el artículo 14.4 del PLCSP relativo al contrato de concesión de obras como el artículo 15.2 del PLCSP relativo al contrato de concesión de servicios hacen referencia respectivamente al riesgo operacional abarcando el riesgo de demanda o el de suministro o ambos, de conformidad con la Directiva⁵⁷⁰. Al respecto, cabe recordar la conclusión defendida en el capítulo segundo del trabajo relativa que, a mi entender, el riesgo de oferta es el riesgo de suministro ligado a la demanda y que el riesgo de suministro incluye riesgo de construcción⁵⁷¹ y riesgo de disponibilidad.

⁵⁶⁹ Como veremos, los límites del riesgo operacional serán los supuestos de *factum principis* del artículo 268 y 288 del PLCSP y de fuerza mayor previsto en el artículo 237 del PLCSP. Recordemos que el Considerando 20 de la Directiva excluye dentro del concepto de riesgo operacional la mala gestión, incumplimientos del concesionario y la fuerza mayor al afirmar que no son determinantes de la calificación como contrato de concesión.

⁵⁷⁰ En idéntico sentido, el artículo 2.h) del Proyecto de sectores establece el riesgo operacional abarcará el riesgo de demanda o de suministro o ambos.

⁵⁷¹ Al respecto, cabe citar la opinión de GONZÁLEZ GARCÍA, J., en el artículo “Proyecto de nueva Ley de contratos: aspectos a rectificar”, publicado en www.obcp.es el 16 de enero de 2017, que echa en falta que el Proyecto no obligue, a pesar de que es de sentido común, a que la mayor parte de los riesgos de construcción de la infraestructura sean asumidos por el concesionario. Para este autor, es el momento en donde el coste es mayor y por ello, donde se ve realmente si existe un riesgo económico o si por el contrario se actúa con la garantía del Estado. Recordemos que desde la interpretación defendida en este trabajo, el riesgo de construcción se ha de entender incluido en el riesgo de oferta y por lo tanto, debe ser tenido en cuenta pues el riesgo de disponibilidad no puede ser, como he expuesto, un riesgo delimitador del contrato de concesión de servicios, otra cosa es que sea el riesgo de demanda el criterio definitivo delimitador de la existencia del riesgo operacional, dependerá como he tenido la oportunidad de estudiar, del sector concreto que se trate y de las características concretas de la prestación concreta de la obra o servicio..

Sin embargo, el artículo 265.4 del PLCSP relativo a la retribución por la utilización de las obras se descuelga y vincula la retribución de la obra teniendo en cuenta el grado de disponibilidad ofrecido por el concesionario y/o su utilización por los usuarios. No pasa lo mismo con el contrato de concesión de servicios ya que el artículo 287 del PLCSP vincula la retribución a la utilización -o frecuentación- que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración, más acorde, pues, con los postulados comunitarios.

De ahí que no sea ajustada la redacción del artículo 265 del PLCSP con la Directiva, al recoger la posibilidad de que se pueda calificar el contrato como concesión de obras solo por la asunción por parte del contratista del riesgo de disponibilidad sin prever el riesgo de construcción ya que éste último ha de actuar junto al riesgo de disponibilidad ligado a la demanda como hemos visto que exige la Directiva. Particularmente, considero que sobra la preposición “o” y no la preposición “y” al referirse también a la utilización por los usuarios.

Resulta pues, incoherente⁵⁷², que en el contrato de concesión de obras resurja la referencia al riesgo de disponibilidad cuando el legislador comunitario no la ha incluido expresamente⁵⁷³, puesto que como ya he señalado no se puede calificar un contrato de concesión de servicios atendiendo exclusivamente a los estándares de calidad. Al respecto, también cabe criticar que el Consejo de Estado no haya advertido esta incoherencia en el extenso Dictamen núm. 1.116/2015.

Dicho lo anterior, no considero ajustada a la Directiva la referencia a la posibilidad de los pagos por disponibilidad del apartado 4: “*En caso de que la retribución se efectuase mediante pagos por disponibilidad deberá preverse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares*” pues si bien en principio no

⁵⁷² Como ya expuse en el artículo LÓPEZ MORA, M. E., “Caos en la futura regulació dels riscos dels contractes de concessió”, *Revista catalana de dret públic*, de 2 de noviembre de 2015. <https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2015/11/02/caos-en-la-futura-regulacio-dels-riscos-dels-contractes-de-concessio-m%C2%AA-eugenia-lopez-mora>

⁵⁷³ En todo caso, como he defendido en el capítulo segundo del trabajo, si el riesgo de suministro es riesgo de disponibilidad y riesgo de construcción, faltaría en esta última referencia en el Proyecto y de ahí la crítica justificada de GONZÁLEZ GARCÍA, J., en el artículo “Proyecto de nueva Ley de contratos: aspectos a rectificar...”, *op. cit.* Como ya se ha señalado en el capítulo segundo de este trabajo, el riesgo de disponibilidad fue eliminado de la redacción final de la Directiva de concesiones, lo que para autores como LAZO VITORIA, X., en el trabajo “Contratos públicos, concesiones...”, *op. cit.*, pág. 403 y MÍGUEZ MACHO, L. “La distinción entre las concesiones de servicios...”, *op. cit.*, pág. 403, supone que ha de ser propio de todos los contratos y que en ningún caso ha de ser el elemento definidor del contrato de concesión, opinión a la que me sumo.

encuentro problema en reconocer la posibilidad de la existencia de los pagos por disponibilidad⁵⁷⁴, la retribución debería también basarse en el riesgo de construcción ligado a la demanda o estos últimos juntamente con el riesgo de demanda. Es decir, el pago por disponibilidad no puede eliminar el riesgo operacional de manera que garantice los costes operativos pues en este último supuesto no existiría un verdadero riesgo a las incertidumbres de mercado. Opino que ciertamente en nada ha favorecido para la transposición de la Directiva el hecho que ésta no contenga una definición completa del riesgo de suministro pues no queda delimitado exactamente a qué se refiere y dicha inconcreción se ha arrastrado en el PLCSP de manera que las referencias al riesgo de suministro son “intermitentes”.

Igualmente tampoco encuentro adecuado respecto a los dictados y finalidad de la Directiva que en la regulación de la Oficina Nacional de Evaluación⁵⁷⁵ (en adelante, ONE) la Disposición Adicional trigésimo novena solo se prevea que evaluará previamente la transferencia del riesgo de demanda al concesionario en los contratos de concesión de obras en los que el abono de tarifa concesional se realice por el poder adjudicador, sin referirse al riesgo de oferta o riesgo de suministro ligado a la demanda.

En definitiva, así las cosas, se produce un cierto caos o colisión entre la regulación comunitaria y la futura legislación estatal, lejos de la finalidad de la Directiva dirigida a aumentar la seguridad de los Estados miembros ante la dispersión existente de las diferentes regulaciones precisamente en cuanto a la regulación del contrato de concesión (Considerandos 1 y 4 de la Directiva).

Continuando con el análisis del riesgo operacional en el PLCSP, cabe decir que se introduce dicho riesgo y se prevén determinadas mecanismos para hacerlo efectivo de manera que sea real la transferencia del riesgo operacional al concesionario. En efecto, de la lectura del PLCSP se puede comprobar cómo se evita que el poder adjudicador o

⁵⁷⁴ En este sentido, el Informe núm. 13/2015 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón afirmó que: “*Tampoco un sistema de pagos por disponibilidad o de ayudas públicas que complementen al sistema de retribución, en sí mismo, alteran, a priori, esta posible transferencia de riesgos, siempre que no se utilicen para garantizar todos los costes operativos, pues desaparecería el riesgo de exposición a las reglas de funcionamiento del mercado*”. Como se ha señalado en el Acuerdo 37/2014, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, no existe transferencia de riesgos cuando la política tarifaria elimina, *per se*, la capacidad de adoptar decisiones de carácter empresarial para captar usuarios, o cuando con la misma se garantiza el reequilibrio financiero del contrato.

⁵⁷⁵ Al respecto, cabe señalar que esta regulación ya está en vigor, al haber sido introducida por la Disposición Final novena de la Ley 40/2015 por la que se modifica el TRLCSP introduciendo determinados preceptos.

entidad adjudicadora alivie al operador económico de los riesgos que suponen las incertidumbres del mercado. En concreto, en la ejecución de obras del contrato de concesión de obras se establece que el sistema de ayudas públicas⁵⁷⁶ deberá respetar, en todo caso, la transferencia efectiva del riesgo operacional (artículo 250.3 del PLCSP); las ventajas o penalizaciones económicas al concesionario en función de la calidad del servicio previsto en los pliegos en ningún caso no podrán ser utilizadas para limitar el riesgo operacional (artículo 257.5 del PLCSP); en las aportaciones de la Administración para la financiación conjunta de la obras mediante subvenciones o préstamos reintegrables en los supuestos que existan razones de rentabilidad económica o social, o concurren singulares exigencias derivadas del fin público o interés general de las obras objeto de concesión, en todo caso deberán respetar el principio de asunción del riesgo operacional por parte del concesionario (artículo 263 PLCSP). Igualmente cabe destacar en la regulación de la responsabilidad administrativa por causas imputables al concesionario prevista en el artículo 279 del PLCSP, la previsión que el pago de la concesión se realizará atendiendo al tipo fijado en el artículo 280 del PLCSP, esto es, al valor de mercado de la misma -como desarrollaré en el punto 3.2.1.3- de manera que se limita la obligación de la Administración a garantizar y reembolsar la totalidad de las inversiones realizadas por el concesionario en estos casos, pues esa financiación debería imputarse a la Administración y computar como endeudamiento.

También hay que destacar la creación de la Oficina Nacional de Evaluación que tiene como finalidad analizar la sostenibilidad financiera de los contratos de concesiones y obras y de servicios públicos, de manera que de forma previa a la licitación de dichos contratos evacuará, en determinados supuestos, un informe que será preceptivo, en especial, en los acuerdos de restablecimiento del equilibrio del contrato. En los casos que la Administración o la entidad destinataria del informe se aparte del mismo, deberá motivarlo en un informe y que será objeto de publicación.

Por último, como ya expuse en el capítulo II del trabajo, las concesiones son contratos largos y complejos y ello exige el establecimiento de reglas claras que

⁵⁷⁶ Sobre este punto cabe indicar que en el Informe emitido por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) indica que las aportaciones públicas al concesionario y ayudas de Estado (artículos 264 relativo a las ayudas públicas a la construcción y 266 relativo a las aportaciones públicas a la explotación) podrían tener implicaciones como ayudas del Estado si cumplieran, en cada caso, las cuatro condiciones de la jurisprudencia y la Comisión Europea interpretan que determinan la existencia de una ayuda de Estado de conformidad con el artículo 107.1 del TFUE.

garanticen la equivalencia de las prestaciones de las partes. Por estas razones, el diseño de una concesión se debe concebir para garantizar su correcta ejecución, de ahí la importancia de un adecuado plan económico-financiero que dé seguridad a los potenciales licitadores sobre la viabilidad del negocio jurídico y de las garantías o certezas suficientes sobre cumplimiento en sus propios términos de lo pactado. El PLCSP se refiere que en el estudio de viabilidad se prevean los riesgos operativos y tecnológicos en la construcción y explotación de las obras en el artículo 245.2 g) para el contrato de concesión de obras y artículo 283.2 para el contrato de concesión de servicios. Sin embargo, no se encuentra otra previsión relativa al reparto de riesgos, o como mínimo unas orientaciones, por lo que considero criticable esta falta de previsión de lo que es la esencia misma del contrato de concesión pues la nueva ley de contratos debería hacer especial hincapié que los pliegos recojan las transferencias de los riesgos, aspecto crucial desde el punto de vista contable pues si bien en el plan económico-financiero artículo 248.1.c) del PLCSP hace referencia a los costes de explotación, la inversión, la tasa interna de rentabilidad o retorno estimada, los rendimientos de la demanda de utilización de las obras, no establece la necesidad de la previa fijación del reparto de riesgos expresamente⁵⁷⁷.

3.2.1.1. Duración del contrato de concesión

La efectividad de la existencia del riesgo operacional depende en gran medida de la duración del contrato de concesión como ya he tenido ocasión de exponer en el punto 4.2.5 del capítulo II del trabajo. Ello implica que el plazo de las concesiones regulado en el TRLCSP en los artículos 267 y 268 para el contrato de concesión de obras y en el artículo 278 para el contrato de gestión de servicios públicos en la modalidad de concesión de servicios ha de quedar desplazada por el plazo de duración de las concesiones previsto la Directiva. Recordemos que el artículo 18 de la Directiva establece una duración limitada y, para el caso que dure más de cinco años, la duración máxima no podrá exceder del tiempo que se calcule razonable para que el concesionario

⁵⁷⁷ Al respecto, considero interesante la cautela que prevé el Decreto legislativo de 18 de abril italiano analizado en el punto 4.2.7 del capítulo segundo de este trabajo que prevé en el artículo 165.5 relativo al principio de equilibrio que el poder adjudicador o la entidad adjudicadora podrá celebrar, antes de finalizar el plazo de presentación de las ofertas, una consulta previa con los candidatos o licitadores con el fin de comprobar la inexistencia de deficiencias del proyecto como base para la adjudicación en materia de financiación, y pueda garantizar, tras esta consulta, la adecuación del anuncio de licitación actualizando el plazo de presentación de las ofertas.

recupere las inversiones realizadas de las obras o servicios junto con un rendimiento⁵⁷⁸ sobre el capital invertido. Es evidente el cambio de paradigma que supone fijar un plazo ajustado para que la existencia del riesgo operacional sea efectiva.

El PLCSP prevé en el artículo 29.6 que los plazos de las concesiones tanto de obras como de servicios tendrán un plazo 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 y se prevé –como establece la Directiva- la posibilidad que se tenga que sobrepasar un plazo de duración limitado, en función de las obras y de los servicios que constituyan su objeto y se hará constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Hasta aquí ninguna objeción a la regulación del PLCSP que sigue los dictados de la Directiva. Sin embargo, causa cierta perplejidad que, conscientes que la necesidad de este cambio de paradigma de lo que es la figura de la concesión tradicional, a renglón seguido –previa especificación que 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- se añade que, en cualquier caso, la duración de los contratos de concesión de obras o de servicios no podrán exceder incluyendo posibles prórrogas 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).

⁵⁷⁸ El 4 de febrero de 2017 se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado (BOE) el Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo de desindexación de la economía española. Al respecto cabe destacar que el artículo 10 regula el período de recuperación de la inversión de los contratos en el sentido que se entiende que es aquél en el que previsiblemente puedan recuperarse las inversiones realizadas para la correcta ejecución de las obligaciones previstas en el contrato, incluidas las exigencias de calidad y precio para los usuarios, en su caso, y se permita al contratista la obtención de un beneficio sobre el capital invertido en condiciones normales de explotación. Igualmente se incluye una fórmula para calcular dicho período de recuperación de la inversión de los contratos.

Y, añade que estos plazos fijados en los pliegos solo 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.

Mantengo mis dudas sobre la adecuación a la Directiva de la pervivencia del artículo 278 del TRLCSP⁵⁷⁹ en el citado artículo 29 del PLCSP –únicamente se pasa de los cincuenta años a los cuarenta en el primer supuesto y desaparece la referencia a los supuestos de mercado o lonja central mayorista que podía llegar a los 60 años. Creo que no es ésta la voluntad del legislador comunitario sino la de acotar la duración de la concesión al tiempo estrictamente necesario para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios junto con un rendimiento razonable.

Incluso es apreciable este ánimo de no despojarnos del todo de los amplios plazos que tradicionalmente han ido disponiendo las empresas concesionarias y ampliar lo posible el límite de la Directiva al haberse suprimido en la redacción de este precepto la referencia que recogía el ALCSP en el artículo 29.6 *in fine* al referirse al plazo determinado “*sin que aquél, con carácter general, incluyendo las posibles prórrogas que en aplicación del apartado segundo de este artículo acuerde el órgano de contratación, se extienda, más allá de cinco años*”. Esta referencia se elimina porque casaría mal con los pretendidos plazos de 40, 25 y 10 años. Personalmente no encuentro ninguna justificación dicha amplitud de dichos plazos, ni son coherentes con la Directiva pues qué duda cabe que, de nuevo, se vuelve a globalizar y a extender unos plazos que la Directiva quiere que sean limitados y particularizados en función de cada obra o servicio en cuestión.

Por las razones antes expuestas discrepo de esta regulación indiscriminada de los plazos y de prosperar esta redacción tendremos que estar a los pronunciamientos jurisprudenciales para ver cómo casan esos plazos tan amplios con el espíritu de la Directiva y efectividad del riesgo operacional.

⁵⁷⁹ Los plazos son: “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)”.

3.2.1.2. Riesgo y ventura versus riesgo operacional

Recordemos que la contratación pública se caracteriza por la aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, al estar expresamente proclamado por la ley el principio de riesgo y ventura⁵⁸⁰ del contratista que significa que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato no le libera de cumplir lo estrictamente pactado ni, consiguientemente, le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación.

Al respecto, FUENTEAJA PASTOR⁵⁸¹ afirma que, en realidad, el principio de riesgo y ventura no es específico de la concesión, sino que ésta lo toma del contrato de

⁵⁸⁰ Al respecto, entre otras, cabe destacar la Sentencia de 20 de abril de 2015 del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, al afirmar el fundamento 11 que: “La primera es que el principio de la eficacia vinculante del contrato y de la invariabilidad de sus cláusulas es la norma general que rige en nuestro ordenamiento jurídico tanto para la contratación privada como para la contratación administrativa. En cuanto a la primera debe mencionarse el artículo 1091 del Código Civil, y sobre la segunda estas otras normas de la sucesiva legislación de contratos administrativos más reciente: el artículo 94 del TRLCAP de 16 de junio de 2000, y los artículos 208 y 209 del TRLCSP de 14 de noviembre de 2011. La segunda es que la contratación administrativa se caracteriza también por llevar inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, al estar expresamente proclamado por la ley el principio de riesgo y ventura del contratista (artículos 98 del TRLCAP de 2000 y 215, 231 y 242 del TRLCSP de 2011). Un elemento de aleatoriedad que significa que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato no le libera de cumplir lo estrictamente pactado ni, consiguientemente, le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación. La tercera es que en nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas tasadas excepciones a esa aleatoriedad de los contratos administrativos, consistentes en reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración (“ius variandi” o “factum principis”), o por hechos que se consideran “extra muros” del normal “alea” del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible. Lo cual significa que no toda alteración del equilibrio de las prestaciones del contrato da derecho al contratista a reclamar medidas dirigidas a restablecer la inicial ecuación financiera del vínculo, sino únicamente aquellas que sean reconducibles a esos tasados supuestos de “ius variandi”, “factum principis”, y fuerza mayor o riesgo imprevisible. Esa regulación tasada de los supuestos excepcionales de restablecimiento del equilibrio económico del contrato ha estado presente en esa sucesiva legislación de contratos públicos que antes se ha mencionado. Así, los artículos 144 y 163 del TRLCAP de 2000, que regulaban medidas de reparación para los supuestos de fuerza mayor y ejercicio del “ius variandi”; el artículo 248.2 de ese mismo TRLCAP, introducido por la Ley 13/2003, de 23 de mayo reguladora del contrato de concesión de obras públicas, que refiere el deber de la Administración de restablecer el equilibrio económico del contrato a los supuestos de “ius variandi”, fuerza mayor, “factum principis” y previsiones del propio contrato; y el artículo 258.2 del TRLCSP de 2011, que viene a reproducir el contenido del anterior precepto. Y en esa misma línea se han movido los artículos 24 y 25 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, que vienen a contemplar desequilibrios debidos a decisiones de la Administración. Finalmente, la cuarta y última consideración es que, más allá de los supuestos tasados en la regulación general de la contratación pública, el reequilibrio solo procederá cuando lo haya previsto el propio contrato y cuando una ley especial regule hipótesis específicas de alteración de la economía inicial del contrato y establezca medidas singulares para restablecerla”. También cabe destacar la doctrina reiterada del TS que el riesgo y ventura del contratista ofrece en el lenguaje jurídico y gramatical la configuración de la expresión “riesgo”, como contingencia o proximidad de un daño, y “ventura”, como palabra que expresa que una cosa se expone a la contingencia de que suceda un mal o un bien, de todo lo cual se infiere que es principio general de la contratación administrativa, que el contratista, al contratar con la Administración, asume el riesgo derivado de las contingencias que se definen en la Ley de Contratos del Estado, y se basa en la consideración de que la obligación del contratista es una obligación de resultados, contrapuesta a la configuración de la obligación de actividad o medial (Sentencia del TS de 14 de mayo de 2001, en el mismo sentido Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de mayo de 2011).

⁵⁸¹ FUENTEAJA PASTOR, J. A., “Riesgo y ventura en la concesión de obra pública”, *Revista de Derecho de la Unión Europea* núm. 7, 2 semestre 2004, págs. 183 a 195.

obra y hace referencia a la cita de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ: “la esencia de este contrato está en su configuración como una *locatio operis*, lo que tradicionalmente se suele expresar en el principio tópico del riesgo y ventura, que en un momento se creyó ser propio de la contratación administrativa y que no es sino la expresión del mecanismo normal de la articulación de las prestaciones en el arrendamiento de obra: resultado contra un precio fijo o alzado”. Según estos mismos autores, la expresión riesgo y ventura venía a significar tres cosas: que la mayor o menor onerosidad sobrevenida no autorizaba al contratista a desligarse del contrato, que no le daba derecho a pretender una modificación correlativa del precio de las tarifas fijadas y que los riesgos anteriores al pago había de soportarlos el propio contratista. Finalmente, el principio de riesgo y ventura se ha extendido también a otros contratos administrativos configurados sobre el esquema causal de la *locatio operis*, como la concesión. Continúa FUENTEAJA PASTOR señalando que según la jurisprudencia, por riesgo y ventura en la contratación ha de entenderse que el contratista conoce cómo, en el desarrollo del contrato, está expuesto a un riesgo, a un evento punible y dañoso y corre al albur que todo ello implica, con conocimiento de su posibilidad y la esperanza de que no suceda, lo cual revela que entraña la idea clara de referirse a acaecimientos ajenos a la esfera de actuación de las partes contratantes y ello elimina lo que provenga de su propio actuar. Sin embargo, la inspiración comercial del principio de riesgo y ventura cede progresivamente a la luz del objeto de la concesión de servicio público, hasta el punto de caracterizar a la concesión por el equilibrio económico financiero que determina la concepción de las relaciones entre Administración concedente y concesionario privado no como un mero intercambio sino como una colaboración para la consecución de un mismo fin. Este principio de garantía del equilibrio financiero, alumbrado en el seno de la concesión, se erigiría posteriormente en un criterio general de la contratación administrativa, modulado según las distintas figuras.

En efecto, el equilibrio financiero de la concesión administrativa, por alteraciones derivadas tanto del *factum principis* como de la denominada teoría de la imprevisión se erige para la jurisprudencia en principio básico de la figura concesional. Más aún, mientras los contratos administrativos se regirían por el citado principio de riesgo y ventura del contratista, las concesiones se caracterizarían frente a aquellos por el “principio de equilibrio financiero”.

Siguiendo con el riesgo y desde la perspectiva de la nueva Directiva, FUERTES LÓPEZ⁵⁸² discrepa que la asunción del riesgo sea un criterio para deslindar las figuras contractuales y justifica el riesgo específico de los contratos de concesión precisamente por la naturaleza de la prestación, por la complejidad y duración de estos contratos de manera que concluye que es un riesgo estar únicamente a los riesgos, incluso plantea al Tribunal si es consciente que admitidas las formas de compensación se pueda eliminar el riesgo operacional.

De lo expuesto, se puede inferir que si partimos que el riesgo y ventura tiene un álea muy amplio que se ha debilitado por el principio de equilibrio económico, que el principio de equilibrio económico es propio de todos los contratos, que la nueva Directiva también reconoce la posibilidad de mantener ese equilibrio y que el riesgo operacional del concesionario supone el riesgo de la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato o del riesgo que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda, cabe deducir que el riesgo operacional es un riesgo más específico dentro del genérico riesgo y ventura y que es compatible con el principio de equilibrio económico.

Dicho lo anterior, además cabe destacar cierta doctrina que entiende que el riesgo operacional es diferente al riesgo y ventura al afirmar que es más gravoso. Fundamenta esta apreciación sobre la base que el Considerando 19 señala que si existe fuerza mayor – riesgo propio de todo contrato- solo será compensado parcialmente. En

⁵⁸² Una parte de la doctrina representada por FUERTES LÓPEZ, M., en “Los riesgos del riesgo...”, *op. cit.*, pág. 230, critica que se haya aplicado sin matices en nuestro ordenamiento a la jurisprudencia del Tribunal sobre las concesiones de servicio público y los contratos de servicios y recuerda que el riesgo es propio de todos los contratos, y afirma que: “*Es cierto que la construcción del régimen jurídico de las concesiones de servicio público ha incluido siempre la locución de que se prestan “a riesgo” y ventura del concesionario. Desde las primeras referencias que recuerda la doctrina nos encontramos con esa expresión. Pero es que todos los contratos administrativos, todos, incluidos también los de servicios se realizan a riesgo y ventura del contratista. Ahora lo prevé el artículo 215 de la Ley de contratos del sector público y antes también lo afirmaban las leyes precedentes, y así ha sido acogido por la jurisprudencia. Y ello por la sencilla razón de que en todos los contratos, en todos los negocios bilaterales y sinalagmáticos, los deudores soportan los riesgos*”. Partiendo de esta realidad, llega a la conclusión que el riesgo propio de las concesiones está determinado por la complejidad y duración de las concesiones. En efecto, si bien reconoce que hay diferencias en los riesgos que asumen los empresarios, afirma que ello no es tanto por el hecho de suscribir un contrato de servicios o una concesión, sino por la distinta naturaleza de las prestaciones y obligaciones, por la complejidad del contrato, por el mayor o menor plazo de ejecución (el tiempo es un gran elemento del riesgo); por cómo incidirán los avances técnicos, los sanitarios, las modas. Y considera, al igual que BERNAL BLAY, que ha sido el tema contable con sus reglas de déficit, el principal motivo que ha hecho aumentar la complejidad del problema, de manera que, “*lo que antes eran efectos y consecuencias del régimen de los contratos, se pretende que ahora sean la causa*”, págs. 231 a 239.

concreto ALIAGA MORENO⁵⁸³ entiende que considerando que la fuerza mayor es una de las excepciones al principio de riesgo y ventura que permite restablecer el equilibrio económico, en favor del concesionario, ese abono parcial supone, incrementar los riesgos que aquél debe asumir, ya que la Administración no va a tener la obligación de asegurar “*los rendimientos mínimos acordados en el contrato*” de conformidad con el artículo 258.3 del TRLCSP.

Pues bien, de lo estudiado está claro que el riesgo operacional⁵⁸⁴ del contrato de concesión es más específico⁵⁸⁵ que el riesgo y ventura propio de todo contrato⁵⁸⁶, es de contenido económico y hace referencia al riesgo que está vinculado a la prestación del servicio u obra, lo iba señalando la jurisprudencia comunitaria en los pronunciamientos ya estudiados y es la Directiva donde aparece por primera vez dicha referencia a este riesgo como criterio caracterizador inherente de los contratos de concesión.

Consciente el legislador de las particularidades que entrañan los contratos de concesión, el PLCSP zanja esta cuestión distinguiendo estos dos tipos de riesgos de manera que en los contratos de concesión, el concesionario no solo asume el riesgo y ventura propio de todo los contratos públicos sino que ha de asumir el riesgo operacional (artículo 252 del PLCSP).

3.2.1.3. Principio de mantenimiento del equilibrio económico

La concesión tal y como está concebida en la Directiva supone que el concesionario asuma el riesgo operacional, que no es un riesgo total y que, una vez fijado el reparto de riesgos pactado, no debe ser alterado ni modificado, lo que no

⁵⁸³ ALIAGA MORENO, I., en “La regulación de las concesiones de obras y servicios en las nuevas Directivas...”, *op. cit.*, págs. 280.

⁵⁸⁴ PFLUEGER TEJERO, E., defiende que para distinguir el contrato de concesión del resto de contratos públicos debe tenerse presente que: “*El rasgo esencial que caracteriza a la concesión no es el propio objeto del contrato, por ejemplo la explotación del servicio, pues esta nota también la posee el contrato de servicios, sino la transferencia del riesgo económico en la prestación del servicio al concesionario*” en “La propuesta de Directiva relativa a la adjudicación de los contratos de concesión...”, *op. cit.*, pág. 72.

⁵⁸⁵ GIMENO FELIÚ, J. M., “Reforma de la normativa europea sobre contratación administrativa y transparencia en la contratación por parte del sector público” *I Seminario sobre Transparencia administrativa y protección de los intereses financieros de la Unión Europea en la Eurorregión Galicia-Norte de Portugal*, 2014, pág. 77; LAZO VITORIA, X. en “El futuro del mercado concesional...”, *op. cit.*, págs. 153 a 154; HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L., “La nueva Directiva de concesiones un largo viaje...”, *op. cit.* págs. 181 a 191.

⁵⁸⁶ De acuerdo con el TRLCSP se vincula el principio de riesgo y ventura tanto en el artículo 215 para todos los contratos como en el artículo 277 específicamente para el contrato de concesión de servicios.

impide el reequilibrio económico⁵⁸⁷ –más bien lo contrario como ya he expuesto en el capítulo segundo del trabajo- pues el reconocimiento de este derecho es clave para garantizar la viabilidad del contrato de concesión porque el abono al concesionario de la inversión patrimonial responde a una exigencia derivada del principio de previsión de enriquecimiento injusto⁵⁸⁸. El Consejo de Estado, a propósito del principio de riesgo y ventura del TRLCSP afirmó que: “*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)⁵⁸⁹.

En efecto, en todo contrato y 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 económico⁵⁹⁰. 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 de manera que el riesgo es desproporcionado⁵⁹¹, técnica que ha de aplicarse de manera excepcional. No existe una modificación de las condiciones de explotación, sino un ajuste⁵⁹² de las mismas a una realidad fáctica o

⁵⁸⁷ GÁLLEGO CÓRCOLES, I., “El derecho al reequilibrio económico de los contratos en la jurisprudencia reciente del Tribunal”, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, núm. 142, págs. 52 a 61, “Circunstancias externas y reequilibrio económico del contrato público”, *Revista digital de Derecho administrativo* núm. 15, 2016, págs. 115 a 142.

⁵⁸⁸ GONZÁLEZ DE OLANO, O. y NAVARRO MANICH, J. A., en “Comentarios a la Directiva 2014/23...”, *op. cit.*, págs. 44 a 57.

⁵⁸⁹ Sobre el concepto de riesgo y ventura en los contratos públicos es de especial relevancia el trabajo, a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1949, del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo”, *RAP* núm. 2, 1950, págs. 83 a 108.

⁵⁹⁰ Como indicó el Conseil d’Etat francés: “*Es de esencia misma de todo contrato de concesión buscar y realizar, en la medida de lo posible, una igualdad entre las ventajas que se conceden al concesionario y las obligaciones que les son impuestas. Las ventajas y 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 concedió al concesionario y lo que se le exige. Es lo que se llama equivalencia comercial, la ecuación financiera del contrato de concesión*” (*Arêt Compagnie Générale française des tramways*, de 21 de marzo 1910).

⁵⁹¹ En este sentido, el TS en la Sentencia de 14 de julio de 2010 y el Dictamen del Consejo Consultivo de Aragón núm. 52/2013, de 30 de abril de 2013 al indicar que: “*debe existir una desproporción objetiva y evidente, además de extraordinaria y no justificada*”.

⁵⁹² La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en el Informe núm. 24/2013, de 25 de noviembre señaló que: “*Es necesaria una suerte de tensión, immanente a las concesiones, entre, por una parte, el principio de riesgo y ventura y, por otra parte, el principio de remuneración suficiente y de*

jurídica no prevista, que implica la regla del “*pacta sunt servanda*” (estar a la pactado) y que obliga a limitar éste cuando es claramente desproporcionado sin alterar la idea del riesgo.

Este equilibrio o equivalencia de prestaciones, determinado inicialmente en el momento de celebrar el contrato⁵⁹³, debe mantenerse posteriormente durante el tiempo que dure su ejecución, en aplicación del principio general de vigencia de las condiciones contractuales “*rebus sic standibus*”. En los contratos de gestión de servicios públicos (aplicable a los modelos concesionales de la Directiva), como bien ya expuso ARIÑO ORTIZ⁵⁹⁴; “*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 alea garantizado, en el sentido que la Administración asume en todo caso los riesgos de pérdidas por debajo de un máximo, pero también controla y limita la ventura de unos beneficios extraordinarios por encima del máximo calculado*”.

La técnica del reequilibrio económico no es de libre disposición al arbitrio de las partes, sino que permite “ajustar” que no modificar –siempre que no haya un elemento perturbador sobre el sistema de retribución y reparto de riesgos, no previstos ni previsible ajenos a la diligencia empresarial del concesionario- la retribución del contrato⁵⁹⁵ en el contexto de la oferta inicial, incluyendo como costes cuestiones

mantenimiento del equilibrio económico financiero de la concesión. Sin riesgo y ventura la concesión pierde uno de sus principales signos de identidad, de modo que no puede ignorarse. El principio de mantenimiento del equilibrio económico financiero debe aplicarse de forma prudente. Ahora bien, aplicación prudente no significa aplicación en forma restrictiva, como si este último principio viniera recogido en normas de carácter excepcional: existe un verdadero derecho del concesionario al mantenimiento del equilibrio económico financiero de su concesión, como derecho a atenuar los rigores del riesgo concesional ante determinadas circunstancias y mediante determinadas técnicas que deben, eso sí, ser aplicadas con prudencia. Así, en la medida en que la actual situación de crisis económica impacte de forma desproporcionada, —por alterarse la realidad en que se fundamentaron las previsiones del objeto del contrato y sobre las que responsablemente formuló la proposición el licitador— sí resultaría posible un reajuste de las condiciones financieras de la concesión, si el sistema de retribución que se diseñó ha variado más allá de lo previsible, lo que influye directamente e indebidamente en las tasas de retorno de la inversión (TIR) previstas y pactadas en los contratos, y sobre las que se hace descansar el principio de riesgo de explotación”.

⁵⁹³ Por ello, los aspectos económicos-financieros de los pliegos de la licitación deben ajustarse a la realidad y complejidad de la prestación determinada, de lo contrario una inadecuada planificación financiera implicará una mayor exposición al fracaso de la concesión, lo que perjudica no solo a la empresa concesionaria, sino también a la propia Administración concedente.

⁵⁹⁴ ARIÑO RUIZ, G., “*Teoría del equivalente económico...*”, *op. cit.*

⁵⁹⁵ El actual art. 282. 5 del TRLCSP establece que 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. Cabe destacar otras formas de

distintas a las ofertadas que debieran ser asumidas como riesgo del concesionario ya que pondrían en serio peligro la economía del contrato en los términos pactados⁵⁹⁶. Así las cosas, hay que permitir el equilibrio cuando se comprueba que existe una mayor onerosidad sobrevenida, cuando existen hechos imprevisibles que, aún con una buena gestión empresarial, alteran la regla natural del reparto de riesgos, se rompe la causa del contrato original que obliga al necesario reequilibrio de las condiciones pactadas, de acuerdo con los principios de equidad y buena fe⁵⁹⁷.

Dicho lo anterior, se debe tener en cuenta que esas condiciones iniciales del contrato de concesión, no son en todo caso inmutables como bien ha expuesto BERNAL BLAY⁵⁹⁸ al entender que aplicar con rigor el principio de riesgo y ventura en las concesiones administrativas, imposibilitaría en muchas ocasiones garantizar una prestación continuada y regular de los servicios públicos. Y es que, los contratos de concesión son contratos que suelen ser largos y complejos, muy vinculados a planificaciones de alta intensidad⁵⁹⁹. Ello reclama el establecimiento de unas reglas claras que preserven la equivalencia de las prestaciones de ambas partes de manera prudente y real, y que su diseño se debe concebir para garantizar la correcta ejecución del contrato. De ahí la importancia de un adecuado plan económico-financiero que dé seguridad a los potenciales licitadores sobre la viabilidad del negocio jurídico y de las garantías o certezas suficientes sobre cumplimiento en sus propios términos de lo pactado⁶⁰⁰.

compensar como las de Gran Bretaña consistentes en los acontecimientos compensables o “*compensation events*” y acontecimientos amparables o “*relief events*”.

⁵⁹⁶ No puede ser utilizado, en consecuencia, a modo de seguro gratuito que cubra todos los riesgos de la empresa FUENTEAJA PASTOR, J. A., “Riesgo y ventura en la contratación...”, *op. cit.*, pág. 187.

⁵⁹⁷ Como ha señalado el TS en la Sentencia 27 de octubre de 2009 y en la Sentencia de 14 de julio de 2010 en la que admitió la técnica del equilibrio financiero cuando existe un desequilibrio financiero suficientemente importante y significativo que no puede ser subsumido en la estipulación general de riesgo y ventura ínsita en toda contratación de obra pública.

⁵⁹⁸ BERNAL BLAY, M. A., afirma que las consecuencias de la severidad en su exigencia produciría una situación “desalentadora” en *El contrato de concesión de obras públicas...*, *op. cit.*, Ed. Aranzadi 2010, pág. 272 y FUERTES LÓPEZ, M., en “Los riesgos del riesgo...”, *op. cit.*, pág. 234.

⁵⁹⁹ GIMENO FELIÚ, J. M., en el trabajo “Remunicipalización de servicios locales...”, *op. cit.*

⁶⁰⁰ Así, en nuestro ordenamiento, la regla del reequilibrio económico se contiene en normativa especial sectorial como es el artículo 24 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopista en régimen de concesión –introducido por el artículo 76 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social– que establece que, cuando el Gobierno modifique por razón de interés público las características de los servicios contratados y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios, afectando con ello al régimen económico-financiero de la concesión, se “*procurará de nuevo el equilibrio (económico-financiero de la concesión) de modo que, considerando los parámetros objetivos previstos en el plan económico-financiero, resulten compensados el interés general y el interés de la empresa explotadora*”. Esta previsión fue introducida por el artículo 76 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social.

Obviamente, como advierte GIMENO FELIÚ⁶⁰¹, estos reajustes no pueden consistir en corregir los parámetros económicos ofertados y pactados en beneficio del concesionario, como por ejemplo la tasa interna de rentabilidad o retorno estimada (TIR), en tanto se vulneraría el principio de igualdad de trato en la comparación de ofertas de licitación⁶⁰² y eliminaría el riesgo operacional. En todo caso, cuando la inversión afecta a la lógica sobre la que se planificó la inversión debería ajustarse la tasa de retorno de inversión prevista (TIR) pactada en el contrato.

Sentado que es también necesaria la aplicación del reequilibrio económico en la concesión⁶⁰³, es importante procurar la exacta regulación de su alcance para que no suponga una modificación del contrato que beneficie de una manera que no estaba prevista en el momento inicial la situación del contratista⁶⁰⁴ que elimine la necesaria existencia del “riesgo operacional” en el contrato de concesión.

Por ello, el legislador interno ha de prever unos límites⁶⁰⁵ del riesgo y los supuestos de reequilibrio ya que una deficiente regulación de los riesgos puede ser un

⁶⁰¹ GIMENO FELIÚ, J. M., en *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública...*, *op. cit.*, pág. 151, sin que deba ser utilizada a favor de una gestión no adecuada de la concesionaria para retornar y recuperar los iniciales índices de retorno o de rentabilidad.

⁶⁰² Lo que impide, por ejemplo, ampliaciones de plazos (prórrogas) no pactadas, que diluyen el riesgo y alteran las reglas de concurrencia. Analiza con detalle esta cuestión AGUDO GONZÁLEZ, J., “El tiempo en las concesiones de servicio público. Continuidad en la prestación del servicio y *potestas variandi* versus libre concurrencia”, *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 26, 2011. Como bien afirma: “*sin perjuicio de las prórrogas expresamente previstas en la documentación que rige la licitación, al concluir el plazo concesional solo situaciones excepcionales que pudieran poner en peligro la continuidad y regularidad del servicio* (por ejemplo, interrupciones en la prestación en el interin entre la finalización de la concesión y la nueva adjudicación) *podrían justificar aquella prolongación, aun cuando ello pudiera poner en relieve una falta de previsión y diligencia administrativa al convocar la nueva licitación*” (pág. 23). En términos similares la Sentencia del Tribunal de 16 de febrero de 2012, en los asuntos acumulados *Marcello Costa* (C-72/10) y *Ugo Cifone* (C-77/10), afirma que: “*De los artículos 43 CE y 49 CE, del principio de igualdad de trato, de la obligación de transparencia y del principio de seguridad jurídica se desprende que los requisitos y las modalidades de una licitación como la controvertida en los litigios principales y, en particular, las disposiciones que establecen la caducidad de concesiones adjudicadas al término de dicha licitación, como las que figuran en la cláusula 23, apartados 2, letra a), y 3 del modelo de contrato entre la Administración autónoma de los monopolios estatales y el adjudicatario entre la Administración autónoma de los monopolios estatales y el adjudicatario de la concesión sobre juegos de azar relativos a los acontecimientos distintos de las carreras hípicas, deben formularse de manera clara, precisa e inequívoca, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente*”. Sobre la ampliación de plazos en la concesión cabe también hacer referencia al trabajo de GÁLLEGO CÓRCOLES, I., “La ampliación del plazo concesional como fórmula del restablecimiento del equilibrio económico del contrato, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, núm. 118, págs. 54 a 61.

⁶⁰³ Desde otro prisma, FUERTES LÓPEZ, M., plantea si el Tribunal es consciente de que el mantenimiento de la garantía del equilibrio económico podría interpretarse como que no se trasladan riesgos, lo que conduciría a la calificación de contratos de servicios de las concesiones públicas, en “Los riesgos del riesgo...”, *op. cit.*, pág. 234.

⁶⁰⁴ De ahí la preocupación del legislador comunitario al prohibir que vía modificación se pueda alterar el equilibrio económico de la concesión a favor del concesionario en un modo que no estaba previsto en la concesión inicial (artículo 43.4.b).

⁶⁰⁵ GIMENO FELIÚ, J. M., “Presente y futuro de la regulación de la modificación...”, *op. cit.*, pág. 78 y HERNANDO RYDINGS, M. “El nuevo marco jurídico comunitario aplicable a los contratos de concesión” en *La*

impedimento o incluso sobrecoste financiero a las inversiones que exigen este tipo de contratos.

La regulación en el PLCSP del derecho al mantenimiento del equilibrio económico se encuentra en el artículo 255 del PLCSP y posteriormente desarrollado en el artículo 268 relativo al contrato de concesión de obras y en el artículo 288 relativo al contrato de concesión de servicios. En ambos supuestos se reconoce que se deberá restablecer el equilibrio económico del contrato en beneficio de la parte que corresponda cuando la Administración realice una modificación de las previstas⁶⁰⁶ y 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, supuestos de *factum principis*⁶⁰⁷ y en los supuestos de fuerza mayor. Al respecto, cabe objetar que con la referencia a la Administración concedente no se tenga en cuenta las particularidades organizativas de nuestro país, con una estructura de carácter descentralizado, ya que supone reconocer tan solo el restablecimiento del equilibrio económico cuando se trate de actuaciones de la Administración concedente pero quedaran fuera otros supuestos que adopta bien la Administración central o bien la Administración autonómica que afectarán al operador económico. También se prevé que el concesionario no tendrá derecho a indemnización si los acuerdos de la Administración de modificación carecen de trascendencia económica (artículo 268 del PLCSP).

De lo expuesto, considero que la regulación del *factum principis* no es positiva ni completa como bien apunta GIMENO FELIÚ⁶⁰⁸ pues debería englobar cualquier

nueva contratación pública, *Régimen Jurídico Básico de las Administraciones Públicas: libro homenaje al profesor Luis Cosculluela*, Iustel, Madrid, 2015; págs. 93 a 107.

⁶⁰⁶ El artículo 268 del PLCSP hace referencia a las causas previstas en el artículo 260 del PLCSP, Subsección 2 Sección 4 Capítulo I Título II que remite a las normas generales de modificación y el artículo 288 del PLCSP relativo al contrato de concesión de servicios hace referencia a las modificaciones 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 del PLCSP (artículos 201 a 205).

⁶⁰⁷ El ya citado Informe núm. 24/2013 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón recuerda que junto a la imprevisibilidad como causa de reequilibrio, también el principio de *factum principis*, que exige una actuación administrativa que altera las condiciones del contrato, habilitara su aplicación. Así lo ha admitido tanto la jurisprudencia –Sentencia del TS de 29 de mayo de 2007- como la doctrina administrativa, por todos, el Informe núm. 61/08, de 31 de marzo de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación de la Administración del Estado relativa a la “*Consulta sobre términos de un contrato de concesión del servicio público de tratamiento de residuos urbanos*”.

⁶⁰⁸ GIMENO FELIÚ, J. M., en *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública...*, *op. cit.*, págs. 148 a 152, comenta que el *factum principis* debería 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

decisión administrativa o legislativa que altere de forma imprevisible⁶⁰⁹ el adecuado reparto de riesgos y permita no distorsionar indebidamente la tasa interna de rentabilidad (TIR)⁶¹⁰, conclusión que podría llevar la interpretación del Considerando 75 de la Directiva⁶¹¹. Fuera de los supuestos de *factum principis*, solo se reconoce en el PLCSP el restablecimiento del equilibrio en los supuestos de causas fuerza mayor del artículo 237 del PLCSP⁶¹² pero no se incorpora como causa de reequilibrio el “riesgo imprevisible⁶¹³”. Llegados a este punto, considero esta regulación criticable ya que no

rentabilidad. Igualmente me remito al trabajo de GÁLLEGO CÓRCOLES, I., “La modificación de los contratos en la cuarta generación de directivas...”, *op. cit.*, págs. 107 a 167.

⁶⁰⁹ Al respecto, el TS se pronunció en la Sentencia de 28 de enero de 2015 (Rec. núm. 449/2012) relativa a la inexistencia del derecho al mantenimiento del equilibrio económico de la concesión de autopistas ya que entiende que las previsiones de tráfico no formaban parte del contrato y fue solo una expectativa y hace alusión a la Sentencia de 4 de febrero de 2014 (Rec. Casación 486/2011) para negar que “*puedan calificarse de hechos imprevisibles o extraordinarios la remodelación y mejora de una vía paralela*”.

⁶¹⁰ En este sentido, destaco el Informe núm. 2/2013 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, de 3 de octubre, al señalar 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 previsto 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*”.

⁶¹¹ De la lectura atenta del Considerando 75 de la Directiva entiendo que está reconociendo la posibilidad de modificar el contrato inicialmente sin necesidad de tramitar un procedimiento en 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*”.

⁶¹² Este artículo establece que: 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”.*

⁶¹³ El origen de la doctrina del “riesgo imprevisible” en la jurisprudencia tradicional del Consejo de Estado español y del Consejo de Estado francés está reconocida en los artículos 126, 127, 128 y 152 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955 aunque el TRLCSP no reconozca expresamente la restauración del equilibrio económico en los supuestos de riesgo imprevisible. Los requisitos para que pueda ser apreciada la figura del riesgo imprevisible son:

1. Una circunstancia o riesgo imprevista y razonablemente imprevisible en el momento de celebrar el contrato;
2. Que las circunstancias sobrevenidas generen la ruptura completa del equilibrio concesional o la alteración substancial de las condiciones de ejecución del contrato inicialmente pactadas;
3. Que la alteración del equilibrio contractual se haya producido con ausencia de las partes contratantes; y
4. Una insuficiencia de los mecanismos previstos en el contrato para la recuperación de los mecanismos contractual.

El “riesgo imprevisible” se trata de una circunstancia no imputable a ninguna de las partes que no se pudo prever en el momento de formalizar el contrato que altera sustancialmente las condiciones de ejecución de manera que la prestación pactada resulta mucho más onerosa para una de las partes que aquellas que únicamente se había podido prever. En temas específicos de contratos de concesión de servicios, tal y como ha ido estableciendo el TS (Sentencia de 9 de diciembre de 2003), la empresa que contrata a riesgo y ventura, ha de tener una mínima diligencia en los cálculos económicos efectuados ya que la fijación del precio de la retribución forma parte de uno de los elementos de juicio del concesionario para asumir el riesgo que todo negocio comporta. El TS ha afirmado que la disminución de tráfico en los tramos de peaje objeto de la concesión de la recurrente por crisis económica no constituye un “riesgo imprevisible” sino una consecuencia reconducible al “riesgo y ventura” que rige la contratación administrativa y la recurrente hubo de considerar cuando participó en el concurso que finalizó con la adjudicación de su concesión (cabe

solo porque deja de contemplarse un supuesto que si bien era reconocido jurisprudencialmente de manera estricta en nuestro país, es un elemento básico del equilibrio contractual⁶¹⁴ de acuerdo con una interpretación teleológica y sistemática *ex* artículo 3 del CC sino porque además opino que la Directiva, permite⁶¹⁵ el restablecimiento cuando el legislador comunitario reconoce la posibilidad de modificar o reajustar el contrato de concesión si la necesidad deriva de circunstancias que el adjudicador diligente no podía prever, siempre que la modificación no altere el carácter global de la concesión y el posible aumento de valor no supere el 50% del valor de la concesión original adjudicada por un poder adjudicador (artículo 43.1.c) i) de la Directiva) y al enmarcar la Directiva el riesgo operacional en las condiciones normales de funcionamiento (artículo 5), *ad sensum contrario*, se debe interpretar que

citar en esta línea jurisprudencial las Sentencias del TS de 6 mayo de 2008, 27 octubre de 2009, 11 mayo 2011, 4 febrero 2014 y 28 enero de 2015 ya citadas en este trabajo y 20 de abril de 2015) ni por remodelación de una vía de acceso imprevisible (Sentencia del TS de 16 mayo de 2011, y 8 abril de 2015). En este sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en el Informe núm.18/2012 afirmó que un riesgo no es imprevisible cuando se puede considerar que la demanda del servicio no ha estado bien calculada por la empresa concesionaria al concurrir a la licitación.

⁶¹⁴ Al respecto, es imprescindible como señala el informe de la CEOE de 2013 “La inversión en infraestructuras públicas en España”, que los riesgos que se transfieran al operador privado en virtud del contrato “*no excedan de los que una diligente gestión empresarial pueda prever y asumir, es decir, aquellos que pueda gestionar*”. En igual sentido, el precitado Informe núm. 24/2013 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón recuerda que la imprevisibilidad es un elemento básico del equilibrio contractual de acuerdo con una interpretación teleológica y sistemática *ex* artículo 3 del Código Civil y de acuerdo con la jurisprudencia que ha venido reconociendo la lógica del equilibrio del contrato, como elemento inherente al mismo, cuando elementos imprevisibles perturban el reparto de riesgos con un riesgo no previsto, ni previsible, que pone en serio peligro la economía del contrato en tanto existe una mayor onerosidad sobrevenida (Sentencia del TS de 15 de noviembre de 1986). Por lo tanto, puede afirmarse que 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, 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.

⁶¹⁵ GÁLLEGO CÓRCOLES, I., en “La modificación de los contratos en la cuarta generación...”, *op. cit.*, pág. 152, se plantea el encaje del *factum principis* en el esquema conceptual que estamos estudiando, ya que los cambios en el marco regulatorio o derivados del control de aquellos riesgos que se sitúan en la órbita de la Administración tienen difícil cabida dentro de la regulación europea del riesgo imprevisible pues siempre se podrá argumentar que el poder adjudicador no fue lo suficientemente diligente a la hora de preverlos. Esta autora cita el trabajo de SÁNCHEZ GRAELLS, A. [“What Need and Logic for a New Directive on Concessions, Particularly Regarding the Issue of Their Economic Balance?”, *European Public Private Partnerships Law Review*, en prensa, disponible en <http://ssrn.com/abstract=210712> (fecha de consulta: 2 de noviembre de 2014), pág. 11] quien defiende que se puede argumentar fácilmente que los cambios en el marco regulatorio pueden ser previstos en todo caso por una Administración diligente, lo que impide aplicar la posibilidad de modificar el contrato para restablecer el equilibrio económico de la concesión. Como explica este autor, los poderes adjudicadores retendrán, en muchos casos, poderes importantes para tomar decisiones importantes que afecten a la demanda. Por ejemplo, se pueden adoptar medidas para promover el uso de los servicios o alterar la importancia de la infraestructura. En estos casos, parecería apropiado ofrecer a los concesionarios garantías de que sus inversiones no se verían materialmente perjudicados por las decisiones de los poderes adjudicadores, ya que parece apropiado que los concesionarios asuman todos los riesgos que pueden controlar y parcial o totalmente los riesgos no controlables, pero parece excesivo y desincentivador de las inversiones hacerles asumir los riesgos regulatorios.

determinadas circunstancias anormales deberían susceptibles de mantenimiento del equilibrio alterado y ahí es donde podría tener cabida la imprevisibilidad⁶¹⁶.

Por ello, llego a la conclusión que la regulación que hace el PLCSP del reequilibrio económico queda incompleta al no reconocer ni prever los supuestos de riesgo imprevisible⁶¹⁷ provocando inseguridad jurídica⁶¹⁸ y favoreciendo la resolución del contrato y, como advierte GÁLLEGO CÓRCOLES⁶¹⁹, el consiguiente nacimiento del derecho del contratista a recibir una indemnización⁶²⁰ ya que los elementos obstativos al cumplimiento se sitúan al margen de la esfera de control del contratista.

En cuanto a las formas de compensar -muchas de ellas introducidas por la LCOP- el PLCSP prevé que podrán consistir en la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios, la reducción del plazo de la concesión y, en general, cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato y que en los casos de actuaciones de la Administración concedente obligatorias y casos de fuerza mayor, podrá prorrogarse el plazo de la concesión por un período que no exceda de un 15% de su duración inicial⁶²¹ mientras que la Disposición Adicional trigésimo novena

⁶¹⁶ La redacción del Considerando 75 de la Directiva permite las modificaciones del contrato excepcionalmente en supuestos que derivan de la necesidad de atender peticiones de los poderes adjudicadores o entidades adjudicadoras en relación al requisito de seguridad y teniendo en cuenta las especificidades de las actividades de que se trate. Se debería aclarar si se limita a actuaciones o si bien por el contrario como sostiene GÁLLEGO CÓRCOLES en “La modificación de los contratos en la cuarta generación...”, *op. cit.*, pág. 152, se está refiriendo a supuestos de modificaciones normativas como elementos del riesgo imprevisible. Y, como he apuntado, en la propuesta de Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión, orientación general de 26 de noviembre de 2012, punto núm. 10, el Consejo señalaba que el “mantenimiento puede lograrse plenamente mediante la aplicación de los apartados 5 y 6 del artículo 42 en relación con posibles modificaciones bien previstas en el contrato o bien cuya necesidad se derive de circunstancias imprevisibles”.

⁶¹⁷ Igualmente hubiera sido conveniente, regular los efectos del riesgo imprevisible en aras a evitar una posterior “judicialización” como bien apunta GIMENO FELIÚ, J. M., en *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública...*, *op. cit.*, págs. 148 a 150.

⁶¹⁸ GIMENO FELIÚ, J. M., “Hacia una nueva Ley de contratos del sector público. ¿Una nueva oportunidad perdida...”, *op. cit.*, págs. 204 a 217.

⁶¹⁹ A nivel jurisprudencial, como analiza GÁLLEGO CÓRCOLES, I., en el trabajo “La modificación de los contratos en la cuarta generación...”, *op. cit.*, pág. 153, cita como causa de restablecimiento del equilibrio del contrato, la siguiente jurisprudencia: Sentencia de 6 de abril de 2005 relativa a la inaplicación de la ordenanza municipal reguladora de tráfico, Sentencia del Tribunal de Justicia de Cataluña de 14 de diciembre de 2006 sobre la habilitación de nuevos aparcamientos subterráneo, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la de Murcia de 10 de junio de 2013 el cambio en la política deportiva de un Ayuntamiento y Sentencia del TS de 16 de mayo de 2011 relativa a la ausencia de realización de una obra prevista en el Plan de Infraestructuras y Transportes. Y, a nivel doctrinal, el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administración del Estado núm. 61/2008 que considera que la realización de unas obras derivadas de nuevas exigencias impuestas por la nueva normativa medioambiental supone un supuesto de *factum principis* la apertura de nuevas infraestructuras no previstas en la memoria económica, e Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón núm. 24/2013 que reconduce al *factum principis* la apertura de nuevas infraestructuras no previstas en la memoria técnica.

⁶²⁰ Vid. conclusiones del Abogado General S. Alber de 24 de octubre de 2002, en el asunto *Comisión/CAS Succhi di Fruta*, de 29 de abril de 2004 (C-496/99).

⁶²¹ En los contratos de concesión de obras podrá ampliarse el plazo del contrato por un período que no exceda de un 15 por ciento de su duración inicial en las concesiones de obras siempre que la retribución del concesionario

prevé que el informe de la ONE evalúe si las compensaciones financieras establecidas mantienen una rentabilidad razonable.

Respecto a la cláusula de progreso, cabe reconocer la importancia de regular aquellos supuestos que la propia evolución técnica pueda conducir a un desequilibrio que haga inviable la gestión de la concesión, planificada en un entorno de la técnica distinta en donde la evolución técnica podría provocar desequilibrio que haga inviable la ejecución, por ello, cuando la inversión afecta a la lógica sobre la que se planificó la inversión, debería ajustarse la TIR⁶²². Así, el artículo 257.4 del PLCSP establece que el concesionario deberá mantener⁶²³ 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.

Por último, es importante destacar que el PLCSP limita la responsabilidad patrimonial administrativa (RPA) atendiendo al nuevo criterio de la SEC 2010 en los supuestos de incumplimientos o causas imputables al concesionario, de manera que en estos supuestos, de acuerdo con el artículo 279 del PLCSP, el pago de la concesión se realizará atendiendo al tipo fijado en el artículo 280 del PLCSP, esto es, al valor de mercado de la misma cuando la resolución es imputable al concesionario (lo que puede suponer un valor cero). Mientras que si fuera resolución imputable a la Administración, la RPA desplegará sus efectos ordinarios, en concreto el artículo 278 del PLCSP establece: *“la Administración abonará al concesionario el importe de la inversión realizada por razón de la expropiación de los terrenos y de la ejecución de las obras e instalaciones que, realizadas por éste, hayan de pasar a propiedad de aquélla, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión. La cantidad resultante se fijará dentro del plazo de seis meses, salvo que se estableciera otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares”*.

proviene en más de un 50 por ciento de tarifas abonadas por los usuarios (artículo 268.3 del PLCSP) lo que casa mal con la duración de las concesiones fijada en la Directiva.

⁶²² GIMENO FELIÚ, J. M., “Presente y futuro de la regulación de la modificación...”, *op. cit.*, pág. 78.

⁶²³ Como antecedentes cabe destacar el artículo 230.4 del LCSP para el contrato de concesión de obras pública y el artículo 221. c) y d) de la LCOP limitado a la adecuación, reforma y modernización de las obras de acuerdo con las exigencias económicas y sociales a las que está obligado el concesionario, y tiene su precedente en la Ley 55/1999 artículo 60 regulador del 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.

Recordemos que la RPA se comporta como un elemento de aseguramiento de ciertos riesgos⁶²⁴ “efecto llamada en los inversionistas” al garantizar parte del negocio más allá del riesgo lógico de la gestión de la concesión *a priori*⁶²⁵, ajustar estos contratos al principio de mayor eficiencia en tanto puede favorecer un mayor número de ofertas y mejor rentabilidad, sin que pueda ser regulada de manera absoluta ya que se diluiría el elemento del riesgo operacional⁶²⁶, vulneraría el principio de transparencia y el principio de igualdad de trato inherentes a todas las licitaciones públicas⁶²⁷ y podría ocultar una ayuda de Estado ilegal. Como acertadamente apunta GIMENO FELIÚ⁶²⁸, la RPA no supone una amenaza a los principios de libre competencia y coadyuva a un escenario de más y mejor competencia, en un sector tan estratégico como el de la colaboración público-privada mediante fórmulas concesionales.

Al respecto, cabe señalar que esta adecuación y efectividad del alcance del riesgo operacional en los supuestos de resolución del contrato por causas no imputables a la Administración que prevé el PLCSP artículos 271 y 293, ya ha sido introducida en nuestro ordenamiento por la Disposición Final novena punto 9 de la Ley 40/2015 que introduce el nuevo artículo 271 *bis* relativo al nuevo proceso de adjudicación en concesión de obras en los casos que obedezcan a causas no imputables a la Administración y que entró en vigor el pasado 20 de octubre de 2015. Mediante la introducción de este nuevo artículo, se ha garantizado⁶²⁹ tanto el cumplimiento de lo

⁶²⁴ GIMENO FELIÚ, J. M., “Remunicipalización de servicios locales...”, *op. cit.*, pág. 64.

⁶²⁵ GIMENO FELIÚ, J. M., “Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público”, *Jornada sobre el impacto de las nuevas Directivas de contratos de la Unión Europea en la regulación de las modificaciones de contratos del sector público*, celebrada el 2 de mayo de 2016, Facultad de Derecho, Universidad de La Coruña, pág. 43, disponible en, www.obpc.es

⁶²⁶ Avala esta interpretación la nueva regulación del SEC (2010), aprobada por el Reglamento (UE) núm. 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales. En especial, los dos últimos apartados: *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 y 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*” **relativos a casos** de resolución por causa imputable al contratista parecen aconsejar una “limitación” de la RPA en los modelos concesionales, tanto de obra como de servicios, pues de lo contrario puede entenderse que se ha excluido la transferencia de riesgos y, en consecuencia, los activos ya no estarían excluidos del perímetro de endeudamiento. Así, dentro del riesgo operacional debe entenderse la no existencia de RPA por incumplimientos o causas imputables al concesionario. Sobre la incidencia del nuevo sistema de cómputo de déficit en SEC 2010 me remito al trabajo ya citado de MACHO PÉREZ, A. B y MARCO PEÑAS, E. “El impacto de las colaboraciones público-privadas...”, *op. cit.*

⁶²⁷ GIMENO FELIÚ, J. M., “Transparencia activa e integridad...”, *op. cit.*; “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos...”, *op. cit.*, págs. 27 a 80.

⁶²⁸ GIMENO FELIÚ, J. M., “Presente y futuro de la regulación de la modificación...”, *op. cit.*, págs. 80 a 88.

⁶²⁹ CALATAYUD PRATS, I., “Riesgo y efectos de la resolución por incumplimiento del contratista...”, *op. cit.*, pág. 19.

dispuesto en la Directiva objeto de este trabajo, como en el Reglamento 549/2013, de 21 de mayo, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea (SEC 2010), de manera que se limita y se evita garantizar un reembolso mayoritario del proveedor de la financiación en caso de resolución. Este nuevo procedimiento consiste en un contrato de reemplazo que sustituya al concesionario por otro nuevo pero manteniendo el contrato de concesión y, respecto a la traslación de riesgos, el órgano de contratación deberá licitar nuevamente la concesión en una subasta siendo el único criterio de adjudicación el precio y el valor de la concesión, el que resulte de las subasta. De esta forma, se traslada al concesionario saliente el riesgo que se pague menos por el valor de las inversiones realizadas de conformidad con el Considerando 18 y artículo 5 de la Directiva.

Llegados a este punto cabe destacar que en los contratos de concesión caracterizados por ser de larga duración, resultará materialmente imposible predecir sin error los “vaivenes” de las circunstancias que acaecerán durante la ejecución del mismo de ahí el papel relevante del estudio de viabilidad⁶³⁰ del contrato ya que deberá fijar con detalle y exhaustividad las previsiones sobre la demanda, impacto, riesgos y, en el caso que no exista, no podrá aplicarse el principio de equilibrio económico⁶³¹ por cuanto la Administración desconoce los costes de explotación, las inversiones que debe realizar el contratista, y otros factores necesarios para determinar, en su momento, si la explotación del servicio es rentable o deficiente pese a los esfuerzos del contratista.

⁶³⁰ En este sentido, la citada Sentencia del TS de 28 de enero de 2015 al transcribir lo que declarado en la Sentencia de 4 de febrero de 2014 afirma que: “*Por ello los estudios de viabilidad de una autopista han de prever no solo un contexto, el alza, sino también las circunstancias económicas que pueden provocar la disminución del consumo*”.

⁶³¹ FUENTEAJA PASTOR, J. A., “Riesgo y ventura en la concesión...”, *op. cit.*, pág. 187, afirma que la técnica del equilibrio financiero del contrato no deberá ser utilizada cuando el problema tenga su causa en el estudio económico de viabilidad, que en muchos casos no existe, y que es el que presenta el contratista a licitación. Esta cuestión es clave, por cuanto al no existir estudio de viabilidad la Administración desconoce los costes de explotación, las inversiones que debe realizar el contratista, y otros factores necesarios para determinar, en su momento, si la explotación del servicio es rentable o deficiente pese a los esfuerzos del contratista. Pero ello no justifica la alteración o modificación del pliego, en tanto la diligencia debida en estos procedimientos, y los principios de eficacia y eficiencia, son límites insoslayables en la ejecución de estos contratos, que, por lo demás, se encuentran sometidos a las normas contables del Sistema Europeo de Cuentas Públicas, con efectos, por tanto, sobre los datos de endeudamiento y déficit que podrían derivar de un “reequilibrio financiero” no debido. Tampoco puede ser utilizado el principio de equilibrio económico a modo de seguro gratuito que cubra todos los riesgos de la empresa. Igualmente, me remito al trabajo de VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., “Actuaciones previas y adjudicación del contrato de concesión de obras públicas”, *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, director GÓMEZ-FERRER MORANT, R., Civitas, Madrid, 2004, págs. 1123 a 1204.

3.2.1.4. Especial estudio del contrato de concesión en el sector de las infraestructuras en España

En el punto 4.2.6 del capítulo II del trabajo he analizado los riesgos que son específicos en el sector de las infraestructuras. También he tenido oportunidad de comprobar cómo el PLCSP no se adecua a la Directiva en cuanto al riesgo de suministro al establecer como uno de los criterios para la calificación del contrato de concesión únicamente al riesgo de disponibilidad respecto a los contratos de concesión de obras. Así, a los ojos del PLCSP para que exista una concesión de obras bastaría con la transferencia al concesionario del riesgo de disponibilidad.

Esta regulación además de contraria con los dictados de la Directiva, supone que en nuestro panorama nacional podría haber diferencias entre aquellas concesiones de obras -que según el PLCSP bastaría la transferencia del riesgo de disponibilidad- y las concesiones de servicios –transferencia del riesgo de demanda o de suministro o ambos. Dicho esto, no se encuentra ninguna justificación para considerar coherente dicha previsión con la Directiva y con la jurisprudencia comunitaria, por lo que se debe atribuir a la aversión del sector de la construcción de asumir el riesgo de demanda, o el riesgo de construcción o ambos, sin que sea determinante la transferencia del riesgo de disponibilidad para la calificación del contrato como concesión, como mantengo de manera reiterada en este trabajo.

Tradicionalmente⁶³² los riesgos de construcción y demanda⁶³³ han sido asignados íntegramente a las sociedades concesionarias mientras que los de disponibilidad y fuerza mayor a la Administración concedente. Durante los años 1996 y 2006 se adjudicaron diecisiete tramos de autopistas de peaje mediante concesión en las que se asignaban los riesgos de expropiación, construcción y operación a las empresas concesionarias. El riesgo de demanda en determinadas ocasiones se fue mitigando vía ampliación de los plazos de concesión bajo determinados criterios⁶³⁴ y el riesgo

⁶³² BAEZA MUÑOZ, M. A.; ORTEGA HORTELANO, A. y VASSALLO MAGRO, J. M.; “Reparto de riesgos en concesiones de infraestructuras ante la crisis económica...”, *op. cit.*

⁶³³ BAEZA MUÑOZ, M. A.; ORTEGA HORTELANO, A. y VASSALLO MAGRO, J. M., “Reparto de riesgos en concesiones de infraestructuras...”, *op. cit.*, destacan la tendencia a compartir el riesgo de tráfico. Ahora bien, de acuerdo con la Directiva, de no asumir el concesionario el riesgo de demanda, para que exista concesión deberá asumir el riesgo de suministro u oferta y no únicamente el riesgo de disponibilidad.

⁶³⁴ Así ha sido el caso de las autopistas de Ávila-Villacastín, Segovia-El Espinar, Eje Aeropuerto, Ocaña-La Roda, Madrid-Toledo, Cartagena-Vera, Circunvalación de Alicante y Alto de las pedrizas-Málaga. Al respecto, me remito

financiero mediante el otorgamiento de préstamos participativos⁶³⁵. Si bien, en los últimos años la remuneración del concesionario ha dejado de estar vinculada al uso de la infraestructura para basarse exclusivamente en su disponibilidad⁶³⁶ dada la aversión de asumir ciertos riesgos por el sector privado, así el Plan Extraordinario de Infraestructuras (PEI) del Ministerio de Fomento de 7 de abril de 2010 se diseñó para que las entidades financieras puedan asumir los riesgos asociados a los proyectos y éstos proporcionasen, a su vez, una rentabilidad adecuada. Se optó por el riesgo de disponibilidad y no por el de demanda ligado a la coyuntura del tráfico y, por tanto, a los avatares del ciclo económico, porque dificultaría el acceso a los mercados financieros, de manera que la rentabilidad del concesionario dependía del nivel de disponibilidad de la infraestructura, lo que incrementaba su compromiso con la conservación y el mantenimiento de la misma. Este modelo contemplaba un canon único que tenía como finalidad retribuir la inversión, la conservación y el mantenimiento de las infraestructuras, así como los recursos propios y ajenos invertidos por el concesionario en la construcción. Para cumplir con el objetivo de déficit, se transferían al concesionario únicamente los riesgos de construcción y de disponibilidad; no así el riesgo de demanda, ya que dificultaba el acceso a los mercados financieros. La transferencia del riesgo de construcción suponía que el concesionario financiaba íntegramente el coste de la inversión (hasta que la infraestructura no estuviera concluida y comenzara su explotación no empezaba a recibir el canon). Por su parte, la transferencia del riesgo de disponibilidad se producía mediante la aplicación de unos indicadores objetivos, que debían medirse periódicamente, dando lugar, en caso de incumplimiento, a deducciones automáticas en el canon a pagar por la Administración. De esta forma, el PEI generalizaba la opción de retribuir al concesionario en función del

al estudio destacado de VASSALLO, J. M.; BAEZA, M. A., “Asignación del riesgo de demanda en concesiones de infraestructuras de transporte”, *Anuario de la Movilidad*, 2009.

⁶³⁵ Los Presupuestos Generales del Estado para el año 2010 aprobaron el otorgamiento de préstamos participativos cuya devolución dependía de los ingresos generados. También se previeron ampliaciones del plazo concesional (concesión Alicante-Cartagena, Alto de las Pedrizas-Málaga). La Disposición Adicional cuadragésima séptima de los Presupuestos Generales del Estado para el año 2011 estableció la posibilidad de fijar mecanismos necesarios para compensar las sociedades concesionarias de autopistas por la reducción de peajes que se estableciesen en los entornos urbanos y periurbanos en razón a la mejora de la movilidad y seguridad vial. La Disposición Adicional octava de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal estableció la posibilidad de que se crease una cuenta de compensación por la cual el Estado pagaría a las sociedades concesionarias la diferencia entre el 80% de los ingresos previstos y los ingresos reales durante los tres años siguientes. Estas aportaciones deberían devolverse a la Administración a un tipo del interés equivalente al de los préstamos participativos hasta ese momento concedidos. Para el ejercicio 2011 el límite de esta media ascendió a 80,1 millones de euros y las sociedades que podían acogerse a ella eran las titulares de las concesiones administrativas de las autopistas adjudicadas más recientemente: las radiales de Madrid, el acceso a la T-4 del aeropuerto de Barajas, Madrid-Toledo, Cartagena-Vera, Ocaña-La Roda, circunvalación de Alicante, Alicante-Cartagena y Alto de las Pedrizas-Málaga.

⁶³⁶ LAZO VITORIA, X, “El futuro del mercado concesional...”, *op. cit.*, pág. 155.

riesgo de disponibilidad y no según la frecuentación o demanda (sin duda baja influencia negativa de las autopistas radiales), trasladando a las infraestructuras de transporte el modelo de las concesiones de obras públicas sanitarias y socio sanitarias⁶³⁷.

Un modelo similar es el que se ha seguido por algunas comunidades autónomas en la licitación de determinadas infraestructuras como las de Andalucía (Autovía A-344 del Almanzora, tramo Purchena-Autovía del Mediterráneo A7), País Vasco (radiales de Vizcaya), Aragón, etc. Igualmente, en el derecho comparado puede citarse el caso de Reino Unido⁶³⁸, donde los mecanismos de financiación han evolucionado notablemente situándose la disponibilidad en el “criterio de amortización primario” de las infraestructuras.

Ha sido la crisis económica la que ha obligado a un replanteamiento del reparto de riesgos al aparecer desviaciones entre los niveles de tráfico previsto y real, sobrecostes por expropiaciones que han puesto a diversas concesionarias al borde del concurso y obstáculos de las concesionarias para el acceso a la financiación. En todo caso, cabe incidir en los problemas que pueden ocasionar que las empresas concesionarias entren en concurso, ya que supondría el aumento del déficit de las cuentas públicas⁶³⁹ y tendría que abonar al concesionario el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación, la ejecución de obras y adquisición de bienes necesarios para la explotación de la concesión. Además se debería tener en cuenta el grado de amortización de las inversiones en función del tiempo que restase para el término de la concesión y lo establecido en el plan económico-financiero y la Administración concedente tendría que indemnizar al concesionario por los daños y perjuicios producidos. Igualmente se deberían tener en cuenta los beneficios futuros que el concesionario dejaría de percibir, atendiendo a los resultados de explotación en el

⁶³⁷ VILLAR ROJAS, F. J. “La concesión como modalidad de colaboración privada...”, *op. cit.*, págs. 168 a 173.

⁶³⁸ *Vid.* STANDARD & POOR’S: “The evolution of DBFO payment mechanisms...”, *op. cit.*, pág. 6.

⁶³⁹ Problemática que existe actualmente con la situación de determinadas carreteras radiales que se encuentran actualmente en liquidación o quebradas (circunvalación de Alicante, radiales R-3 y R-5, radiales de Madrid R-2 y R-4, la Madrid Toledo, la Ocaña-La Roda y la que enlaza Madrid con el aeropuerto de Barajas). Al respecto, si bien en fecha 12 de diciembre de 2016 en El País se informaba que el Estado se quedará definitivamente con las autopistas de peaje en quiebra ya que el Ministerio de Fomento ve muy difícil un acuerdo con los bancos acreedores para rescatar las infraestructuras, si bien ello podría comportar un grave problema de déficit para España, en fecha 30 de marzo de 2017, la agencia EUROPA PRESS, Madrid, informaba que como consecuencia de los fallos judiciales y los problemas de déficit, se anulaba el plan de asumir las vías en una sociedad pública de manera que se buscaran soluciones individuales para cada una de ellas, mediante pacto de las concesionarias con los acreedores.

último quinquenio cuando resultase posible, y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no se tuviesen que entregar a la Administración, considerando su grado de amortización.

Por todo ello, y enlazando con lo ya expuesto anteriormente, se deberá adecuar el reparto de los riesgos teniendo en cuenta el criterio de quien pueda asumir mejor los riesgos, según el mercado en concreto, las específicas características de dicha infraestructura y según el tipo de infraestructura que se trate, de forma que si es de nueva creación o *greenfields* adquirirá especial importancia el riesgo de construcción y el riesgo de demanda, mientras que en las infraestructuras ya existentes o *brownfields* se podrá atender también aunque no exclusivamente de acuerdo con la Directiva, al riesgo de disponibilidad, fijando y determinando vía estándares aquellos aspectos que precisamente afectaran la demanda y en definitiva la explotación de la obra o servicio.

3.2.2. *El nuevo contrato de concesión*

La Directiva circunscribe su ámbito de aplicación a los Servicios de Interés Económico General⁶⁴⁰ eliminando la referencia de “públicos”⁶⁴¹ que recogía la propuesta de Directiva de 2011.

Según la Directiva, un contrato para la “gestión de un servicio” que no tenga la consideración de servicio público⁶⁴² –como pudieran ser los que se prestan a las personas que frecuentan edificios o establecimientos públicos- pero en el que concurren las notas que los usuarios pagan de una manera íntegra al contratista el coste de las

⁶⁴⁰ PARICIO RALLO, E., “El concepto europeo de servicio de interés general...”, *op. cit.*, se pronuncia sobre la necesidad de reordenar en nuestro ordenamiento jurídico el concepto de servicio de interés económico general, pág. 114.

⁶⁴¹ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., “Sentido y alcance de la transposición...”, *op. cit.*, pág. 36, sostiene que: “la desconexión formal de la idea de servicio público de la definición de servicios se formalizó en la Directiva 2004/18/UE y, sobre todo, el indudable afán de las instituciones comunitarias –Comisión, Tribunal de Justicia, particularmente- por ensanchar todo lo posible la efectividad de la aplicación de esa Directiva 92/50-, llevarían a los discutibles criterios seguidos para mover los límites iniciales entre el común de los contratos de servicios y las concesiones de servicios sobre la base de cuestionar lo que realmente pueda significar –abandonada la conexión con la noción francesa y latina de servicio público- explotación del servicio”.

⁶⁴² GIMENO FELIÚ, J. M., en “Delimitación conceptual entre el contrato de gestión...”, *op. cit.*, pág. 31, estudia el contrato para la gestión del servicio de restauración o de cafetería en un edificio público a raíz de la Resolución núm. 192/2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que negó la consideración de contrato de gestión de servicios públicos precisamente por la falta del carácter de servicio público de la actividad ya que para que pueda calificarse así se presupone una actividad servicial publicitada y, en cuanto tal, atribuida a la competencia de la Administración.

prestaciones que libremente demandan y además existe transferencia del “riesgo operacional”, es un “contrato de concesión de servicios” incluso aunque la Administración subvencionase total o parcialmente el precio, seguiría habiendo transferencia del riesgo operacional siempre que la clientela tuviese libertad para demandar o no el servicio, porque el contratista no tendría garantizada una retribución que cubra las inversiones y costes en que ha incurrido para prestar aquél.

Y a la inversa, a la luz de la nueva Directiva, determinados contratos de concesión de servicios públicos no se podrán calificar de “contrato de concesión de servicios” al no transferir al concesionario el riesgo operacional.

La concepción del nuevo contrato de servicios que ha recogido el legislador en el ALCSP supone un cambio en la concepción tradicional del contrato de concesión de servicios públicos, en palabras del Consejo de Estado en el Dictamen 1.116/2015, una “redefinición” del contrato de concesión de servicios y contrato de servicios. Así, mientras en el TRLCSP el contrato de gestión de servicios públicos se configura desde un punto de vista subjetivo, como actividad prestacional pública cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración (art. 8 del TRLCSP)⁶⁴³, este concepto no se recoge en las concesiones de servicios de la Directiva y de ahí las fricciones al pretender acoplar ambas regulaciones.

El artículo 282 del PLCSP, al regular el contrato de concesión de servicios se refiere a aquellos servicios que sean de competencia o titularidad de la Administración. Se produce así, un cambio de la configuración del concepto de contrato de concesión de servicios que en nuestro ordenamiento jurídico iba ligado al concepto de servicio público. Se alteran, pues, los contornos tradicionales de los contratos de concesión que ya no van a responder únicamente al criterio de la competencia⁶⁴⁴ del servicio sino que tal y como establece el artículo 282 y el apartado IV de la Exposición de Motivos del

⁶⁴³ A diferencia del contrato de servicios previsto en el artículo 10 del TRLCSP que se define de manera residual como aquel que tiene por objeto obligaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro.

⁶⁴⁴ El criterio de competencia es el que siempre se ha utilizado, recordemos el artículo 8.1 del TRLCSP “*servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia*”, el artículo 275.1 del TRCLSP “*los servicios de su competencia*” y en la legislación local el criterio de la competencia es el que se ha observado para los servicios públicos en este ámbito: artículos 25, 26, 86 y concordantes de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local.

PLCSP⁶⁴⁵ la concesión va a tener como objeto también servicios no públicos. La adición del criterio de la titularidad es una de las principales novedades del PLCSP que supone una ruptura con nuestra regulación tradicional, siempre que sean susceptibles de explotación económica por particulares⁶⁴⁶. Se configura así un “nuevo contrato de concesión”. En definitiva, la distinción entre ambos contratos basada en la naturaleza de la prestación ha sido desplazada por la existencia o no del riesgo operacional.

El apartado IV de la Exposición de Motivos del PLCSP establece:

“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 el artículo 282 del PLCSP señala:

“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.

⁶⁴⁵ Se ha corregido la redacción que no me parecía atinada del apartado IV de la Exposición de Motivos del ALCSP que hacía referencia a servicios que no son públicos siempre y cuando los mismos sean de titularidad o competencia de la Administración, pero ello no es así, ya que los servicios de competencia de la Administración serán siempre servicios públicos.

⁶⁴⁶ De la redacción anterior cabe entender que estos supuestos de titularidad de la Administración harán referencia a los servicios no públicos como son los supuestos de cafeterías, restaurantes que están en los edificios de las Administraciones Públicas, supuestos en que se produce una explotación económica y existe transferencia del riesgo operacional al contratista.

3. *El contrato expresará con claridad, en todo caso, el ámbito de la concesión, tanto en el orden funcional, como en el territorial*”.

De las dos opciones que señalaba el Consejo de Estado en el Dictamen núm. 1165/2016, de 10 de marzo, optó por el mantenimiento de la tipificación contractual del ALCSP contrato de servicios y contrato de concesión de servicios extendiendo para cada caso el régimen jurídico. Así el artículo 283.1 *in fine* del PLCSP relativo a los pliegos y anteproyecto de obras y explotación incorpora la referencia expresa al régimen jurídico⁶⁴⁷:

“En los casos en que la concesión de servicios se refiera a servicios públicos, lo establecido en el presente apartado se realizará de acuerdo con las normas reguladoras del régimen jurídico del servicio a que se refiere el artículo 282.2 del PLCSP”.

El apartado IV de la Exposición de Motivos justifica esta adición del PLCSP respecto al ALCSP afirmando que la Directiva no limita la concesión de servicios (o “nuevo contrato de concesión”) a los servicios públicos y por ello se establece la aplicación específica y diferenciada de determinadas normas a la concesión de servicios cuando ésta se refiera a servicios públicos, como el establecimiento de su régimen jurídico, aspectos jurídicos, económicos y administrativos relativos a la prestación del servicio –o “*publicatio*”- la imposibilidad del embargo de los bienes afectos; el secuestro o la intervención del servicios público; el rescate del mismo; o el ejercicio de poderes de policía en relación con la buena marcha del servicios público de que se trate. De esta manera, y como ya apuntaba el Dictamen del Consejo de Estado⁶⁴⁸, con esta

⁶⁴⁷ Como señaló el Informe núm. 13/2015, de 30 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, nada impide que, aun calificando como contrato de servicios por no existir efectiva transferencia de riesgos, se puedan imponer las obligaciones de servicio público que para este tipo de prestaciones regula la normativa sectorial de transporte, así como cualquier otra regulación que tenga por finalidad garantizar la correcta prestación del servicio. En idéntico sentido se había pronunciado dicha Junta en el Informe núm. 2/2014, de 22 de enero.

⁶⁴⁸ El Dictamen del Consejo de Estado núm. 1.116/2015 afirma que: “*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 servicios – 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 público (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 293)*”

regulación se pretendería mantener⁶⁴⁹ la necesidad del previo establecimiento del régimen jurídico para garantizar la pervivencia de la regularidad y prestación de los servicios públicos para los contratos de concesión que se refieran a servicios públicos.

Sin embargo comparto la tesis de MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS⁶⁵⁰ relativa que la opción elegida por el legislador del Proyecto es aún confusa pues al ir anudando los contratos de concesión de servicios la aplicación de determinadas prescripciones: *ejercicio de los poderes de policía que conserva la Administración para asegurar la buena marcha del servicios* (artículo 285.2 del PLCSP), *el secuestro o intervención del servicio* (artículo 291.1 del PLCSP), y *el recate y la supresión del servicios por razones de interés del servicio* (artículo 292.b) y c) del PLCSP), supone que cuando no se contenga dicha mención en el caso de los servicios públicos, la determinación no sería aplicable a la concesión de los mismos y sí a los contratos de concesión de servicios no públicos. Con esta técnica, el legislador se olvida de determinar determinadas prerrogativas como *la modificación del contrato y el mantenimiento del equilibrio económico* (artículo 288 del PLCSP) y en *la no embargabilidad de los bienes afectos a la concesión* (artículo 289.3) pese a las intenciones de contemplarlas como ya hemos tenido ocasión de constatar en la Exposición de Motivos. Con todo ello, considero que estas consecuencias no son las queridas por el legislador.

Pero además, con esta redacción tampoco se reconoce la posibilidad a los contratos de concesión no públicos de la figura de la suspensión del contrato instada por el contratista ante el impago por plazo superior a 4 meses (artículos 196.5 y 206.1 del

y d) y, consecuentemente, los efectos a ellas vinculados (artículo 293). 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”.

⁶⁴⁹ El apartado 4 del PLCSP ya expone que: “Por último a este respecto, la Ley, siguiendo la Directiva 2014/23/UE, no limita la concesión de servicios a los servicios que se puedan calificar como servicios públicos. En consecuencia, se establece la aplicación específica y diferenciada de determinadas normas a la concesión de servicios cuando ésta se refiera a servicios públicos. Así, por ejemplo, la aplicación de las normas específicas de estos servicios a las que se hacía referencia anteriormente, esto es, el establecimiento de su régimen jurídico y, entre otras cuestiones, los aspectos jurídicos, económicos y administrativos relativos a la prestación del servicio (lo que se viene a denominar su “publicatio”); la imposibilidad de embargo de los bienes afectos; el secuestro o la intervención del servicio público; el rescate del mismo; o el ejercicio de poderes de policía en relación con la buena marcha del servicio público de que se trate”.

⁶⁵⁰ MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J. L., “El Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público de noviembre de 2016 y la gestión contractual de servicios públicos: análisis de su planteamiento y propuesta alternativa”, publicado en *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación y de los contratistas* núm. 149, pág. 7, que reproduce la comunicación presentada al Congreso Internacional sobre Contratación Pública, celebrado en Cuenca, el 24 y 25 de enero de 2017.

PLCSP) y previstas con carácter general para todas las concesiones de servicios en el artículo 196.5 y 206.1 del PLCSP.

Por todas estas razones, entiendo que la regulación debería ser más sencilla y clara en el sentido de prever dos tipos de concesiones de servicios: los contratos de concesión de servicios públicos a los que se debe garantizar el régimen jurídico y las determinaciones correspondientes, y los de concesión de servicios no públicos a los que, por las razones ya expuestas se les ha de excepcionar de dichas determinaciones pues van ligadas únicamente a la existencia de un servicio público que las justifica. En todo caso, el problema deriva -como bien advierte PERDIGÓ SOLÀ⁶⁵¹- del hecho que la referencia a la concesión de servicios, comprende tanto servicios propios del contrato de servicios como servicios públicos y ello no es de recibo puesto que sus objetos nada tienen en común.

Por todo ello, considero que la regulación del contrato de concesión de servicios del PLCSP no acaba de ajustarse a los concretos supuestos cuando se traten de servicios públicos o bien de servicios no públicos.

3.2.3. Alteración del contrato de servicios

A diferencia de la redacción del ALCSP de abril de 2015, en el texto del PLCSP que se debate en las Cortes Generales se intentan justificar las razones por las que determinados contratos que antes eran de gestión de servicios públicos ahora pasan a ser contratos de servicios. En este sentido, en el punto IV de la Exposición de Motivos señala que la Directiva ha afectado los dos tipos de relaciones que existían hasta el momento: la que se establecía entre la Administración y el empresario, concesionario, que era contractual (contrato de gestión de servicios públicos), y la que se establecía entre el concesionario y el usuario del servicio, que se regulaba por la normativa propia del servicio que se prestaba. Mientras que en las prestaciones susceptibles de ser objeto de un contrato de servicios, quien las prestaba y, por tanto, se relacionaba con el usuario

⁶⁵¹ PERDIGÓ SOLÀ, J., “El agua, los servicios de interés general y la Directiva de concesiones...”, *op. cit.* pág. 324.

era la Administración, quien en el caso de insuficiencia de medios, celebraba un contrato (contrato de servicios), con un empresario particular.

Dicho esto, se expone que la Directiva incide en este esquema, ya que teniendo en cuenta que el criterio delimitador del contrato de concesión de servicios es quien asume el riesgo operacional, si lo asume el contratista, el contrato será de concesión mientras que si lo asume la Administración será de servicios. Y en estos últimos, el cambio de calificación no supone una variación en la estructura de las relaciones jurídicas que resultan de este contrato: mediante el mismo empresario pasa a gestionar un servicio de titularidad de una Administración Pública, estableciéndose las relaciones directamente entre el empresario y el usuario del servicio. Y, por ello, se justifica que si bien la diferencia es la asunción o no el riesgo operacional, defiende la conveniencia que todo lo relativo al régimen de la prestación del servicio sea similar. Éstas son las razones esgrimidas por el legislador respecto a la redacción del artículo 310 del PLCSP que recoge normas específicas del contrato de gestión de servicios públicos del TRLCSP relativas al régimen sustantivo del servicio público que se contrata y en el que la nueva regulación es común tanto al contrato de concesión de servicios cuando éstos son contratos de servicios cuando no se traslada el riesgo operacional, como al contrato de servicios, cuando se refiera a un servicio público que presta directamente el empresario al usuario del servicio.

La redacción del artículo 310 del PLCSP que lleva por título *“Especialidades de los contratos que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos”* es la siguiente:

“1. En los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos se deberán cumplir las siguientes prescripciones:

a) Antes de proceder a la contratación de un servicio de esta naturaleza 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.

b) El adjudicatario de un contrato de servicios de este tipo estará sujeto a 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, en su caso, las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato en el estado de conservación y funcionamiento adecuados.

c) Los bienes afectos a los servicios regulados en el presente artículo no podrán ser objeto de embargo.

d) Si del incumplimiento por parte del contratista 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 aquella desaparezca. En todo caso, el contratista deberá abonar a la Administración los daños y perjuicios que efectivamente le haya ocasionado.

e) La Administración conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos de que se trate.

f) La prestación de los servicios a los 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 contratista se identificarán mediante los correspondientes signos distintivos, tales como uniformidad o rotulaciones.

g) Además de las causas de resolución del contrato establecidas en el artículo 311, serán causas de resolución de los contratos de servicios tratados en el presente artículo, las señaladas en las letras c), d), y f) del artículo 292.”

De esta manera, se modifica el artículo 310 del ALCSP, sin embargo lejos de corregir disfunciones observadas por la doctrina⁶⁵² y por el Dictamen del Consejo de

⁶⁵² MARTÍNEZ-ALONSO, CAMPS, J. L., “Modificación de la Ley de Contratos del Sector Público y gestión de servicios públicos locales...”, *op. cit.*, págs. 21 a 26.

Estado⁶⁵³ provocadas por la desaparición del contrato de gestión de servicios públicos, vía mantenimiento de las formas de gestión de servicios indirecta actualizando su régimen jurídico, publicidad, y recurso especial en materia de contratación, introduce una serie de medidas que solo se justifican para la garantía del servicio público. Creo que la solución del legislador es rebuscada pues aunque intenta, no puede salvar una obviedad determinada por el carácter de servicio público de los supuestos que recoge este precepto y, para ello, justifica acondicionar un régimen específico para estos contratos. Incluso es muy evidente el rodeo que se tiene que hacer para “salvar” esta complicada situación al referirse en el PLCSP a los “*contratos de servicios que conllevan prestaciones directas a favor de los ciudadanos*” -se destaca una de las características que es la relación que se establece directamente entre el empresario y el usuario del servicio- pues qué duda cabe que queriendo hacer referencia a aquellos contratos de gestión de servicios públicos en los que no exista riesgo operacional, está ampliando aún más el ámbito de estos contratos de servicios produciendo distorsiones. En efecto, la substitución de *servicios públicos* por servicios que conllevan *prestaciones directas a favor de los ciudadanos* engloba también a servicios no públicos que no corresponden a una obligación derivada de la competencia de la Administración a los que paradójicamente también se les está anudando el régimen jurídico del servicio público (recordemos, inembargabilidad de los bienes, secuestro o intervención del servicios, ejercicio de los poderes de policía por la Administración sobre el mismo y las causas de resolución por rescate, supresión del servicio y secuestro o intervención de este por plazo superior a tres años). Así las cosas, se está trasladando el problema que en el ALCSP se producía en la regulación del contrato de concesión de servicios al contrato de servicios y que precisamente fue objeto de objeciones por una parte de la doctrina y por el Consejo de Estado. Y, respecto a los contratos de servicios públicos, tampoco queda justificada la previsión del apartado f) del artículo 310 del PLCSP

⁶⁵³ El Consejo de Estado en el referido Dictamen 1.116/2015 sostenía respecto a la redacción del artículo 310 del ALCSP: “*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. 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 c) 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.*”

relativa a la prestación de los servicios en las dependencias o instalaciones propias del contratista. De manera que lo que sirve para los servicios para la Administración supone un inconveniente⁶⁵⁴ para los servicios públicos.

Así, de la comparativa entre la redacción del artículo 310 del ALCSP y del PLCSP se comprueba cómo se ha incorporado que en este tipo de contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos, la obligación que antes de proceder a la contratación de un servicio de esta naturaleza deberá haberse establecido el régimen jurídico en el apartado a), que los bienes afectos a estos servicios no podrán ser objeto de embargo en el apartado c), la posibilidad de secuestro o intervención en determinados supuestos en el apartado d), la conservación por parte de la Administración de los poderes de policía en el apartado e) y las causas de resolución de los apartados c), d) y f) del artículo 292 PLCSP.

A través de esta justificación de la Exposición de Motivos se intentan explicar los cambios operados frente a las críticas que desde algunos sectores de la doctrina⁶⁵⁵ se había pronunciado respecto a la ruptura de la regulación tradicional del contrato de gestión de servicios públicos y que había hecho suya el Consejo de Estado en el sentido que no aseguraba un régimen adecuado para garantizar los principios de igualdad, universalidad y continuidad de los servicios públicos o de interés general. En el Dictamen núm. 1.116/2015 de 10 de marzo de 2016, el Consejo de Estado⁶⁵⁶ señaló que:

“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”.

⁶⁵⁴ MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J. L., en “El Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público de noviembre de 2016 y la gestión contractual de servicios públicos...”, *op. cit.*, pág. 10.

⁶⁵⁵ MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J. L., “Modificación de la Ley de Contratos del Sector Público y gestión de servicios públicos locales...”, *op. cit.*

⁶⁵⁶ En el Dictamen núm. 1.116/2015 también destaca 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 afirma que la memoria del análisis de impacto normativo no presta atención suficiente.

En efecto, respecto a la redacción del ALCSP se indicó que la alteración del concepto tradicional del contrato de concesión de servicios públicos suponía ampliar el alcance de los contratos de servicios –incluso se suprimía la lista de actividades del Anexo II que podían constituir este tipo de contratos- y generaba un régimen dual: permanencia del contrato de concesión si hay riesgo operacional y, en caso contrario, contrato de servicios⁶⁵⁷, por lo que afectaba al alcance y ámbito de éste último, pasando a englobar aquellos contratos que si bien de acuerdo con el TRLCSP se calificaban como contratos de gestión de servicios públicos ya sean como concierto, sociedad de economía mixta o gestión interesada, si se constataba que no existía una efectiva transferencia del riesgo operacional. Esta ampliación⁶⁵⁸ del ámbito del contrato de servicios según MARTÍNEZ ALONSO CAMPS⁶⁵⁹ provocaba que al intentar subsumir la gestión de servicio público de un servicio público en un contrato de servicios, nos encontrábamos ante las consecuencias de aplicar un contrato configurado por la legislación española para unas prestaciones de una transcendencia limitada y cuyo destinatario es la propia Administración por lo tanto, muy alejado de la configuración caracterizada por unas prestaciones dirigidas a los usuarios de los servicios públicos del Estado social, amén de otras distorsiones y limitaciones. Se configura, así un sistema dual, que puede conllevar a entender que los servicios públicos solo podrán gestionarse mediante concesión. En estos supuestos, el ALCSP les reconocía potestades de policía⁶⁶⁰ pero afirma⁶⁶¹ se circunscribían al ámbito contractual mientras que se deberán

⁶⁵⁷ Al respecto, cabe hacer notar la gran variedad de supuestos que se incluirán en el nuevo contrato de servicios: contratos que siempre han sido de servicios, los antiguos contratos de asistencia y consultoría y, con la nueva Directiva, los contratos de concesión que no exista riesgo operacional.

⁶⁵⁸ FUERTES LÓPEZ, M., en la obra de constante mención, “Los riesgos del riesgo...”, *op. cit.*, pág. 225, señala la “voracidad” del contrato de servicios que ha absorbido los contratos de consultoría y asistencia en el 2007 y los servicios y de trabajos específicos y concreto no habituales de la Administración en 1999. Por ello en el ALCSP se extiende al ámbito del contrato de servicios, con plazo general de cinco años, pero ampliable en función de las necesidades objetivas de la prestación, y se prevé una regulación más detallada de los servicios con atención directa a ciudadanos, como los sanitarios (artículo 310 del ALCSP).

⁶⁵⁹ MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J. L., en sus alegaciones presentadas y concretadas en su trabajo “Modificación de la Ley de Contratos del Sector Público y gestión de servicios públicos locales...”, *op. cit.*, pág. 10.

⁶⁶⁰ El artículo 310 del ALCSP relativo a las especialidades de los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos disponía que: “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” mientras que en la redacción del PLCSPP establece: “En los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos se deberán cumplir las siguientes prescripciones:...”. Recordemos que en el TRLCSP las potestades de policía han estado siempre vinculadas al contrato de gestión de servicios públicos.

⁶⁶¹ MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J. L., en “Modificación de la Ley de Contratos del Sector Público y gestión de servicios públicos locales...”, *op. cit.*, págs. 22 y ss, entiende que el artículo 310 del ALCSP al hacer referencia a los poderes de policía –pese a que se ha evitado la mención expresa a los servicios públicos- supone la traslación expresa al contrato de servicios de la previsión contenida para las concesiones de obras (art. 246. d TRLCSP). En todo caso, afirma que estas obligaciones se circunscribirán al marco contractual pero nunca tendrán el alcance de las prerrogativas y potestades que reconoce la normativa local ya que el marco contractual tiene unos límites más reducidos que los que establecería la ley y el desarrollo reglamentario. Ello se agrava más en el ámbito local que por ello precisamente se configuró legalmente el contrato de gestión de servicios públicos que traen causa de la

excluir dichas potestades a los supuestos que no sean servicios públicos y reglas propias del servicio público como son la suspensión del contrato y las obligaciones del concesionario.

Entre estas disfunciones⁶⁶², y partiendo que con la nueva Directiva las prerrogativas exorbitantes de la Administración se verían desplazadas por la salvaguarda al principio de competencia y seguridad jurídica, no se entiende, como bien señala HERNÁNDEZ GONZÁLEZ⁶⁶³ haciendo alusión a VILLAR ROJAS⁶⁶⁴, que el ALCSP aplique a los contratos de servicios sanitarios y sociales las prerrogativas y la arquitectura jurídica del contrato de gestión de servicios públicos tradicional (art. 310 ALCSP) y se introduzcan reglas especiales vinculadas a la existencia de costes de inversión iniciales, de manera que incida en la duración del contrato (art. 29.4 ALCSP), y en la fijación del precio (art. 307.2 ALCSP); o incluso, se permite prorrogar el contrato de servicios tras su vencimiento hasta la formalización del nuevo contrato con el fin de garantizar la continuidad de la prestación a realizar por el contratista (art. 29.4 ALCSP).

Como ya se ha tenido oportunidad de analizar en el capítulo segundo del trabajo, en principio, en los contratos de tipo social⁶⁶⁵, sanitario o asistencial que se prestan a los

centralidad que ocupan en el Estado social que la Constitución española de 1978 (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978) consagra (artículos 1.1 y 9.2) y en tanto que garantizan la prestación de esos servicios a la ciudadanía.

⁶⁶² En el Dictamen del Consejo de Estado núm. 1.116/2015 se afirma que: “*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*”.

⁶⁶³ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L., “La controvertida supresión del contrato de gestión de servicios públicos...”, *op. cit.*, págs. 57 a 58. Igualmente considero necesario hacer referencia al trabajo de MEILÁN GIL, L., “Las prerrogativas de la administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión”, *RAP* núm. 191, 2013, págs. 11 y ss.

⁶⁶⁴ VILLAR ROJAS, F. J., “La resiliencia del contrato de gestión de servicios públicos frente a las normas europeas de contratación pública”, en HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L., (dir.), *El impacto de la crisis en la contratación pública: España, Italia, Francia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, págs. 298.

⁶⁶⁵ El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón ha afirmado que el servicio público de día de salud mental para personas con enfermedad mental no supone por parte del concesionario ningún riesgo, ya que el servicio sanitario difícilmente encaja con la modalidad de tipo concesional y transferencia de riesgos, en tanto puede desvirtuarse una prestación esencial y obligatoria, la Administración sanitaria es la que decide cuando se envía un paciente al centro, se garantiza un reequilibrio financiero sin que exista transferencia del riesgo al existir un pago de cantidad fija mensual (Acuerdo núm. 37/2014). Al igual sucede en el contrato de sesiones de hemodiálisis (Acuerdo núm. 52/2013) y en el contrato del servicio de gestión integral del hogar y centro de día de mayores (Acuerdo núm. 55/2013). Tampoco lo reconoció en el supuesto de un contrato de gestión de un centro de inserción laboral en el que se garantizaba el reequilibrio financiero del contrato sin transferencia del riesgo operacional, sino pago de cantidad fija mensual (Acuerdo núm. 57/2014). El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en la Resolución núm. 60/2014 también se pronunció en un supuesto de centros de día y programas sobre ejecución de medidas y actuaciones para menores en el sentido que negó la calificación de contrato de gestión de servicios públicos porque no había transferencia del riesgo de la explotación al contratista. Los motivos esgrimidos eran que la retribución no consistía en el derecho a explotar el servicio sino que el abono se realizaba mensualmente

administrados, en tanto que éstos no pagan el coste de las prestaciones que reciben o pagan precios que no cubren dicho coste y es la Administración la que abona íntegramente o complementa la retribución del contratista, difícilmente existe transferencia de riesgo operacional, entendido como riesgo de demanda u oferta en el sentido de la Directiva, ya que la demanda está asegurada y es la Administración la que por razones de carácter social, garantiza la continuidad del servicio con independencia del grado de utilización del mismo, cubriendo en todo caso las inversiones y costes del contratista.

Se produce así una zona gris como denomina HERNÁNDEZ GONZÁLEZ⁶⁶⁶ al prever también en estos supuestos el establecimiento previo del régimen jurídico del servicio público, aprobación del estudio de viabilidad, rescate, secuestro o la subrogación del personal incluso se plantea si se puede resolver un contrato de servicios que tenga por objeto un servicio público por demora en el pago, desistimiento del contratista o suspensión del contrato acordado por el órgano de contratación como permite entender el artículo 311 del ALCSP.

En conclusión, persisten distorsiones en el contrato de concesión de servicios del PLCSP expandiéndose ahora también en la regulación del contrato de servicios. Particularmente considero que la opción elegida por el legislador del Proyecto no ha sido la óptima, persistiendo la confusión afectando por ello al régimen jurídico de los servicios públicos, a la prestación y a la continuidad de los servicios públicos.

3.2.4. *Desaparición del contrato de colaboración público-privada*

De lo estudiado anteriormente, y tal y como está redactada la Directiva se desprende que en la correspondiente transposición, no resulta necesario ni conveniente

por certificaciones mensuales equivalentes a la novena parte del precio del contrato una vez se haya informado que el trabajo se ha desarrollado a plena y total satisfacción, con independencia del nivel de demanda. En la Resolución núm. 48/2014 sobre un hospital psiquiátrico de niños y adolescente, negó también la calificación de contrato de gestión de servicios públicos. Y el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía abordó en la Resolución núm. 139/2015 que en un supuesto de servicios sociosanitarios consistente en el transporte sanitario de unos centros, no existía transmisión de riesgos.

⁶⁶⁶ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L., “La controvertida supresión del contrato de gestión de servicios públicos...”, *op. cit.*, págs. 55 a 58.

mantener⁶⁶⁷ la figura introducida con la Ley de Contratos del Sector Público 30/2007⁶⁶⁸ relativa a la CPP⁶⁶⁹ y que actualmente se encuentra regulada en los artículos 11 y 134 a 136 del TRLCSP, ya que *de facto*, toda concesión es una modalidad de CPP.

Desde el punto de vista comunitario, la colaboración público-privada se refiere en general a “*las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio*”⁶⁷⁰.

Si bien el Libro Verde de 2004 sobre la colaboración público-privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones⁶⁷¹, analizaba

⁶⁶⁷ GIMENO FELIÚ, J. M., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública...*, *op. cit.*, págs. 164 a 165.

⁶⁶⁸ La figura de la colaboración público-privada se introdujo con la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público. Al igual que en el resto de países de la Unión Europea, en nuestro país se reprodujeron los esquemas surgidos en el seno de la *Private Finance Initiative* (PFI) británica, fórmulas del tipo DBFO, infraestructuras autofinanciadas y *joint venturees* adaptándolas a las peculiaridades jurídico-administrativas que nuestro ordenamiento contractual público impone al tratamiento del contrato de concesión. Si bien, la LCSP racionalizó el tratamiento de la figura concesional respecto de las infraestructuras pero generó grandes incertidumbres desde el punto de vista del reparto de los riesgos, la libertad de diseño y ejecución por el sector privado sin pautas predeterminadas por la Administración, los procesos de selección del socio privado que atiendan las exigencias del carácter relacional a largo plazo del contrato.

⁶⁶⁹ Son muchos los estudios de dicha figura, destacan: BRUNETE DE LA LLAVE, M. T.; *Los contratos de colaboración público-privada...*, *op. cit.*; IDEM, “Colaboración público-privada...”, *op. cit.*; BERNAL BLAY, M. A.; *El contrato de concesión de obras públicas...*, *op. cit.*, págs. 103 a 125; DORREGO DE CARLOS A. y MARTÍNEZ VAZOSA, F., *La colaboración pública privada en la Ley de contratos del sector público...*, *op. cit.*; HERNANDO RYDINGS, M., *La colaboración público privada...*, *op. cit.*; PALOMAR OLMEDA, A., *Colaboración público privada: análisis avanzado...*, *op. cit.*; GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., “El contrato de colaboración público-privado...”, *op. cit.*; CHINCHILLA MARÍN, C., “El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado...”, *op. cit.*; ARIMANY LAMOGLIA, E., “La colaboración público-privada en la provisión de infraestructuras...”, *op. cit.*; CARLÓN RUIZ, M., “El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado...”, *op. cit.*; y el monográfico de la *Revista Presupuesto y Gasto Público* (núm. 45, 2006) dedicado a la Colaboración Público-Privada para la realización de infraestructuras públicas o prestación de servicios. En especial, a efectos de entender el cambio normativo efectuado por LCSP puede verse el estudio de VALDIVIESO SAÑAS, A., “El marco legal de la colaboración público-privada en el proyecto...”, *op. cit.*; MÍGUEZ MACHO, L., “Fórmulas de colaboración público-privada contractual...”, *op. cit.*; VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., “Colaboración público-privada, estabilidad presupuestaria...”, *op. cit.*; MARTÍNEZ VILA, J., “La colaboración público-privada en infraestructuras como fórmula...”, *op. cit.*; COLÓN DE CARBAJAL FIBLA, B., “Presente y futuro de la colaboración público-privada...”, *op. cit.*, “El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado...”, *op. cit.*; GONZÁLEZ-VARAS, S., “Nuevos desarrollos de la idea de colaboración privada...”, *op. cit.*; GARCÍA DE BUSTOS, F., “Asignación de riesgos en la colaboración público-privada...”, *op. cit.*; FERNÁNDEZ LLERA, R., “Colaboración público-privada como elusión de la estabilidad presupuestaria...”, *op. cit.*; RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., “Los sistemas de colaboración público-privada...”, *op. cit.*; FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M. A., “El necesario cambio de configuración del contrato de colaboración entre el sector público...”, *op. cit.*

⁶⁷⁰ El Comité Económico y Social de la Unión Europea se mostró igualmente partidario de estas fórmulas en tanto favorecen la optimización de la ecuación coste-beneficio de la actuación del sector público. Los motivos que justifican esta opción son tanto la dificultad de utilizar los contratos clásicos para afrontar las actuales necesidades de infraestructuras y servicios demandados por la sociedad en ciertos estándares de calidad, como, obviamente, su tratamiento en el marco de la contabilidad pública. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “El papel del BEI en el ámbito de la colaboración público-privada (CPP) y el impacto en la problemática del crecimiento”, (2005/C 234/12), *DOUE* de 29 de mayo de 2005.

⁶⁷¹ Ello no obstante, no existe en el ordenamiento jurídico comunitario una definición precisa y clara del contrato de CPP que vincule a los Estados miembros en cuanto a su regulación, ni consenso en cuanto a su verdadera

esta forma de cooperación lo cierto es que no imponía a los Estados miembros una regulación en torno al CPP mientras que la nueva Directiva de concesiones refuerza la figura de la concesión propia de los ordenamientos francés y español a expensas de la figura de la colaboración público-privada que provenía del ordenamiento anglosajón. Es muy sugerente el hecho que el nuevo paquete de Directivas no prevea esta modalidad contractual de la colaboración público-privada y dedique una Directiva para las concesiones e introduzca la asociación innovadora⁶⁷² (artículo 31 de la Directiva 2014/24/UE) y deje libertad a los Estados miembros para elegir unos procedimientos de adjudicación de las concesiones más flexibles, que reflejen las tradiciones jurídicas nacionales y permitan que el proceso de adjudicación se organice de la forma más eficiente posible.

Desde el punto de vista de nuestro ordenamiento interno, en el fondo, el contrato de colaboración público privado siempre ha estado ahí, como afirma COLÓN DE CARVAJAL⁶⁷³ ya que la tradición concesional en nuestro ordenamiento jurídico está tan arraigada y es tan exitosa que no le ha hecho falta competir con el CPP, y porque el Derecho continental, a diferencia del *Common Law*, no tiene el sustrato necesario en términos conceptuales ni psicológicos para soportar esta figura. Al respecto, FUERTES LÓPEZ⁶⁷⁴ lamenta que el Derecho comunitario avance escorado por la influencia de algunos ordenamientos y desatención de otros y expone el caso de los CPP que se introdujo cuando llevamos décadas con una sistemática de las modalidades de gestión de servicios públicos.

denominación, debido a la disparidad de fórmulas asociativas utilizadas por los diferentes países, por lo que el desarrollo de esta figura se ha hecho sin contar con un soporte normativo unánime, unificador y armonizado.

⁶⁷² El artículo 31 de la Directiva 2014/24/UE, permite a los poderes adjudicadores establecer una asociación para la innovación a largo plazo con vistas al desarrollo y la ulterior adquisición de nuevos productos, servicios u obras innovadoras, siempre que estos se ajusten a un nivel acordado de prestaciones y de costes, sin necesidad de recurrir a un procedimiento de contratación independiente para la adquisición.

⁶⁷³ COLÓN DE CARBAJAL FIBLA, B., “El contrato de colaboración público-privada en el ordenamiento jurídico español: crónica de una muerte anunciada”, en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos de 2013*, GIMENO FELIU, J. M. (dir.), BERNAL BLAY, M. A., (coord.), Civitas, Cizur Menor, 2014, págs. 489 a 524. A favor de esta eliminación de contrato CPP del artículo 11 TRLCSP se puede ver la opinión de MAGIDE HERRERO, M., “Marco legal de la colaboración público-privada; algunas referencias particulares al ámbito de la defensa”, en libro colectivo *El futuro de la colaboración del sector privado con el sector público*, ed. AESMIDE/Fundación Areces, Madrid, 2012, págs. 68 a 69, quien sostiene que son muchas las variables y complejidades de este tipo contractual “específicamente español” y, quizá, por ello convenga su eliminación para uniformizar las categorías y conceptos en un marco normativo europeo. Máxime, como indica HERNANDO RYDINGS, M., en contratos de estas características, que aconsejan la mayor certeza del entramado jurídico y económico. *La colaboración público privada...*, *op. cit.*, págs. 534 a 541.

⁶⁷⁴ FUERTES LÓPEZ, M., en “Los riesgos el riesgo...”, *op. cit.*, pág. 239.

La experiencia también demuestra la conveniencia de la desaparición de esta técnica contractual, que no ha resultado tan exitosa como se entendió desde el inicio y ha resultado ser de poco interés⁶⁷⁵, de carácter complejo y que nació ya desnaturalizada con una regulación imprecisa –en especial, la asignación de los riesgos en orden a la consecución de un coste eficiente- y desproporcionada y que su régimen jurídico se remitía las reglas generales de los contratos (artículo 313 del TRLCSP).

Es importante destacar las razones expuestas por el PLCSF en el apartado IV de la Exposición de Motivos para eliminar el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado: “...como consecuencia de la escasa utilidad de esta figura en la práctica. La experiencia ha demostrado que el objeto de este contrato se puede realizar a través de otras modalidades contractuales, como es, fundamentalmente, el contrato de concesión”.

No obstante lo anterior, se debe advertir que, en todo caso, la mera configuración como CPP de cualquier contrato no implica la no consolidación de déficit sino que para ello, necesariamente, debe estarse a las normas SEC 2010⁶⁷⁶ como sostengo reiteradamente en el trabajo. En efecto, los CPP se basan en un cambio en la prestación característica, que pasa de ser una operación de adquisición o renovación de bienes -como sucede con el contrato de obra- para convertirse en operaciones de gasto corriente, vinculadas a servicios que recibe la Administración contratante de un determinado activo construido con tal objeto por el contratista. Esta alteración de la naturaleza del contrato es lo que ha motivado un incremento en la dificultad de entendimiento de los mismos.

⁶⁷⁵ Es significativo que incluso durante el período de existencia del CPP el contrato de concesión se haya utilizado más por parte de las Administraciones Públicas.

⁶⁷⁶ Hay que evitar, en palabras de GONZÁLEZ GARCÍA, J., en *Financiación de infraestructuras públicas...*, *op. cit.*, pág. 27, “la huida de la consolidación contable”, que tan perniciosas consecuencias prácticas ha tenido en nuestro país. Especialmente ilustrativo para analizar este aspecto es el trabajo de MARTÍNEZ MANZANEDO R., “La contabilidad de la colaboración público-privada...”, *op. cit.*, pág. 196, como bien destaca, la aplicación práctica de la metodología europea requiere un análisis individualizado de cada contrato previo a su inicio para clasificar los distintos activos. Ello exige un detallado análisis de pliegos de condiciones y de prescripciones técnicas para delimitar la aplicación del SEC, con estudios específicos sobre la incidencia de las decisiones fijadas sobre beneficios de los socios, así como estudios de demanda y los que valoren la transferencia de riesgos. A favor de esta eliminación de contrato CPP del artículo 11 TRLCSP se puede ver la opinión de MAGIDE HERRERO, M., “Marco legal de la colaboración público-privada...”, *op. cit.*, pág. 68 a 69. Ciertamente, como bien ha sistematizado, en un análisis exhaustivo, son muchas las variables y complejidades de este tipo contractual “específicamente español” y, quizá, por ello convenga su eliminación para uniformizar las categorías y conceptos en un marco normativo europeo. Máxime, como indica HERNANDO RYDINGS, M., en contratos de estas características, que aconsejan la mayor certeza del entramado jurídico y económico. *La colaboración público privada...*, *op. cit.* Sobre la incidencia del nuevo sistema de cómputo de déficit en SEC 2010 puede consultarse el trabajo de MACHO PÉREZ A.B. y MARCO PEÑAS E., “El impacto de las colaboraciones público-privadas...”, *op. cit.*

El principio central es que los activos pueden ser considerados como activos privados tan solo en el caso en que haya una fuerte evidencia de que el socio privado asume la mayor parte de los riesgos asociados al activo en el ámbito del contrato de CPP. Como afirma RUIZ OJEDA⁶⁷⁷, “*y según una explicación muy simple pero no por eso menos verdadera, se establece el principio de que el activo es de quien sustancialmente asume los riesgos a él asociados. Por tanto, el análisis de la asignación de riesgos entre el gobierno y el socio privado deviene el elemento medular del sistema*”.

Por todo ello, a la vista de las dificultades que supone canalizar la utilización del CPP y de la especial precaución vía encubrimiento contable, debemos decir que ésta ha sido una opción verdaderamente arriesgada no exenta de dificultades técnicas.

En definitiva, la escasa flexibilidad del derecho administrativo español, la crisis económica, la regulación imprecisa y desproporcionada del contrato de CPP, la aprobación de la nueva Directiva de concesiones que refuerza y consolida la concesión dotándole de gran protagonismo, así como la introducción del nuevo procedimiento de asociación para la innovación, son los factores que han acabado de hundir el contrato de CPP, convirtiéndose más que en una modalidad contractual en una nueva forma de entender las relaciones entre la Administración y el sector privado.

3.2.5. Afectación al contrato de gestión de servicios públicos

El ALCSP de abril de 2015 eliminaba el contrato de gestión de servicios públicos salvo el contrato de concesión, sin embargo, el PLCSP una vez que anuncia en el apartado IV de la Exposición de Motivos que en el ámbito de las concesiones desaparece el contrato de gestión de servicios públicos, salvo la concesión, a continuación, especifica que es sin perjuicio de la posibilidad de que se adjudicase

⁶⁷⁷ RUIZ OJEDA, A., *La concesión de obra pública...*, *op. cit.*; “Últimas orientaciones en la Colaboración Público-Privada. (Apuntes desde la perspectiva de las normas contables para el cálculo del endeudamiento y el déficit público), 2012, *Noticias de la Unión Europea* núm. 325, págs. 119 a 129.

directamente a una sociedad de economía mixta⁶⁷⁸ un contrato de concesión de obras o concesión de servicios en los términos recogidos en la Disposición Adicional vigésima tercera, siguiendo el criterio recogido por el Tribunal en la Sentencia 196/08 en el caso *Acoset* 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. Además se observa que la Disposición Adicional vigésima del PLCSP mantiene como concesiones de servicios determinados conciertos.

De esta manera se refleja que el legislador del Proyecto optó por la segunda de las opciones apuntadas por el Consejo de Estado en el Dictamen núm. 1.1165/2016 en cuanto ha mantenido la tipificación contractual del ALCSP basada en la diferenciación entre el contrato de servicios y el contrato de concesión de servicios, pero extendiendo para cada uno de ellos una regulación de sus *efectos, extinción y cumplimientos*, si bien como he tenido ocasión de exponer, se producen de nuevo disfunciones en nuestro ordenamiento.

Desde el punto de vista interno, particularmente no me parece correcta la afirmación de la Exposición de Motivos sobre que “*en el ámbito de las concesiones desaparece la figura del contrato de gestión de servicios públicos 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*” quizá sea válida a los ojos del legislador comunitario pero es, cuanto menos, incoherente desde el punto de vista de nuestro ordenamiento interno⁶⁷⁹. En todo caso, a lo sumo, debería haber anunciado “*desaparece el contrato de gestión de servicios públicos subsistiendo el contrato de concesión*” pues lo cierto es que el contrato de concesión de servicios siempre se ha configurado en nuestro ordenamiento interno como una modalidad de gestión indirecta de prestación de servicio público desde la primera Ley de contratos de 1965.

⁶⁷⁸ La primera redacción del Anteproyecto de abril de 2015 era más contundente al indicar que solo pervivía el contrato de concesión, mientras que el de octubre de 2015 reula y también reconoce que va a subsistir el contrato de sociedad de economía mixta en este sentido y determinados contratos de gestión.

⁶⁷⁹ Pues como apuntaba BERNAL BLAY, M. A., en *El contrato de concesión de obras públicas...*, *op. cit.*, pág. 93, si bien las cuatro figuras del contrato de gestión de servicios públicos presentan unos rasgos diferenciadores señalados en el propio artículo 253 de la LCSP, impiden a su juicio reconducir a todos ellos a la concesión de servicios regulada en la Directiva 2004/18/CE.

Sobre la desaparición de las otras formas de gestión indirecta de servicios públicos ya de alguna Sentencia del Tribunal relativa a los conciertos –Sentencia de 27 de octubre de 2005, *INSALUD*, (C-158/03) y Sentencia *Contse* y otros de 27 de octubre de 2015, (C-234/03)- se podían presagiar problemas de encaje entre la configuración interna y la comunitaria pero a mi entender no con la suficiente contundencia como para provocar el desenlace final anunciado en el apartado IV de la Exposición de Motivos del PLCSP de la eliminación del contrato de gestión de servicios públicos. Igualmente cabe destacar que parte de la doctrina como GIMENO FELIÚ⁶⁸⁰ y BERNAL BLAY⁶⁸¹ y alguna junta consultiva de contratación⁶⁸² se habían decantado por la eliminación del contrato de gestión de servicios públicos a la luz de la nueva Directiva.

La definición del contrato de gestión de servicios públicos se contiene en el artículo 8 del TRLCSP como: “*aquel por 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 jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración o Mutua encomendante*”. Y, en el artículo 277 del TRLCSP se detallan las cuatro modalidades de gestión indirecta de servicios públicos. Desde el punto de vista estrictamente técnico, MÍGUEZ MACHO⁶⁸³ destaca que las cuatro figuras del contrato de gestión de servicios públicos no responden a criterios homogéneos, mientras que MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS⁶⁸⁴ defiende la permanencia del contrato de gestión de servicios públicos al entender que no quedan afectadas por la jurisprudencia comunitaria además de tratarse de figuras complementarias e idóneas para dar respuesta a las necesidades del mundo local y permitir asegurar la correcta prestación del servicio público.

En efecto, bien es verdad que las cuatro modalidades del contrato de gestión de servicios públicos definidas en el artículo 277 del TRLCSP no responden a criterios

⁶⁸⁰ GIMENO FELIÚ, J. M., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública...*, *op. cit.*, pág. 157.

⁶⁸¹ BERNAL BLAY, M. A., *El contrato de concesión de obras públicas...*, *op. cit.*, págs. 93 y ss.

⁶⁸² En concreto, los informes ya citados de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de la Comunidad Autónoma de Aragón núm. 16/2016 que sigue la misma tesis recogida por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares Informe núm. 2/2012.

⁶⁸³ MÍGUEZ MACHO, L., “La distinción entre las concesiones de servicios...”, *op. cit.*, pág. 406 y en “Las formas de colaboración público-privada...”, *op. cit.*, págs. 174 y ss.

⁶⁸⁴ MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J. L., en trabajo “Modificación de la Ley de Contratos del Sector Público y gestión de servicios públicos locales...”, *op. cit.*, pág. 33 y en “El Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público de noviembre de 2016 y la gestión contractual de servicios públicos...”, *op. cit.*, pág. 14.

homogéneos pues en la concesión y en la gestión interesada se definen en función del régimen de reparto de riesgos entre la Administración y el contratista, mientras que el concierto se caracteriza por el hecho de que el contratista “*venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate*” y la sociedad de economía mixta, como tendré ocasión de exponer, no es propiamente una modalidad contractual, sino un tipo de persona jurídica, que puede emplearse para ejecutar contratos de gestión de servicios públicos u otro tipo de contratos públicos (en el PLCSP contratos de concesión de obras y contratos de concesión de servicios). Pero todas estas figuras comparten precisamente la nota de gestión de los servicios públicos de manera indirecta competencia de la Administración.

Dicho lo anterior, resulta obligado hacer un breve estudio y análisis de las figuras que integran el contrato de gestión de servicios públicos, en concreto: la sociedad de economía mixta, la gestión interesada y el concierto, mientras que el contrato de concesión, como ya se ha analizado, va a pervivir en tanto reúna los requisitos y particularidades de la Directiva.

3.2.5.1. Sociedad de economía mixta

En primer lugar, respecto a la sociedad de economía mixta hay que indicar que, en puridad, no se trata de una modalidad contractual sino de una fórmula institucionalizada de colaboración público-privada institucional⁶⁸⁵.

Esta figura permite obtener financiación privada para realizar inversiones que resultan necesarias o convenientes para el inicial establecimiento y puesta en marcha del

⁶⁸⁵ HERNANDO RYDINGS, M., *La colaboración público privada...*, *op. cit.*, págs. 123 y ss; NOGUERA DE LA MUELA, B. “La colaboración Público-Privada en las obras hidráulicas...”, *op. cit.*, págs. 223 a 252, *IDEM*, “Las sociedades de economía mixta como técnica institucional de colaboración público-privada en el Texto refundido de la Ley de contratos del Sector Público”, www.obcp.es de 9 de abril de 2012; BLANQUER CRIADO, D., *La concesión de servicio público...*, *op. cit.*, págs. 444 a 507; GÁLLEGO CÓRCOLES, I., “La gestión de servicios públicos mediante sociedades de economía mixta en la jurisprudencia europea (I)”, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, núm. 105, 2011, págs. 66 a 73, *IDEM*, “La gestión de servicios públicos mediante sociedades de economía mixta en la jurisprudencia europea (y II)”, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, núm. 106, 2011, págs. 60 a 66, *IDEM*, “La gestión de servicios públicos mediante sociedades de economía mixta”, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, núm. 107, 2011, págs. 48 a 56; SANTIAGO IGLESIAS, D., *Las sociedades de economía mixta como forma de gestión de los servicios públicos locales*, Iustel, Madrid, 2010.

servicio, o la posterior continuidad de la prestación; aprovecharse de la eficiencia gestora del sector privado en la explotación de actividades económicas y mantener un importante control sobre el desarrollo del servicio público y, en su caso, participar en las ganancias o beneficios económicos que resulten de la explotación mercantil del servicio público. Todo ello sin incrementar el endeudamiento público, pues la actividad de las empresas de economía mixta queda al margen de los presupuestos públicos. La Administración participa en la génesis de la personalidad gestora⁶⁸⁶ implicándose además, directamente, tanto en los riesgos de la empresa como en la actividad de gestión propiamente dicha⁶⁸⁷, de manera que la Administración interviene como socio⁶⁸⁸. Como quiera que en principio resulte difícil que exista una transferencia del riesgo operacional al socio privado, ello ha supuesto cuestionar la pervivencia de esta forma de colaboración dentro del contrato de concesión⁶⁸⁹.

Actualmente, esta figura⁶⁹⁰ es utilizada para la gestión de determinadas prestaciones como los servicios del ciclo integral del agua, tratamiento de residuos y limpieza viaria, alcantarillado, saneamiento y depuración de aguas residuales, abastecimiento domiciliario de agua potable, mercados, aparcamiento público, servicios de cementerios y funerarios o para la explotación del mercado municipal o lonja central mayorista de productos alimenticios.

La gestión mediante sociedad de economía mixta se divide en dos fases: la selección⁶⁹¹ del socio privado para la construcción de la propia sociedad de economía

⁶⁸⁶ PRIETO GONZÁLEZ, L.F., *Las empresas mixtas locales*, Ed. Montecorvo, Madrid 1996, págs. 187 y 188.

⁶⁸⁷ ALBI, F., *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Editorial Aguilar, Madrid, 1960.

⁶⁸⁸ RUIZ OJEDA, A., en “Realidad y régimen jurídico-financiero de la provisión de obras y dotaciones públicas mediante empresa mixta en el ámbito local: la reversión de activos y la remuneración del socio privado”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autónoma* núm. 278, septiembre-diciembre 1988, pág. 105, afirma que la sociedad de economía mixta: “...cuenta con los derechos políticos inherentes a esa condición, que pueden verse reforzados estatutariamente mediante poderes tipo “golden share” o acción de oro, al tiempo que pueden intervenir e incluso dominar los órganos de gobierno de la Sociedad, todo ello conviviendo cumulativamente con las potestades que legalmente le corresponden en cuanto Administración”.

⁶⁸⁹ En la mencionada Sentencia de 10 de noviembre de 2005, *Comisión vs República de Austria*, (As. C-29/04), el Tribunal consideró como contrato de servicios la gestión de la eliminación de residuos por una sociedad de economía mixta en la que participaba el ayuntamiento que era que pagaba la prestación atendiendo a una cantidad fija por cubo de basura o contenedor.

⁶⁹⁰ Se trata de una fórmula organizativa que permite a la Administración colaborar con el sector privado pero ostentando el control efectivo de la compañía que realiza la prestación del servicio –si la participación es mayoritaria en el capital de la sociedad de economía mixta- o una influencia significativa– cuando la participación pública en el capital es minoritaria.

⁶⁹¹ El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales entiende que la selección del socio privado tiene un carácter meramente instrumental (Resoluciones núm. 299/2014, de 11 de abril; 492/2014, de 27 de junio y 690/2014, de 23 de septiembre). Además afirma que las obligaciones que se establezcan a cargo del socio privado seleccionado

mixta (compra o venta de acciones) y la adjudicación a esta sociedad de la prestación. De las dos opciones posibles: mediante una doble adjudicación⁶⁹² o una única adjudicación -selección del socio privado para formar la entidad mixta y además la adjudicación del contrato a esa entidad participada por socio privado y público- la elección del adjudicatario se convierte en un método para concretar el socio privado, que asume el contrato de concesión y debe hacerse mediante un procedimiento con adecuada transparencia y concurrencia competitiva⁶⁹³ pues lo contrario podría suponer una discriminación indirecta.

Ello exige que se deba incluir en el momento en que se anuncia la licitación del contrato o concesión, la descripción de las pretensiones que hayan de ser objeto de encargo a la sociedad de economía mixta, así como también las condiciones de selección del socio privado (Sentencia 7 de diciembre de 2000, *Teleaustria*, As. C-324/98). Esta segunda opción, la licitación única, es por la que apuestan decididamente tanto el Parlamento Europeo como la Comisión como el propio Tribunal y precisamente en este sentido se recoge en la Disposición Adicional vigésimo tercera del PLCSP.

La Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI)-2008/C 91/02, de 5 de febrero de 2008 advertía que *“el hecho de que una entidad privada y una entidad adjudicadora cooperen en el marco de una entidad de capital mixto no puede justificar que la autoridad contratante no cumpla las disposiciones sobre contratos públicos y concesiones en la adjudicación de contratos públicos o concesiones a esa entidad privada o a la entidad de capital mixto”*.

Es importante destacar también que el punto 2.3.4 de la Comunicación hace referencia a los criterios de selección y adjudicación admitidos y a los requisitos de transparencia para dichos criterios, en el sentido que el Derecho comunitario obliga a la

operaran al margen del contrato adjudicado, correspondiendo a la fase previa de selección del mismo y de constitución de la sociedad de economía mixta, que luego quedará convertida en contratista de la Administración.

⁶⁹² De acuerdo con el fundamento jurídico 61 de la Sentencia *Acoset*, el doble procedimiento tendría un carácter disuasorio a las entidades privadas y a las autoridades públicas de establecer colaboración público-privadas institucionalizadas a causa de la dilación de dichos procedimientos y de la incertidumbre jurídica que existiría en cuanto a la adjudicación de la concesión al socio privado previamente seleccionado.

⁶⁹³ El propio artículo 103.1 CE advierte que la Administración sirve con objetividad a los intereses generales.

entidad adjudicadora a publicar los criterios de selección y adjudicación para la determinación del socio privado de la CPPI, capacidades personales del socio privado, como son la situación personal del candidato, su capacidad económica y financiera, su habilitación para ejercer la actividad profesional en cuestión y su capacidad técnica y/o profesional.

Igualmente, el punto 2.3.5 relativo a los elementos específicos de los estatutos, del pacto entre accionistas y del contrato público o la concesión, recuerda que, de conformidad con los principios de igualdad de trato y no discriminación, se debe procurar una publicidad⁶⁹⁴ adecuada que permita la apertura del mercado a la competencia⁶⁹⁵ y que la creación de una CPPI obliga que la entidad adjudicadora incluya en el anuncio de licitación, o en el pliego de condiciones, la información fundamental. Y especifica que ha de hacer referencia a los siguientes documentos: el contrato público y/o la concesión que se ha de adjudicar a la entidad de capital mixto que habría de crearse y los estatutos de dicha entidad, el pacto entre accionistas y todos los demás elementos por los que se rige, por un lado, la relación contractual entre la entidad adjudicadora y el socio privado y, por otro, la relación entre la entidad adjudicadora y la entidad de capital mixto que debe crearse, así como información sobre la duración prevista del contrato público que la entidad de capital mixto ha de ejecutar o de la concesión que ha de explotar. Ya que estos elementos se pueden determinar durante el diálogo o la negociación con las empresas candidatas.

En definitiva, es necesario que el socio privado se seleccione mediante un procedimiento de licitación pública, tras la verificación de los requisitos financieros, técnicos, operativos y de gestión, así como de las características de su oferta, en cuanto al servicio que ha de ejecutarse: que el socio privado asuma, como industrial, la ejecución del servicio y de las obras y que esa licitación sea conforme al principio de la libre competencia y respete la transparencia y la igualdad de trato exigidas por el derecho comunitario para las concesiones y, en su caso, las reglas de publicidad y de

⁶⁹⁴ La exigencia de publicidad se deriva de los artículos 35, 36 y 58 de la Directiva 2004/18/CE para las concesiones de servicios públicos, la jurisprudencia –Sentencias de 7 de diciembre de 2000, *Teleaustria* y *Telefonadress* apartados 60 a 62; y 21 de julio de 2005, *Coname*, apartados 16 a 19- la ha impuesto como medio para preservar los principios de transparencia de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad (los distintos postores han de disfrutar de idénticas oportunidades, con independencia de su nacionalidad, como mostró la Sentencia del Tribunal de 25 de abril de 1996, *Comisión/Bélgica*, apartados 33 y 54).

⁶⁹⁵ Y alude a las Sentencias del Tribunal *Teleaustria*, (C-324/98) y *Parking Brixen* (C-458/03) ya analizadas.

adjudicación de la contratación pública. Y que estas condiciones de selección estén claramente establecidas en el momento de anunciar la licitación del contrato, sin que puedan comportar discriminación ni constituir un obstáculo injustificado a la libre prestación de servicios o a la libertad de establecimiento, ni implicar obligaciones desproporcionadas en relación con el objetivo que se pretende alcanzar.

En la Sentencia de 15 de octubre de 2009 *Acoset SpA*⁶⁹⁶ contra *Conferenza SpA Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa*, (As. C-196/08), el Tribunal se pronunció sobre la licitación convocada para la selección del socio privado minoritario de una sociedad de economía mixta que fue adjudicataria directa del servicio integrado de aguas en la provincia de Ragusa (Sicilia). En esta Sentencia –siguiendo con las conclusiones del Abogado General- se advierte que el supuesto analizado encaja en la figura del CPPI, declarando que los artículos 43 CE, 49 CE y 86 CE no se oponen a que se adjudique directamente un servicio público que exija la realización previa de ciertas obras –como el que se examina en el litigio principal- a una sociedad de capital mixto, público y privado, especialmente creada para prestar dicho servicio y con este único objeto social, y en la que el socio privado sea seleccionado mediante licitación pública, previa verificación de los requisitos financieros, técnicos, operativos y de gestión relativos al servicio que deba prestarse y de las características de la oferta en cuanto a las prestaciones que deban realizarse, a condición de que dicho procedimiento de licitación respete los principios de libre competencia, de transparencia y de igualdad de trato impuestos por el Tratado en materia de concesiones, de manera que se vota, por el sistema de única licitación. En esta Sentencia, el Tribunal afirma que la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación es contraria al objetivo de competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato mientras que una doble licitación casaría mal con el ahorro de trámites que ha de inspirar las relaciones público-privadas institucionalizadas, en todo caso, seleccionando al socio desde el momento en que se exija a los candidatos que demuestren, no solo su

⁶⁹⁶ En este asunto se debatía si era compatible con el derecho comunitario, en particular, con las obligaciones de transparencia y de libre competencia recogidas en los artículos 43, 49 y 86 del Tratado, un modelo de sociedad de economía mixta, creada únicamente para la prestación de un servicio público de naturaleza industrial y con objeto social exclusivo, que sea adjudicataria directa del servicio de que se trata y en la que el socio privado, de carácter “industrial” y “operativo”, sea seleccionado mediante un procedimiento de licitación pública, previa verificación tanto de los requisitos financieros y técnicos como de los requisitos propiamente operativos y de gestión relativos al servicio que debe proporcionarse y a las prestaciones específicas que han de ejecutarse.

capacidad para convertirse en accionistas, sino ante todo su capacidad técnica⁶⁹⁷ para prestar el servicio y las ventajas económicas y de otro tipo que conlleva su oferta.

El artículo 277 d) del TRLCSP no regula el modo en que se debe articular este modo de gestión indirecta. Es la Disposición Adicional vigésima novena del TRLCSP introducida por la Ley 2/2011, de 4 de enero, de Economía Sostenible⁶⁹⁸, donde se establece que a las sociedades de economía mixta podrán adjudicárseles los contratos y concesiones “*directamente los contratos públicos y concesiones 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 siempre que no se introduzcan las modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado*”, recogándose, por tanto, la licitación única⁶⁹⁹ además de otras cuestiones de especial relevancia, como que las sociedades de economía mixta pueden ser creadas para la ejecución de todo tipo

⁶⁹⁷ Me remito a los fundamentos jurídicos de la Sentencia: “56. *Con arreglo a la jurisprudencia, la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa sería contraria al objetivo de competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato, ya que tal procedimiento otorgaría a la empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja con respecto a sus competidores (Sentencia de 11 de enero de 2005, As. C-26/03, Stadt Halle y RPL Lochau, apartado 51, y Sentencia de 10 de noviembre de 2005, As. C-29/04, Comisión/Austria, apartado 48.58 [...] recurrir a una doble licitación casa mal con el ahorro de trámites que inspira las colaboraciones público-privadas institucionalizadas -como la que se discute en el litigio principal-, cuya creación reúne en el mismo expediente la selección del socio económico privado y la adjudicación de la concesión a la entidad de capital mixto que debe constituirse únicamente a estos efectos [...] 60. En la medida que los criterios de selección del socio privado no se basen únicamente en el capital que aporta, sino también en su capacidad técnica y en las características de su oferta en cuanto a las prestaciones específicas que debe realizar, y en la medida en que se encomiende a dicho socio, como ocurre en el litigio principal, la explotación del servicio de que se trate y, por lo tanto, la gestión del mismo, cabe considerar que la selección del concesionario es un resultado indirecto de la selección del socio privado, decidida al término de un procedimiento respetuoso con los principios del Derecho comunitario, de modo que carecería de justificación un segundo procedimiento de licitación para seleccionar al concesionario [...] 63 Habida cuenta de las consideraciones expuestas, procede responder a la cuestión planteada que los artículos 43 CE (RCL 1999, 1205 ter), 49 CE y 86 CE no se oponen a que se adjudique directamente un servicio público que exija la realización previa de ciertas obras –como el que se examina en el litigio principal- a una sociedad de capital mixto, público y privado, especialmente creada para prestar dicho servicio y con este único objeto social, y en la que el socio privado sea seleccionado mediante licitación pública, previa verificación de los requisitos financieros, técnicos, operativos y de gestión relativos al servicio que deba prestarse y de las características de la oferta en cuanto a las pretensiones que deban realizarse, a condición de que dicho procedimiento de licitación respete los principios de libre competencia, de transparencia y de igualdad de trato impuestos por el Tratado en materia de concesiones”.*

⁶⁹⁸ Esta disposición fue incorporada por la Disposición Final decimosexta, apartado treinta y cuatro de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que introdujo en la Ley de Contratos del Sector Público, una nueva Disposición Adicional, la trigésima quinta, dedicada al régimen de adjudicación de los contratos públicos, en el marco de las fórmulas institucionales de colaboración entre el sector público y el sector privado.

⁶⁹⁹ NOGUERA DE LA MUELA, B., en “La colaboración Público-Privada...”, *op. cit.*, págs. 251 a 252, destaca la referencia a la adjudicación directa recogida en la Disposición Adicional vigésima novena, por cuanto parece referirse al procedimiento negociado, como si pudiera tener cabida en todo caso, siendo todo lo contrario, puesto que solo podrá utilizarse en los supuestos expresamente contemplados para ello, y la referencia al régimen financiero de las colaboraciones público-privadas institucionales, previsto en el punto dos de la Disposición Adicional vigésima novena cuando permite a las sociedades de economía mixta utilizar medios de financiación como emisión de obligaciones, empréstitos o créditos participativos, añadiendo además la posibilidad de recurrir a ampliaciones de capital y a la titulación de derechos de cobro.

de “contratos públicos y concesiones” (esto es, contratos de obras, de suministros, de servicios, de gestión de servicios públicos, de concesión de obras públicas y de colaboración público-privada); no pudiéndose, en principio, ampliar a otros contratos y concesiones distintos a los inicialmente adjudicados.

Al respecto, BERNAL BLAY⁷⁰⁰ advierte que esta regulación tiene un ámbito objetivo muy reducido, que no agota todas las posibilidades que ofrece la colaboración entre el sector público y el sector privado de tipo institucional, con lo cual solo de manera parcial (de nuevo) se aborda la regulación de este fenómeno ya que solo se refiere a la colaboración entre el sector público y el privado en el seno de una sociedad de economía mixta, pero no contempla otras fórmulas institucionales que también podrían servir para vehicular la colaboración entre ambos sectores, como son las fórmulas asociativas sin carácter mercantil, las fundaciones o los consorcios. Por eso, entiende que si bien la Comunicación CPPI se refiere a la “*empresa pública*” para referirse a la entidad institucional encargada de gestionar la colaboración entre el sector público y el sector privado, también recuerda que en otras ocasiones se refiere de manera genérica a “*entidades de capital mixto*” concepto que no queda restringido únicamente a las formas mercantiles.

Expuesta la regulación actual, cabe estudiar cómo se mantiene esta figura en la redacción del PLCSP.

El apartado 4 de la Exposición de Motivos del PLCSP reconoce la posibilidad de adjudicar directamente concesiones de obras y concesiones de servicios siempre que se siga con el criterio de la Comunicación sobre las CPPI y la Sentencia *Acoset* antes analizadas y la Disposición Adicional vigésima tercera del PLCSP sigue la redacción del TRLCSP si bien introduce importantes cambios.

En primer lugar, el título de esta disposición ya delimita el ámbito de actuación: “*Adjudicación de contratos de concesión de obras y de concesión de servicios a sociedades de economía mixta*”, de conformidad con el sentido del apartado 4 de la Exposición de Motivos, de manera que aclara que las concesiones de obras y de

⁷⁰⁰ BERNAL BLAY, M. A., en “La colaboración entre el sector público y el sector privado”, *Comentarios a la ley de economía sostenible*, BELLO PAREDES, S. A. (coord.), La Ley, 2011, Madrid, pág. 181 a 194.

servicios podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta, por lo que se acota el ámbito de aplicación de esta forma de gestión indirecta no a todo tipo de contratos -como hace referencia el actual TRLCSP. Y dicha disposición añade en el párrafo 2, sin perjuicio que, en el supuesto que la sociedad de economía mixta pretenda acceder como concesionaria a otros contratos distintos⁷⁰¹ se deberá acudir al correspondiente procedimiento de licitación de conformidad con lo establecido en esta ley⁷⁰². La doble matización de este precepto es importante porque solo justifica la adjudicación directa a una sociedad de economía mixta en contratos de concesión y si la sociedad de economía mixta quiere acceder como concesionaria de otros contratos será mediante un procedimiento y no directamente.

En segundo lugar, se matiza que el capital de la sociedad de economía mixta ha de ser mayoritariamente⁷⁰³ capital público y, lógicamente, se elimina la referencia a los contratos de colaboración público-privada con la desaparición de esta figura como ya se ha analizado en el punto 3.2.4 de esta parte del trabajo.

En tercer lugar y siguiendo con la Comunicación de CPPI, somete la modificación⁷⁰⁴ de los contratos de concesión de obras o de concesión de servicios que se adjudiquen directamente según lo señalado a la regulación de la modificación de los contratos establecida en la Subsección 4ª de la Sección 3ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo, fuera de esos casos, no se podrá modificar.

De lo expuesto, encuentro muy positivo que finalmente se haya optado por la permanencia de esta figura de gestión indirecta en el PLCSP. También cabe aplaudir las novedades que introduce: delimita la creación a las concesiones como no podía ser de

⁷⁰¹ El Tribunal en la Sentencia *Acoset* recuerda en el apartado 62 señala que una sociedad de capital mixto, público y privado debe conservar el mismo objeto social todo el tiempo que dure la concesión.

⁷⁰² Este sentido ya lo apuntó la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en el Informe núm. 1/2012 con ocasión del análisis de la Disposición Adicional vigésimo novena del TRLCSP.

⁷⁰³ La Disposición Adicional vigésimo novena del TRLCSP no especifica que el capital público haya de ser superior, simplemente dice que concurra capital público y privado. Con la previsión del PLCSP se recoge mejor la jurisprudencia del Tribunal en la mencionada Sentencia *Acoset* apartado 54 relativo que el socio privado suscribe el 49%.

⁷⁰⁴ La Sentencia *Acoset* también advierte que toda modificación substancial del contrato obligaría a proceder a una licitación, en el mismo sentido que ya apuntaba la Sentencia de 19 de junio de 2008, *Presstext Nachrichtenagentur*, C-454/06, Rec. P. I-4401, apartado 34. En igual sentido dicha Comunicación interpretativa de la Comisión en el punto 2.3.5. al indicar que: “Según la Comisión, el principio de transparencia impone que se indique claramente en la documentación del anuncio de licitación las posibilidades de renovación o modificación del contrato público o de la concesión adjudicada a la entidad de capital mixto, e indicar las posibilidades de adjudicación opcional de nuevas tareas”.

otra manera como forma de CPP; obliga que los otros “contratos” en los que la sociedad de economía mixta pretenda realizar deberán ser objeto del procedimiento correspondiente, y prevé el régimen de las modificaciones. Dicho lo anterior, cabe lamentar⁷⁰⁵ tanto la ubicación utilizada por el legislador: Exposición de Motivos y disposición adicional a una regulación de tal calado, como que no se haya dado un paso más en aras a dar una redacción más completa incluyendo los requisitos que debe precisar la licitación de una sociedad de economía mixta y simplemente se remita a la Sentencia *Acoset* y a la Comunicación CPPI⁷⁰⁶. En todo caso, como dice GIMENO FELIÚ⁷⁰⁷ la validez material de las CPPI se acota por la equidad y por la previsión, de

⁷⁰⁵ NOGUERA DE LA MUELA, B., “La colaboración Público-Privada...”, *op. cit.*, pág. 252 ya lamentó que se haya perdido una ocasión de oro en el TRLCSP para referirse de forma meridiana en el propio articulado a la colaboración público-privada institucional y a las diferentes cuestiones que plantea en relación con las sociedades. De hecho en el Proyecto de Ley de Economía Sostenible (Disposición Final decimosexta, apartado 34), que añadía a la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público la Disposición Adicional trigésimo cuarta, se señalaba que: “*En los pliegos que deban regir el procedimiento de selección del socio privado habrán de recogerse todos los elementos definitorios de la relación entre éste y la entidad adjudicadora, así como los relativos a la relación contractual entre la entidad adjudicadora y la sociedad de capital mixto, y, en particular, el contrato público o la concesión que se ha de adjudicar a la sociedad, así como los estatutos de ésta y los pactos de accionista que, en su caso, deban suscribirse. Igualmente deberán expresarse con claridad y precisión las posibilidades de prórroga o modificación del contrato público o de la concesión adjudicada a la sociedad de economía mixta*”.

⁷⁰⁶ Si bien la Comunicación es susceptible de producir ciertos efectos jurídicos frente a la Comisión, hay que recordar que tiene un carácter jurídico limitado, como bien señala GARDEÑES SANTIAGO, M., “Las comunicaciones interpretativas de la Comisión: concepto y valor normativo”, *Revista de instituciones europeas*, 1992, 19/03, págs. 933 a 950.

⁷⁰⁷ GIMENO FELIÚ, J. M., en *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública...*, *op. cit.*, págs. 161 a 162, afirma que junto con la descripción de las prestaciones que hayan de ser objeto de encargo a la entidad mixta es necesario también que las condiciones de selección estén claramente establecidas en el momento de anunciar la licitación del contrato o de la concesión, sin que deban comportar discriminación ni constituir un obstáculo injustificado a la libre prestación de servicios o a la libertad de establecimiento, ni implicar obligaciones desproporcionadas en relación con el objetivo que se pretende alcanzar. En el marco de una operación de colaboración institucional entre el sector público y el sector privado esta obligación implica, según la Comisión, que la entidad adjudicadora incluya en el anuncio de licitación, o en el pliego de condiciones, la información fundamental sobre los documentos siguientes:

-el contrato público y/o la concesión que se ha de adjudicar a la entidad de capital mixto que habría de crearse.

-los estatutos de dicha entidad, y

-todos los demás elementos por los que haya de regirse, por un lado, la relación contractual entre la entidad adjudicadora y el socio privado y, por otro, la relación contractual entre la entidad adjudicadora y la entidad de capital mixto que debe crearse.

Además, debería informarse a los interesados sobre la duración prevista del contrato público que la entidad de capital mixto ha de ejecutar o de la concesión que ha de explotar, así como de las posibilidades de renovación o de modificación del contrato público o de la concesión adjudicada, indicando las posibilidades de adjudicación opcional de nuevas tareas. La documentación debería indicar de la forma más detallada posible, al menos, el número y las condiciones de aplicación de esas opciones. La determinación *a priori* de todas estas condiciones puede resultar muy complicada, por eso algunos de esos extremos pueden ser concretados durante el procedimiento de adjudicación, cuando se utilice el procedimiento de diálogo competitivo o el negociado, si concurre alguno de los supuestos para ello. Según la Comisión, el principio de transparencia impone que se indique claramente en la documentación del anuncio de licitación las posibilidades de renovación o modificación del contrato público o de la concesión adjudicada a la entidad de capital mixto, y las posibilidades de adjudicación opcional de nuevas tareas. La documentación debería indicar, al menos, el número y las condiciones de aplicación de esas opciones. La información así ofrecida debe ser lo bastante detallada para garantizar una apertura a la competencia equitativa y eficaz. Es deseable que el contrato entre la entidad adjudicadora y el socio privado defina, de entrada, el camino a seguir cuando no se adjudica ninguna tarea adicional a la entidad de capital mixto y/o cuando no se renuevan los contratos públicos que tiene encomendados. Según la Comisión, conviene formular los estatutos de manera que permitan un cambio posterior de socio privado. Como el socio privado no se puede excluir de oficio de un nuevo procedimiento de licitación, la entidad adjudicadora deberá prestar especial atención, en ese caso, a la obligación de transparencia y a la igualdad de trato de todos los licitadores.

forma que todos los licitadores, manifiestos o latentes, tengan acceso a una información adecuada sobre el proyecto del poder adjudicador de crear la entidad de capital mixto para confiarle un contrato público o una concesión.

Si bien, el texto de la disposición marca las bases que se debe seguir para el recurso a las sociedades de economía mixta, hubiera sido más clarificador en aras a garantizar la seguridad jurídica establecer exactamente los requisitos que debe contener el anuncio de la licitación, aspecto que también favorecería sin duda el control y la revisión posterior de la vida y vicisitudes de las sociedades de economía mixta.

3.2.5.2. Gestión interesada

Respecto a esta figura de gestión indirecta de servicios públicos que no se recoge en el PLCSP, cabe destacar que ya el ALCSP optó por su eliminación al afirmar que desaparecía el contrato de gestión de servicios públicos.

Actualmente el contrato de gestión interesada se encuentra regulado⁷⁰⁸ en el apartado b) del artículo 277 del TRLCSP 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*”. A su vez, el artículo 180 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, señala 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 beneficios.

⁷⁰⁸ En el ámbito local, si bien esta figura no se encuentra regulada en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales de 1955, cabe indicar que es objeto de regulación en algunas legislaciones autonómicas, así en los artículos 266 a 269 del Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales de Cataluña, aprobado por el Decreto 179/1995 (ROAS), en el artículo 212 de la Ley 7/1999 de Administración Local de Aragón y artículos 290 a 292 del Reglamento de bienes, actividades y servicios y obras de las entidades locales de Aragón, aprobado por el Decreto 347/2002, 19 de noviembre (RBASOA); artículo 201 de la Ley de la Comunidad Autónoma de Galicia 5/1997, de 22 de julio; artículo 210 de la Ley Foral de Navarra y en el artículo 213 de la Ley de la Administración Local de La Rioja 1/2003.

Desde el punto de vista de la retribución⁷⁰⁹, existe una remuneración mínima que se garantiza al gestor –riesgo económico para 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 (número de usuarios). También es posible prever un canon o participación a satisfacer a la Administración por el concesionario o beneficio mínimo que corresponda a alguna de las partes.

En la gestión interesada, la Administración concedente y el contratista participan en los resultados de la explotación –ganancias o pérdidas- según la proporción que se establezca. Se trata de un modo de colaboración público-privada puramente contractual y no institucional o societario, una especie de cuentas en participación, en la que tanto Administración como el empresario participan en común en los resultados de la explotación en la medida que establezcan pero sin crear una persona jurídica. La Administración aporta la totalidad o la parte más importante de las instalaciones necesarias para el servicio mientras que el gestor se compromete a prestar adecuadamente el servicio.

Desde el punto de vista de la retribución, se modula el margen de riesgo y ventura ya que se orienta a garantizar una rentabilidad mínima al empresario privado. Hay un beneficio mínimo garantizado cuando el acierto de la explotación del empresario responde a los estándares normales de diligencia y acierto; al margen de esa remuneración básica, se estimula al empresario para que incremente su diligencia y optimice la gestión, si quiere maximizar o incrementar el rendimiento mínimo que ya tiene garantizado. Además, la Administración puede participar también en el eventual déficit de la gestión del servicio. Por todo ello, es difícil que exista una transferencia al gestor del riesgo operacional y de ahí, las dudas provocadas en la doctrina⁷¹⁰ en torno a la subsistencia de esta figura a raíz de la Directiva.

⁷⁰⁹ BLANQUER CRIADO, D., *La concesión de servicio público...*, *op. cit.*, págs. 405 a 409.

⁷¹⁰ Así en la Resolución núm. 795/2016, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales analizó la calificación como contrato de gestión interesada de un contrato del servicio público de punto limpio y grupo recuperador, y concluyó que, en realidad, era un contrato de servicios en el que la retribución del contratista la satisface directamente el ayuntamiento independientemente del grado de utilización de los servicios por los usuarios sin que el contratista asuma riesgo alguno en la explotación del servicio, y sin que en los pliegos se hayan pactado las reglas de distribución proporcional de beneficios y cargas derivados de la mencionada explotación.

Este tipo de prestación indirecta de servicios públicos se utiliza para aquellos servicios que por razón legal o decisión administrativa 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, como es la gestión de complejos deportivos, de ocio y culturales, los servicios de transportes de viajeros, entre otros.

3.2.5.3. Concierto

Al igual que sucede con el contrato de gestión interesada, la figura del concierto es la segunda modalidad de gestión indirecta que no se mantiene en el PLCSP, si bien la Disposición Adicional vigésima del PLCSP califica como “contratos de concesión de servicios” los conciertos que tengan por objeto la prestación de servicios de asistencia sanitaria y farmacéutica celebrados por la Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado, la Mutualidad General del Poder Judicial y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas⁷¹¹, aunque no se haga referencia expresa al riesgo operacional.

Actualmente, el concierto⁷¹² está regulado en el artículo 277. c) del TRLCSP como aquella contratación de gestión de servicios públicos que se formalice con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate. Y el artículo 181 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP) indica que: “*la modalidad de concierto se utilizará en aquellos supuestos en los que para el desempeño o mayor eficacia de un*

⁷¹¹ Esta disposición establece: “1. Los conciertos que tengan por objeto la prestación de servicios de asistencia sanitaria y que, para el desarrollo de su acción protectora, celebren la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, la Mutualidad General Judicial y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas con entidades públicas, entidades aseguradoras, sociedades médicas y otras entidades o empresas, cualquiera que sea su importe y modalidad, tendrán la naturaleza de contratos de concesión de servicios regulándose por la normativa especial de cada Mutualidad y, en todo lo no previsto por la misma, por la legislación de contratos del sector público. 2. En todo caso, las referidas entidades darán a conocer su intención de celebrar los mencionados conciertos mediante un anuncio de información previa en el que figurará el contenido recogido en el Anexo III.B. Sección 3 de la presente Ley, que deberá publicarse en su perfil de contratante y en el Diario Oficial de la Unión Europea. Así mismo, les serán de aplicación lo señalado en el artículo 152 y en el Capítulo VI del Título I del Libro Primero de la presente Ley, referidas respectivamente a la publicación del anuncio de formalización y al recurso especial en materia de contratación”.

⁷¹² BLANQUER CRIADO, D., *La concesión de servicio público...*, op. cit., págs. 411 a 444.

servicio público convenga a la Administración contratar la actividad privada de particulares que tenga análogo contenido al del respectivo servicio”.

Desde el punto de vista del riesgo, en el concierto existe un precio cierto que garantiza la remuneración que percibe el prestador del servicio. Así reza el artículo 146 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955: *“El pago de los servicios concertados se fijará en un tanto alzado inalterable, y de carácter conjunto por la totalidad del servicio en un tiempo determinado, o por unidades a precio fijo”*. Y el artículo 90 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (en adelante, LGS) previene en su apartado 4: *“Las Administraciones Públicas dentro del ámbito de sus competencias fijarán los requisitos y las condiciones mínimas, básicas y comunes, aplicables a los conciertos a que se refieren los apartados anteriores. Las condiciones económicas se establecerán en base a módulos de costes efectivos, previamente establecidos y revisables por la Administración”*.

La nota fundamental de esta modalidad de contrato de gestión de servicios públicos es que la Administración contrata con un particular la prestación de un servicio público y siempre que esta persona venga llevando a cabo prestaciones caracterizadoras del servicio. Es un contrato administrativo en el que un particular utiliza sus propias instalaciones para atender a los usuarios, y asume la prestación de un servicio a cambio de recibir de la Administración una remuneración económica por una cuantía fija: a precio alzado o de manera global. El elemento propio de esta figura que la distingue de las demás, es la experiencia o práctica previas del contratista en la ejecución de prestaciones análogas a las que integran el servicio público, lo que permite articular esta modalidad en términos de contención del gasto. Como rasgos característicos del concierto: se trata de actividades económicas abiertas a la iniciativa privada y que no están reservadas al sector público, el aprovechamiento de infraestructuras privadas preexistentes, la relativización de la competencia entre los aspirantes a la celebración del concierto para la prestación de un servicio, el precio cierto del negocio jurídico y la duración breve y limitada del vínculo contractual.

Dadas las singularidades de este contrato, es especialmente idóneo para los servicios gratuitos o de rendimiento económico reducido para la Administración (ya sean de tipo sanitario, asistenciales, social y educativos, que generalmente son servicios

de interés no económico) y también para aquellos contratos en los que la variación de sus prestaciones sean elevadas, ya que el concierto permite fijar el gasto máximo a satisfacer por entidad titular del servicio.

A nivel de la jurisprudencia comunitaria, cabe destacar la Sentencia del Tribunal de 18 de julio de 2007 (C-382/05), *Comisión contra la República de Italia*, en la que el Tribunal afirma que: “30. Puesto que el Gobierno italiano ha insistido, en repetidas ocasiones, en el hecho de que, según la jurisprudencia nacional, cuando los contratos presentan las características de los convenios controvertidos, deben calificarse de concesiones de servicios, debe recordarse, con carácter preliminar, que la definición de un contrato público de servicios en materia de Derecho comunitario y, por ello, la calificación de los convenios controvertidos en Derecho italiano no es pertinente para dilucidar si estos últimos están o no incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva”.

En la Sentencia del Tribunal de 27 de octubre de 2005, *INSALUD* (C-158/03) anteriormente aludida, son calificados como contratos de servicios varios contratos de gestión de servicios públicos convocados por el INSALUD para la prestación de servicios sanitarios de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida. Este asunto se trataba de una convocatoria de licitación por el INSALUD de varios concursos para la prestación de servicios sanitarios de terapias respiratorias en Cáceres y Badajoz. En concreto, los motivos de la impugnación se dirigían contra determinados requisitos de admisión, como la obligación de disponer al menos una oficina abierta al público un mínimo de ocho horas diarias cinco días a la semana en horario de mañana y tarde en cada capital de provincia y contra algunos de los criterios de valoración relativo a la obligación de disponer de al menos dos fábricas de producción de oxígeno propias que estuvieran situadas a menos de 1.000 km de la provincia correspondiente. En esta Sentencia el Tribunal declaró, en primer lugar, que el concierto no es una modalidad de gestión de servicio público que tenga encaje en el concepto concesional y que, en puridad, es un contrato de servicios cubierto por las Directivas porque los usuarios no realizaban pagos al prestador del servicio y por la ausencia de riesgos del prestador del servicio que recibía una remuneración cierta. Al respecto, considero interesante comentar los argumentos del Tribunal, así en el apartado 32 de la Sentencia dice: “En segundo lugar, procede señalar que, a diferencia de lo que

sostiene el Gobierno español, el presente asunto tiene por objeto “contratos públicos de servicios” y no “contratos de gestión de servicios” calificados como concesiones. En efecto, como se ha puesto de manifiesto en la vista, la Administración española sigue siendo responsable de cualquier perjuicio causado por una eventual irregularidad en la prestación del servicio. Esta circunstancia, que implica la inexistencia de transmisión de los riesgos relacionados con la prestación del servicio de que se trata, y el hecho de que sea la Administración sanitaria española quien retribuye el servicio respaldan la citada conclusión”⁷¹³. Y añade: “33. En cualquier caso, la calificación del servicio no es tan importante en el presente asunto, ya que aunque se trate de una concesión de servicio público, las consecuencias que tiene el Derecho comunitario a efectos de la adjudicación de tales concesiones y, más en concreto, de las libertades fundamentales previstas en el Tratado (véase, en concreto, la sentencia de 21 de julio de 2005, Coname, C-231/03, Rec. P. I-0000, apartado 16”.

Esta interpretación ha sido confirmada por la Sentencia del Tribunal de 22 de octubre de 2015 *Grupo Sanitario Quirón, SA y Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco Instituto de Religiosas Siervas de Jesús de la Caridad*, (C-552/13), por la que se condena al Reino de España en relación a servicios sanitarios en Bilbao. Este supuesto, hacía referencia a un procedimiento de licitación convocado por el Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco para la adjudicación de servicios hospitalarios de cirugía, sin comprender los servicios de cirujano, con el fin de atender a los pacientes de terminadas áreas de salud. Los motivos de impugnación se fundamentaban en que la exigencia prevista en los pliegos de exigir disponer de un establecimiento o instalación en una zona determinada resultaba contraria a los principios básicos de la contratación pública: principios de igualdad, libertad de acceso, no discriminación y libre competencia en el acceso al mercado de los contratos públicos. En esta ocasión, el Tribunal advirtió que no se podía invocar consideraciones de índole administrativa por parte de la Administración para justificar restricciones a las libertades fundamentales y, respecto a la calificación del contrato afirmó: “24. En primer lugar, procede señalar que, como se desprende de la documentación remitida al Tribunal de Justicia, los dos contratos núm. 21/2011 y 50/2011 constituyen contratos públicos de servicios, en el sentido del artículo 1, apartado 2, letras a) y d), de la Directiva 2004/18, cuyos

⁷¹³ En el mismo sentido se pronunció la Sentencia ya analizada del Tribunal de la misma fecha 27 de octubre de 2005, *Contse y otros*, (Asunto C-234/03), apartado 22.

importes superan el umbral previsto en el artículo 7 de ésta, y no concesiones de servicios, en el sentido del artículo 1, apartado 4, de esa misma Directiva, en la medida en que la remuneración del adjudicatario está plenamente garantizada por el poder adjudicador, que asume también el riesgo económico”.

De las argumentaciones del Tribunal se infiere que los criterios para calificar dichos convenios como contratos de servicios es el hecho que la Administración sea la responsable de cualquier perjuicio que implica la no transmisión de los riesgos y que la remuneración del adjudicatario esté plenamente garantizada por el poder adjudicador. Al respecto, comparto la tesis de la Sentencia del Tribunal *INSALUD* al afirmar que el concierto no es una modalidad de gestión de servicios público subsumible en el concepto concesional, pero personalmente considero que de ahí no se puede privar de la calificación jurídica que tiene el concierto en nuestro ordenamiento como contrato de gestión indirecta de servicios públicos pues una cosa es que no sea una concesión al no haber riesgo y otra que tenga que ser un contrato de servicio ya que el Derecho comunitario desconoce las formas de gestión indirecta de servicios públicos y nuestra realidad jurídica es mucho más rica que el ordenamiento comunitario. En estos dos supuestos concretos, el Tribunal entiende que es un contrato de servicios –referencia que, en mi opinión, y puede que me equivoque, lo hace por calificarlo de alguna de las maneras posibles según la tipología existente en el ordenamiento comunitario y por descarte- para garantizar la observancia del principio de no discriminación, sin que dichas sentencias resuelvan y aborden específicamente el tema controvertido del encaje de determinados contratos de los Estados miembros que no son concesiones de servicio ni contratos de servicio sino que atienden a otras modalidades propias, como son los convenios previstos dentro del contrato de gestión de servicios públicos.

Tampoco me parece concluyente el argumento de la responsabilidad como ya expuse con ocasión del estudio del alcance del riesgo operacional. Veamos, estos ámbitos sanitario, asistencial y educativo son prestaciones de servicios públicos, una *locatio conductio operarum*, de competencia de la Administración y ello implica que ineludiblemente será la responsable última de cualquier perjuicio causado por una eventual irregularidad del servicio. Precisamente al tratarse de prestaciones que benefician directamente a los ciudadanos considerados de manera individual, esto es “*uti singuli*”, que requieren continuidad y permanencia, es por lo que se ha construido

un régimen jurídico específico para su gestión con singularidades que excepcionan el régimen común de los contratos de servicios⁷¹⁴, siendo difícil que en estos servicios o prestaciones de servicio público exista explotación económica y, por ende, riesgo operacional. De manera que ordenamiento interno y comunitario están configurados sobre dos concepciones y fundamentos distintos que pueden o no converger: el ordenamiento interno vela por los servicios públicos –en los que no siempre existe una explotación económica y en los que se debe garantizar la continuidad, regularidad, igualdad y calidad del servicio- y el comunitario, en los Servicios de Interés Económico General de la Directiva -en los que existe explotación económica y por ello, son susceptibles de transferir el riesgo operacional. Si coinciden no surgirá ningún problema y se trataran de contratos de concesión de servicios si hay transferencia del riesgo al concesionario, pero si no hay transferencia del riesgo y no son contratos de concesión de servicios de acuerdo con la Directiva, no por ello se debería despojar en nuestro ordenamiento jurídico del contrato de gestión indirecta de servicios públicos⁷¹⁵.

Y, respecto al criterio del pago, la propia Directiva de concesiones reconoce que el pago puede provenir incluso de los poderes adjudicadores⁷¹⁶ por lo que tampoco es un criterio concluyente el señalado por el Tribunal. Además, como recuerda FUERTES LÓPEZ, en el Derecho español se ha admitido de manera tradicional que la contrapartida que recibe el concesionario de un servicio público puede manar de otras fuentes distintas de los usuarios. De manera que debe recordarse que concurren razones de política social que justifican este pago por parte de la Administración.

Por último, señalar que la propia Sentencia *INSALUD* una vez ha expuesto los argumentos analizados, afirma que la calificación del servicio no es tan importante en

⁷¹⁴ FUERTES LÓPEZ, M., “Los riesgos del riesgo...”, *op. cit.* pág. 237. Como explicita LAGUNA DE PAZ, J. C., en “Los servicios de interés general en la Unión Europea...”, *op. cit.*, pág. 72 a 73, los servicios sociales no se consideran actividades económicas, por lo que se no sujetan a las normas del mercado interior, ni les resultan de aplicación las libertades de establecimiento y de prestación de servicios, de manera que la definición de su régimen jurídico depende en lo sustancial de los Estados miembros, sin perjuicio del sometimiento a las normas generales del Tratado y, en particular, a l libre circulación de personas, al principio de no discriminación y a las normas sobre contratación pública.

⁷¹⁵ Sobre el régimen de los contratos de gestión de servicios público, me remito al trabajo de SOSA WAGNER, F., *La gestión de los servicios públicos locales...*, *op. cit.*

⁷¹⁶ Recordemos el Considerando 18 de la Directiva afirma que: “*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*”.

aquel asunto, ya que aunque se trate de una concesión de servicio público, las consecuencias que tiene el Derecho comunitario a efectos de la adjudicación de tales concesiones deben analizarse, según la jurisprudencia reiterada, a la luz del Derecho primario y, más en concreto, de las libertades fundamentales previstas en el Tratado. Y, recordó a la Sala que corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar la calificación jurídica a lo que la Audiencia Nacional anuló por Sentencia de 12 de abril de 2006 algunas de las cláusulas pero no cuestionó, en ningún momento, la naturaleza del contrato, de manera que el Tribunal dejó a la jurisdicción interna la determinación de la calificación del contrato. Mientras que también en la Sentencia *Grupo Hospitalario Quirón*, lo que realmente interesaba al Tribunal pues era analizar si la planificación administrativa del servicio sanitario suponía una restricción a las libertades fundamentales más que la calificación jurídica del concierto.

A nivel interno, tampoco es pacífico el criterio del riesgo para calificar el contrato de gestión de servicios públicos en la modalidad de concierto como concesión o como contrato de servicios ya que cabe tildar de oscilante la doctrina de los tribunales y órganos resolutorios de recursos especiales en materia de contratación al calificar la naturaleza jurídica de los conciertos en función de la no existencia del riesgo. Y si estos tribunales y órganos resolutorios han venido recalificando la verdadera naturaleza de los contratos, lo han hecho para comprobar si son, desde la óptica comunitaria, susceptibles de recurso especial además verificar el cumplimiento de la publicidad y de otras particularidades exigidas por el ordenamiento. Así, en alguna resolución reciente sobre transporte sanitario se reconoce que la presencia del riesgo solo sirve para delimitar los contratos de servicios de gestión públicos en la modalidad de concesión pero no los conciertos (Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales núm. 351/2016 y 267/2013) al afirmar que este riesgo “especial”, distinto del común de los contratos públicos, que falla en el concierto o, por lo menos, no es esencial a él. En el mismo sentido, se pronuncia en un supuesto de terapias respiratorias (Resolución núm. 1.111/2015) que finalmente califica jurídicamente el contrato como contrato de servicios no por el criterio del riesgo sino por tratarse de la categoría 25 del Anexo II del TRLCSP relativo al contrato de servicios. Y, en la Resolución núm. 331/2016 en donde analizó un contrato de gestión de servicios públicos relativo a la asistencia sanitaria de odontología y cirugía oral para una mutua y concluyó que se trataba realmente de un concierto atendiendo que se encomienda a particulares que

llevan a cabo de forma privada la actividad sanitaria que constituye el servicio público que se contrata, siendo los adjudicatarios del contrato los responsables de la organización y gestión del servicio, en colaboración con la mutua y bajo su gestión y supervisión sin analizar la existencia del riesgo operacional.

Si bien hay también resoluciones que delimitan los contratos de gestión de servicios públicos en función de la presencia del riesgo propio de las concesiones. Así el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de País Vasco en la Resolución núm. 2/2015 califica un concierto de transporte sanitario como contrato de servicios por no poderse calificar como contrato de concesión de servicios al no concurrir el riesgo. Igualmente el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en la Resolución núm. 139/2015, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León en la Resolución núm. 56/2014 y el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid en la Resolución núm. 185/2015 entendieron que determinados contratos de gestión de servicios públicos en la modalidad de concierto de transporte sanitario **que** la regulación interna califica de conciertos, en la normativa comunitaria se consideran servicios. Y, en determinados contratos de gestión de servicios públicos en la modalidad de conciertos de hemodiálisis, se ha analizado si existe la transferencia del riesgo al contratista para la calificación jurídica del contrato en las Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales núm. 748/2014 y 695/2014, en el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón núm. 52/2013, y en la Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía núm. 180/2014.

Pues bien, así las cosas, de la redacción del PLCSP se desprende que los conciertos podrán configurarse como concesión de servicios o contrato de servicios dependiendo de que exista, o no, transferencia del riesgo operacional. De manera que no existe uniformidad en los conciertos que pasarían a ser contratos de servicios y los de la Disposición Adicional vigésima, concesiones de servicio dependiendo del análisis económico de cada contrato⁷¹⁷.

⁷¹⁷ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L., “La controvertida supresión del contrato de gestión de servicios públicos...”, *op. cit.*, págs. 53 a 54.

Pero es que además, está apareciendo otra categoría de conciertos, los denominados “conciertos sociales”⁷¹⁸ en los que se reconoce la posibilidad de excepcionar del principio de libre competencia contratos en el marco del sistema de la seguridad social a favor de sociedades sin ánimo de lucro⁷¹⁹. Ello es así porque la Directiva⁷²⁰ reconoce 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 contratos de prestaciones directas a ciudadanos en el ámbito sanitario o social, adoptar medidas de licitación más “específicas” que atiendan a las especialidades expuestas⁷²¹.

De acuerdo con lo anterior, la aplicación de la normativa contractual no es la única posibilidad de la que gozan las autoridades competentes para la gestión de servicios a las personas de hecho, como el Tribunal ya las ha admitido en dos

⁷¹⁸ El Tribunal está admitiendo que en el concierto sanitario se puede otorgar mediante adjudicación directa, sin forma alguna de publicidad, a asociaciones de voluntariado, siempre que el marco legal y convencional en el que se desarrolla la actividad deseos organismos contribuya realmente a una finalidad social y a la prosecución de objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria; debiendo asegurar, en su caso, que las actividades comerciales que dichas asociaciones realicen sean marginales en relación con el conjunto de sus actividades y que apoyen la prosecución de la actividad de voluntariado de éstas. En este sentido cabe destacar la Sentencia *Croce Rossa Italiana y otros* de 11 de diciembre de 2014 (C-113/13) y Sentencia de 28 de enero de 2016, *Consortio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio (CASTA) y otros*, (C-50/2014).

⁷¹⁹ Sentencia del Tribunal de 17 de junio de 1997, *Sodemare, SA* (Asunto C-70/95) que admite excepciones al principio de libre competencia en el caso de contratos en el marco del sistema de la seguridad social en favor de entidades sin ánimo de lucro.

⁷²⁰ Como señala el Considerando 6 de la Directiva, igualmente resultan de interés Al respecto me remito a los Considerandos 5, 7, 36 y 53 de la Directiva, en especial cabe destacar éste último que establece: “*Es procedente excluir de la aplicación plena de la presente Directiva únicamente aquellos servicios con menor dimensión transfronteriza, como algunos servicios de carácter social, sanitario o educativo. Estos servicios se prestan en el marco de un contexto particular que varía mucho según el Estado miembro de que se trate debido a la existencia de diferentes tradiciones culturales. Debe establecerse, por tanto, para la concesión de estos servicios un régimen específico que tenga en cuenta el hecho de que van a reglamentarse por primera vez. La obligación de publicar, en el caso de concesiones de un valor igual o superior al umbral establecido en la presente Directiva, un anuncio de información previa y un anuncio de adjudicación de la concesión constituye una medida adecuada para informar a los posibles licitadores de las posibilidades económicas que se les ofrecen, y a todas las partes interesadas del número y tipo de contratos adjudicados. Por otro lado, en relación con la adjudicación de contratos de concesión en el ámbito de tales servicios, los Estados miembros deben establecer las medidas adecuadas para garantizar la observancia de los principios de transparencia e igualdad de trato de los operadores económicos, a la vez que para permitir que los poderes y entidades adjudicadores se adapten a la especificidad de estos servicios. Los Estados miembros deben velar por que los poderes y entidades adjudicadores puedan tener en cuenta la necesidad de garantizar la innovación y, de conformidad con el artículo 14 del TFUE y con el Protocolo nº 26, 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*”.

⁷²¹ La Directiva 2014/24/UE habilita un tratamiento diferenciado de estas actividades fuera de la visión económica o de mercado y prevé incluso la posibilidad de reserva de estos contratos en el artículo 77 y en los Considerandos 6 y 114.

sentencias⁷²². En todo caso, como apunta GIMENO FELIÚ⁷²³, se debe aclarar que estas técnicas no permiten eludir las reglas de contratación pública derivada de las Directivas al haber asumido la gestión de estos servicios pues es posible una regulación específica sobre los contratos a ciudadanos en estas materias.

En la práctica, partiendo de las especialidades en la contratación del ámbito sanitario y social lo cierto es que no existe una regulación concreta ya que es una materia competencia de las Comunidades Autónomas⁷²⁴ al haber asumido la gestión de estos servicios públicos. Así de la Directiva y jurisprudencia comunitaria se desprende que las Comunidades Autónomas, previa justificación de la concurrencia de las “circunstancias objetivas” reconocidas por la jurisprudencia comunitaria y respetando la

⁷²² En la Sentencia del Tribunal de 11 de diciembre de 2014 *Croce Rossa Italiana y otros* (As. C-113/13), el Tribunal, hace referencia a la existencia de “circunstancias objetivas” para justificar la diferencia de trato entre empresas: “*la adjudicación, sin ninguna transparencia, de un contrato a una empresa situada en el Estado miembro de la entidad adjudicadora de ese contrato es constitutiva de una diferencia de trato en perjuicio de las empresas que pueden estar interesadas en ese contrato, que están situadas en otro Estado miembro. Si no está justificada por circunstancias objetivas, dicha diferencia de trato que, al excluir a todas las empresas establecidas en otro Estado miembro, opera principalmente en perjuicio de éstas, constituye una discriminación indirecta por la nacionalidad, prohibida con arreglo a los artículos 49 TFUE y 56 TFUE*”. En este caso, el Tribunal consideró que concurrían tales “circunstancias objetivas” ya que están reguladas legalmente en el ordenamiento interno y efectivamente justifican la apuntada diferencia de trato que, solo tras prever que la “prestación de servicios de transporte sanitario es una actividad de interés general que se rige por los principios de universalidad, solidaridad, eficiencia económica y adecuación”. En este mismo sentido, se ha pronunciado de nuevo el Tribunal en la Sentencia de 28 de enero de 2016, *CASTA y otros* (Asunto C-50/14). En esta Sentencia, el Tribunal de nuevo reconoce la necesidad que se puede excepcionar la diferencia de trato por circunstancias objetivas. Así afirma que: “*de un conjunto de aspectos, como son el marco jurídico nacional, la naturaleza de las apreciaciones consideradas, integradas en el contexto de servicio sanitario nacional, las apreciaciones del tribunal remitente sobre el efecto presupuestario positivo de conciertos como el discutido en el litigio principal y, por su esencia, la ausencia de ánimo de lucro de las asociaciones firmantes de esos conciertos, se deduce que el recurso a esas asociaciones para la organización del servicio de transporte sanitario puede estar motivado por los principios de universalidad y de solidaridad, así como por razones de eficiencia económica y de adecuación, toda vez que permite que ese servicio de interés general sea prestado en condiciones de equilibrio económico, en el orden presupuestario por organismos constituidos esencialmente para servir al interés general*”.

⁷²³ GIMENO FELIÚ, J. M., en “Servicios de salud y reservas de participación ¿una nueva oportunidad para la mejora del SNS? (Análisis de los artículos 74 a 77 de la nueva Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública)”, *Revista Derecho y Salud*, Vol. 26, núm. 2 de 2015, págs. 65 a 85.

⁷²⁴ En el momento presente, varias comunidades autónomas ya han regulado al respecto, así la Comunidad Autónoma de Aragón: Decreto-Ley 1/2016, 17 de mayo, sobre acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario, convalidado en junio de 2016 y que ha originado la Ley 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario. (*BOE* núm. 14 de enero de 2017); la Comunidad Autónoma de Asturias: Ley 9/2015, de 20 de marzo, de primera modificación de la Ley del Principado de Asturias 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales; la Comunidad Autónoma de Cataluña: Decreto-Ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública (convalidado julio de 2016); la Comunidad Autónoma de Galicia: Ley 8/2016, de 8 de julio, de 8 de julio, por la que se modifica la Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de servicios sociales de Galicia; la Comunidad Autónoma de Islas Baleares: Ley 10/2013, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley 4/2009, de 11 de junio, de servicios sociales de las Illes Balears y Decreto 18/2015, por el que se establecen los principios generales a los que se han de someter los conciertos sociales; la Comunidad Autónoma de Murcia: Ley 16/2015, de 9 de noviembre, por la que se modifica la Ley 3/2003, de 10 de abril, del Sistema de Servicios Sociales de la Región de Murcia; y la Comunidad Autónoma de Valencia vía Decreto ley 7/2016, sobre acción concertada para la prestación de servicios a las personas en el ámbito sanitario.

legislación básica y los principios básicos contratación, pueden establecer posibilidades organizativas en los ámbitos sanitario y social⁷²⁵.

En conclusión, hay que esperar la nueva Ley de Contratos del Sector Público, lo que no impide el desarrollo de competencias autonómicas en su ámbito competencial, como sucede, por ejemplo, con las especialidades de simplificación y organización de ciertos contratos sanitarios y sociales (especialmente sensibles desde la óptica del tercer sector)⁷²⁶. Y, en tanto no hay transposición efectiva habrá que aplicar el efecto directo de las Directivas –teniendo en cuenta, sin embargo, que supone el no sometimiento del TRLCSP que está en vigor en tanto no se derogue por una nueva ley de contratos público- que podrá ser utilizado por los distintos órganos judiciales y los tribunales administrativos de recursos contractuales. Habrá que estar como afirma LAZO VITORIA⁷²⁷ en todo caso a los resultados de esta “reconfiguración” de las fórmulas de gestión de los servicios sociales para poder evaluar la virtualidad práctica de la nueva legislación autonómica y su real capacidad para equilibrar las exigencias de control del gasto público con la prestación de servicios sociales basados en el valor de la solidaridad.

3.2.5.4. Valoración

A lo largo del presente trabajo he tenido la oportunidad de exponer la importancia y alcance del riesgo operacional, verdadera nota caracterizadora del nuevo

⁷²⁵ En todo caso, como bien apunta GIMENO FELIÚ, J. M., en “Servicios de salud y reservas de participación ¿una nueva oportunidad para la mejora del SNS?...”, *op. cit.*, pág. 79, estas posibilidades organizativas en el ámbito sanitario y social no quedan en modo alguno condicionada por la doctrina del TC, pero las opciones deben justificarse y ser razonadas de forma suficiente para superar el “test de constitucionalidad”. Al respecto, analiza la Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de abril de 2015 en la que se reconoce que es posible la apertura a formas de gestión y responsabilidad privada preservando en todo caso la titularidad pública del servicio.

⁷²⁶ *Vid.* GIMENO FELIÚ, J. M., “Servicios de salud y reservas de participación ¿una nueva oportunidad para la mejora del SNS?...”, *op. cit.* También en la opinión *IDEM*, “La solidaridad y la calidad son compatibles con la contratación pública”, en *Blog Revista Catalana de Dret Public*, 30 de mayo de 2016, <https://eapc-rmdp.blog.gencat.cat/2016/05/30/la-solidaridad-y-la-calidad-son-compatibles-con-la-contratacion-publica-jose-maria-gimeno-feliu/>. Y es que el derecho europeo de la contratación pública habilita que un contrato de prestaciones personales de carácter sanitario o social se pueda ver excepcionado de las reglas de concurrencia propias de un contrato típico de servicios o productos, y que se pueda adjudicar a entidades del tercer sector sin ánimo de lucro que colaboran, desde una óptica de solidaridad, con los fines públicos, dado el marcado carácter estratégico, desde la perspectiva de correcta prestación, de esa colaboración. En todo caso, esta posibilidad, con los límites descritos, exige una norma legal (dentro del marco competencial español, de las comunidades autónomas) que prevea y regule esta posibilidad.

⁷²⁷ LAZO VITORIA, X., “La figura del “concierto social” tras las Directivas europeas de contratación pública”, www.obcp.es 7 de noviembre de 2016.

contrato de concesión de la Directiva. Está clara la incidencia del riesgo operacional respecto al contrato de concesión pero, como a continuación voy a exponer, considero que la Directiva no exige la desaparición de las otras formas de contratos de gestión de servicios públicos en las que no se traslade el riesgo operacional.

Sobre el alcance e incidencia de la nueva Directiva en las otras formas de gestión indirecta de servicios públicos, cabe señalar la existencia de dos sectores doctrinales que se han pronunciado al respecto. Por una parte, quienes consideran que el riesgo operacional afecta a todos contratos de gestión de servicios públicos de manera que si se traslada el riesgo operacional al concesionario el contrato será de concesión y de aplicación la Directiva mientras que, en caso contrario, será un contrato de servicios. Esta es la postura que ya habían adoptado algunas juntas consultivas⁷²⁸, tribunales resolutorios de contratos públicos –como ya he señalado para algunos supuestos de conciertos y gestión interesada- y una parte de la doctrina representada por GIMENO FELIÚ⁷²⁹, GALLEGO CÓRCOLES⁷³⁰, RAZQUIN LIZÁRRAGA, J. A.⁷³¹, SÁIZ RAMOS⁷³², RAZQUIN LIZÁRRAGA, M.M.⁷³³ y CARBONERO GALLARDO⁷³⁴ y que se ha reflejado en el ALCSP y se mantiene en el PLCSP si bien con el reconocimiento del mantenimiento de la sociedad de economía mixta y de ciertos conciertos como concesión.

Dentro de esta línea doctrinal, cabe destacar a GIMENO FELIÚ⁷³⁵ quien ha defendido que de no transferirse el riesgo, ello no solo supone una reducción del ámbito

⁷²⁸ Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón núm. 1/2011, el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón núm. 16/2016 y el Informe núm. 2/2012 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares.

⁷²⁹ GIMENO FELIÚ, J. M., *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de los contratos públicos*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, págs. 253 a 259; *IDEM*, “Delimitación conceptual entre el contrato de gestión...”, *op. cit.*, *IDEM*, *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública...*, *op. cit.*

⁷³⁰ GALLEGO CÓRCOLES, I., “Distinción entre el contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios (I)...”, *op. cit.*, *IDEM*, “Distinción entre el contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios (II)...”, *op. cit.*

⁷³¹ RAZQUIN LIZÁRRAGA, J. A., “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 págs. 171 a 190.

⁷³² SÁIZ RAMOS, M., “Reflexiones prácticas sobre la diferencia entre los contratos de servicios...”, *op. cit.*

⁷³³ RAZQUIN LIZÁRRAGA, M. M., “Contratos de gestión de servicios públicos y recursos especiales en materia de contratación...”, *op. cit.*, *IDEM*, en “Transposición de las nuevas Directivas de contratación pública: similitudes y diferencias respecto del marco jurídico en España”, en RODRÍGUEZ-CAMPOS, S. (coord.), *Las nuevas directivas de contratos públicos y su transposición*, Marcial Pons, 2016, págs. 129 a 168.

⁷³⁴ 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, Madrid, 2015.

⁷³⁵ GIMENO FELIÚ, J. M., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública...*, *op. cit.*, pág. 158.

tradicional de nuestro concepto de “servicio público” sino también que, en su caso, la única forma de gestión indirecta sea la concesión de servicios al no cumplir con los requisitos exigidos por la jurisprudencia del Tribunal. Según esta tesis, las figuras del concierto y de la gestión interesada se transforman, sin que se desmaterialice la idea de servicio público sino “*un ajuste técnico de categorías conceptuales*”⁷³⁶, en palabras del profesor GIMENO FELIÚ: “*Una actividad calificada como servicio público podrá ser prestada con transferencia de riesgos (concesión) o como contrato de servicios, sin que deba existir diferencia en el régimen de prestación al ciudadano ni en la utilización de prerrogativas*”.

BERNAL BLAY⁷³⁷ quien afirma que, descartada la existencia de riesgos al contratista en la gestión interesada, el concierto y el contrato de sociedad, parece que la única de las modalidades que podría encajar en la categoría comunitaria de concesión de servicios es la concesión de servicios públicos.

Por su parte, MÍGUEZ MACHO⁷³⁸ entiende que con la nueva Directiva, los contratos de concesión de servicios que cumplan los requisitos de aquella se conviertan en contratos sujetos a una regulación armonizada por la Unión Europea, y no parece operativo ni razonable contar con una normativa de transposición para estos contratos y otra diferente para los contratos de gestión de servicios públicos no sometidos a la Directiva, por lo que tilda la situación de difícilmente sostenible.

Sin embargo, hay otro sector que cuestiona la interpretación extensiva del riesgo operacional de manera que afecte e impacte también a las figuras de gestión indirecta de servicios públicos de gran tradición en nuestro ordenamiento de tal manera que las elimine. En este sentido, se han posicionado MARTINEZ ALONSO CAMPS, FUERTES LÓPEZ, PERDIGÓ SOLÀ y VILLAR ROJAS quienes niegan la exigencia del riesgo operacional al resto de figuras de gestión indirecta.

⁷³⁶ GIMENO FELIÚ, J. M., La remunicipalización de servicios públicos locales: la necesaria depuración de conceptos y las condicionantes jurídicos desde la óptica del derecho europeo”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 43, 2017, pág. 62.

⁷³⁷ BERNAL BLAY, M. A., *El contrato de concesión de obras públicas...*, *op. cit.*, pág. 97.

⁷³⁸ MÍGUEZ MACHO, L., “La distinción entre las concesiones de servicios...”, *op. cit.*, pág. 406.

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS⁷³⁹ defiende la pervivencia y conveniencia de mantener las cuatro figuras⁷⁴⁰ y distingue que: *“en rigor no se produce una correlativa 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”*. Y lamenta que una objeción que afecta a la fase de selección del contratista, acabe teniendo consecuencias determinantes en la ejecución del contrato y en su régimen jurídico. Igualmente señala el carácter complementario de dichas modalidades, al estar concebidas para necesidades diferentes, y en todo caso, añade que cabría extender a dichas figuras la necesidad del cumplimiento del principio de publicidad y de recurso. Este autor defiende que se debería incluir también la figura del arrendamiento⁷⁴¹ que ya venía regulada en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955 (art. 138 a 141) y tenía su funcionalidad en los supuestos en que el servicio se presta en las instalaciones de la corporación local.

El Consejo de Estado, en el Dictamen núm. 1.116/2015 emitido el 10 de marzo de 2016, recogiendo las tesis de MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS⁷⁴² señala que debería reconsiderarse esta opción de la supresión del contrato de gestión de servicios públicos ya que esta opción no se aviene con la doctrina tradicional del servicio público y sus caracteres de manera que pudiera conducir a distorsiones en la práctica puesto que no es posible extender a todo tipo de servicios, problema de encaje exacto, por más que se transfiera el riesgo operacional, la regulación del servicio público. El Consejo de Estado considera que dicha configuración y supresión del contrato de gestión de servicios

⁷³⁹ MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J. L., en el trabajo “Modificación de la Ley de Contratos del Sector Público y gestión de servicios públicos locales...”, *op. cit.*, págs. 2 a 40, *IDEM*, “El Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público de noviembre de 2016 y la gestión contractual de servicios públicos...”, *op. cit.*, págs. 1 a 23.

⁷⁴⁰ FUERTES LÓPEZ, M., en “Los riesgos del riesgo...”, *op. cit.*, pág. 235 advierte de los peligros que puede entrañar que el criterio a tener en cuenta sea solo el riesgo –pues también existe en los otros contratos- y analiza la jurisprudencia comunitaria.

⁷⁴¹ La figura del arrendamiento que fue suprimida de la Ley de Bases de Régimen Local (LBRL) mediante la Ley 57/2003, de Medidas para la modernización del gobierno local, al remitirse en bloque a la legislación básica de contratos del sector público que no contempla dicha modalidad si bien sí está prevista en los artículos 275 a 280 del Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales de Cataluña, aprobado por el Decreto 179/1995 (ROAS) y en el artículo 24 de la Ley 7/1999, de 7 de abril, de Administración Local de Aragón.

⁷⁴² En este punto, el Consejo de Estado viene a asumir la tesis defendida y argumentada por MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J. L., en sus alegaciones presentadas y concretadas en su trabajo “Modificación de la Ley de Contratos del Sector Público y gestión de servicios públicos locales...”, *op. cit.*, pág. 1 a 40.

públicos no asegura un régimen adecuado para garantizar los principios de igualdad, universalidad y continuidad de los servicios públicos o de interés general. En concreto afirma:

“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”.

Y añade:

“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 directos de los servicios públicos, en beneficio de los cuales ha de garantizarse la continuidad e igualdad, en la prestación”.

FUERTES LÓPEZ⁷⁴³ se inclina por pensar que en el término concesión de la Directiva quedan excluidas las otras formas de gestión indirecta de los servicios públicos. Y afirma:

“La aceptación acrítica de estos criterios del Tribunal de Justicia supondría una gran alteración al régimen tradicional de la contratación administrativa. En concreto, de la gestión de servicios públicos. De ahí que convenga proceder con prudencia para no enredar ningún ovillo en este tejer y destejer de la integración europea”.

⁷⁴³ FUERTES LÓPEZ, M., en “Los riesgos del riesgo...”, *op. cit.*, pág. 202.

También PERDIGÓ SOLÀ⁷⁴⁴ apunta las dudas sobre cuál es el verdadero objeto de la Directiva así como el alcance que la transposición puede suponer en nuestro ordenamiento jurídico pues la Directiva gira alrededor a la *exposición real a las incertidumbres de mercado* y atendiendo a los supuestos de exclusión de la misma, se cuestiona cómo la Directiva pretende actuar en servicios que no son susceptibles ya no de concesión, sino de cualquier otra modalidad de contrato de gestión de servicios públicos, o incluso de servicios, habida cuenta del ejercicio de autoridad que les es inherente.

ALENZA GARCIA⁷⁴⁵ en el estudio de la Ley Foral de contratos de Navarra considera inexplicable e inexplicada la desaparición de este contrato y destaca que apenas se recoge la expresión de servicio público.

VILLAR ROJAS⁷⁴⁶ analiza la normativa sectorial⁷⁴⁷ del “contrato de servicio público” y entiende que el contrato de gestión de servicios públicos no desaparece sino que se refugia en la legislación especial, como ocurrió con el contrato de concesión de obra pública.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ⁷⁴⁸ afirma que si bien la supresión del contrato de gestión de servicios públicos no tiene las consecuencias traumáticas que se pudieran pensar, en la medida que su hueco queda cubierto por el régimen jurídico aplicable a las concesiones y a los contratos públicos de servicios, teniendo en cuenta que en los

⁷⁴⁴ PERDIGÓ SOLÀ, J.; “El agua, los servicios de interés general y la Directiva de concesiones...”, *op. cit.* págs. 330 a 331, *IDEM*, Aproximación a la Directiva 2014/23/UE...”, *op. cit.* pág. 83 a 115.

⁷⁴⁵ ALENZA GARCÍA, J. F., “Las clases de contratos. Contratos de obras públicas y concesión de servicios públicos”, obra colectiva *Comentarios a la Ley foral de Contratos Públicos (Ley Foral 6/2006, de 9 de junio)*, Gobierno de Navarra, Departamento de Presidencia, Justicia e Interior. Instituto Navarro de Administración Pública, CRUZ ALLI ARANGUREN, J., (dir.) Pamplona, 2007, págs. 458 a 539 que apunta que quedaron también excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva de contratos de servicios aquellos contratos en los que se atribuyen servicios con derechos exclusivos (artículo 6).

⁷⁴⁶ VILLAR ROJAS, F. J., “La resiliencia del contrato de gestión de servicio público...”, *op. cit.*, págs. 300 a 302.

⁷⁴⁷ En concreto, el Reglamento CEE 1.191/69 del Consejo, de 26 de junio de 1969, relativo a la acción de los Estados miembros en materia de obligaciones inherentes a la noción de servicio público en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable (*DO L* 156 de 28.6.1969 p. 1) modificado por Reglamento 1.893/91, sobre obligaciones de servicio público en los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable (*DO L* 169 de 29 .6.1991 p. 1); Reglamento CE 1.370/2007 sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera (*DO L* 325 de 3.12.2007), Reglamento (CE) 3.577/92 por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos en el interior de los Estados miembros (cabotaje marítimo) (*DO L* 364 de 12.12.1992) y Reglamento (CEE) 2.408/92, de 23 de julio de 1992, relativo al acceso de las compañías aéreas de la Comunidad a las rutas aéreas intracomunitarias (*DO L* 240 de 24.08.1992).

⁷⁴⁸ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L., en “La nueva Directiva de concesiones. Un largo viaje...”, *op. cit.*, pág.235, *IDEM*, “La controvertida supresión del contrato de gestión de servicios públicos...”, *op. cit.*, págs. 54 a 56, también quien propone reajustar la categoría del contrato de gestión de servicios públicos y mantener el modelo de conciertos.

últimos sesenta años el contrato de gestión de servicios públicos ha sido una herramienta eficaz para asegurar el cumplimiento del interés público (dotado de suficiente flexibilidad para adecuarse a los cambios que éste exija), parece razonable que nos preguntemos si merece la pena un sacrificio tan grande, que rompa con nuestra tradición y que reconozca puede generar una mayor inseguridad que la que, con la supresión, se pretende evitar. Y concluye que si no es *de iure, de facto* el contrato de gestión de servicios públicos seguirá existiendo como una especie de espíritu que cohabita en la morada del contrato de servicios.

Expuestas las posturas existentes, personalmente considero que el tema no se resuelve entendiendo que las figuras del concierto y gestión interesada pervivan de otra forma como contratos de servicios⁷⁴⁹ pues no son simples contratos de servicios desde la óptica interna y ello precisamente por la naturaleza de la prestación que realizan y que justifica la regulación específica de estos contratos administrativos, que implican una gestión de servicios públicos con sus correspondientes potestades públicas, facultades de policía, supervisión y derechos de los usuarios. Por lo que la redacción de la Disposición Adicional trigésima quinta del PLCSP me parece cuanto menos que precipitada, lejos de la necesaria reflexión que la desaparición de dichas modalidades puede producir un desamparo en nuestro ordenamiento al afirmar que: *“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 adecúen a lo regulado para dicho contrato en la presente Ley”*. Si bien el legislador en la última redacción del PLCSP intentó asegurar el régimen jurídico de los servicios públicos, no encuentro justificada dicha eliminación, si bien desde las posturas defensoras de dicha desaparición afirman que no se diluye el “régimen de servicio público”⁷⁵⁰ pues las notas propias de regularidad, continuidad y equidad se pueden incluir tanto en el tipo de contrato de servicios como de concesión de servicios.

⁷⁴⁹ En este sentido el Consejo de Estado en el Dictamen núm. 1.116/2015 destaca en relación a la desaparición del contrato de gestión de servicios públicos y redefinición del contrato de servicios que son aspectos a los que la memoria del análisis de impacto normativo no presta atención suficiente.

⁷⁵⁰ GIMENO FELIÚ, J. M., “Hacia una nueva Ley de contratos del sector público. ¿Una nueva oportunidad perdida...”, *op. cit.*, pág. 206 a 217.

Partiendo de los pronunciamientos del Tribunal y de acuerdo con la Directiva, si bien es evidente la *vis atractiva* del riesgo operacional en aquellos supuestos en los que, al ser de interés económico, exista efectiva transferencia de este riesgo, no puede es desnaturalizar las otras formas de gestión indirecta del contrato de gestión de servicios públicos, de manera que resulta difícil comprender esta “automacidad tan positiva”⁷⁵¹ del legislador respecto a aquellos supuestos del contrato de gestión de servicios públicos en los que no exista riesgo al considerarlos *in totum* contratos de servicios. Y si los tribunales y órganos resolutorios de recursos especiales en materia de contratación han venido calificando la verdadera naturaleza de los contratos, ha sido mayoritariamente para comprobar si el contrato en cuestión era susceptible de ser impugnado mediante recurso especial en materia de contratación, ya que de acuerdo con los supuestos tasados previstos en el artículo 40 del TRLCSP que sólo reconocían la posibilidad de interponer el recurso contra aquellos contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe por el Impuesto sobre el Valor Añadido fuese superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años.

Pero cabe preguntarse, ¿esto es lo se quiere la Unión Europea?. ¿La finalidad de la Directiva no era fijar los contornos del contrato de concesión para evitar la inseguridad jurídica existente y someter de una vez a los contratos de concesión al recurso de contratación sin los límites que prevé el TRLCSP y a la necesaria publicidad?. Recordemos que la perspectiva funcional de las Directivas es garantizar la aplicación de los principios de igualdad de trato, no discriminación, concurrencia y transparencia y también se desprende de las Sentencias del Tribunal de 27 de octubre de 2005, *INSALUD* (C-158/03) y de 22 de octubre de 2015 *Grupo Quirón* (C-552/13), al incidir más en la vulneración del principio de no discriminación que en la calificación del contrato dejando a la jurisdicción nacional este acometido. Precisamente, la diferente interpretación de los principios del TFUE es lo que ha llevado al legislador comunitario a tramitar y aprobar la Directiva para garantizar una uniformidad en todos los Estados miembros tal y como expone en el Considerando 4, pero sin hacer referencia al establecimiento de un número cerrado de tipos contractuales.

⁷⁵¹ En todo caso, sería de aplicación la Directiva 2014/24/UE aquellos contratos de gestión de servicios públicos que hiciesen referencia a prestaciones no propiamente de servicio público en sentido estricto y en los que no existiese transferencia del riesgo operacional, siempre que tuviese cuantía relevante a efectos comunitarios y no se tratase de ningún supuesto de exclusión.

En efecto, como afirma FUERTES LÓPEZ⁷⁵², la regulación comunitaria se dirige a culminar el mercado interior y para ello se promueve la pública concurrencia, esto es lo que ha de preocupar al legislador y al juez europeo, que las actuaciones públicas sean transparentes y garanticen cierta competencia en el mercado sin que puedan las instituciones comunitarias incidir en la armonización del contenido de los contratos de muchos servicios públicos y este apunte es importante. Así, de la copiosa jurisprudencia del Tribunal -Sentencia de 10 de noviembre, *BFI Holding BV* (As. C-360/96); Sentencia de 17 de diciembre *Irish Forestry Board* (As. C-353/96), y Sentencia de 3 de octubre *University of Cambridge*(As. C-380/98)- se refleja que el objetivo de las Directivas sobre contratación pública es suprimir las trabas y evitar los obstáculos a las libertades de establecimiento, circulación de servicios y mercancías; garantizar la inexistencia de riesgo de favoritismo por parte de las autoridades públicas (Sentencia de 12 de julio, *Ordine degli Architetti*, As. C-399/98) y todo ello, con el fin de abrir los mercados a una concurrencia de ofertas efectiva o una competencia no falseada en todos los Estados miembros (Sentencias de 11 de enero, *Stadt Halle*, As. C-26/03 y Sentencia de 18 de diciembre, asunto *Correos y Telégrafos, SA*, As. C-220/06). Como indica CHINCHILLA MARÍN⁷⁵³, casi todas las sentencias que hacen referencia al objetivo perseguido por las Directivas sobre contratación pública ponen el acento en la perspectiva de los licitadores concretamente en la necesidad de proteger sus intereses garantizándoles una concurrencia sin trabas ni obstáculos así como destacar la importancia para la entidad adjudicadora de los procedimientos de concurrencia para que la entidad adjudicadora esté en las mejores condiciones para elegir entre varias ofertas.

Y recordemos las diferencias entre una directiva⁷⁵⁴ y un reglamento, ya que mientras las primeras obligan al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios, el reglamento tiene un alcance general y será obligatorio en todos sus elementos

⁷⁵² FUERTES LÓPEZ, M., en “Los riesgos del riesgo...”, *op. cit.*, pág. 239.

⁷⁵³ CHINCHILLA MARIN, C., “La jurisprudencia del TJUE sobre sobre contratos públicos (I)...”, *op. cit.*, págs. 33 a 49.

⁷⁵⁴ De acuerdo con el artículo 288 del TFUE, en los mismos términos del artículo 189 del TCE (249 del TCE tras el Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado en Ámsterdam el 2 de octubre de 1997 (*DO* núm. C 340, de 10 noviembre de 1997) [Instrumento de Ratificación del Tratado: *BOE* núm. 109, de 7 de mayo de 1999].

y directamente aplicable en cada Estado miembro⁷⁵⁵. Al respecto, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ⁷⁵⁶ argumenta que las directivas al ser normas de resultado, deben dejar a los Estados miembros la elección de la forma y de los medios para alcanzarlo, de manera que regulan e imponen un resultado normativo a garantizar, pero han de hacerlo limitándose a determinar lo que se considere necesario para el objetivo o finalidad que marque el Tratado al habilitar la competencia de que se trate, sin descender a más detalles y sin pretender uniformar los ordenamientos estatales más allá de lo requerido estrictamente por dicha finalidad, siempre bajo los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (artículo 20 del TFUE). Incluso, va más allá al enfatizar la necesidad que el legislador interno, para la transposición de una directiva, realice un ejercicio crítico y que no se limite a hacer una copia de la directiva sin la necesaria reflexión y adecuación⁷⁵⁷ e incide en un aspecto crucial: los Tratados configuradores de la Unión no han atribuido ninguna competencia específica general a la Unión sobre los contratos que puedan celebrar los Estados miembros y de cuantas entidades públicas forman parte del ámbito de cada uno de ellos ni sobre el régimen de esa contratación pública. Y este apunte es importante puesto que los contratos públicos y la contratación pública siguen siendo materias bajo la competencia de los Estados miembros, comenzando por su competencia normativa. Precisamente, estas razones justifican que los términos de la Directiva no tienen por qué ser necesariamente iguales en todos los Estados miembros siempre que éstos acomoden su ordenamiento interno a las obligaciones de resultado derivan de la Directiva.

Llegados a este punto, resulta primordial determinar qué intenciones específicas tiene el legislador comunitario en esta Directiva y, por ende, qué sucede con las modalidades de gestión indirecta de servicios público de nuestro ordenamiento interno.

⁷⁵⁵ También es significativo que la regulación de la liberalización de los servicios públicos tradicionales se haya realizado vía reglamento, recordemos, los precitados Reglamento CEE 1.191/69, del Consejo, de 26 de junio de 1969, relativo a la acción de los Estados miembros en materia de obligaciones inherentes a la noción de servicio público en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable (DO L 156 de 28.6.1969 p. 1) modificado por Reglamento 1.893/91, sobre obligaciones de servicio público en los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable (DO L 169 de 29 .6.1991 p. 1); Reglamento CE 1.370/2007 sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera, Reglamento (CE) 3.577/92 por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos en el interior de los Estados miembros (cabotaje marítimo) y Reglamento (CEE) 2.408/92 de liberalización de las rutas comunitarias de transporte aéreo.

⁷⁵⁶ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., “Sentido y alcance de la transposición...”, *op. cit.*, págs. 17 a 21.

⁷⁵⁷ Así también lo ha indicado el Consejo de Estado en el Dictamen núm. 1.116/2015 respecto a la transposición de la terminología comunitaria, en el sentido que: “*transposición*” no equivale a transcripción ni a traducción literal. La labor de incorporar debe llevar al pre-legislador, primero, y al legislador, después, a adecuar, de una parte, las previsiones de las directivas y decisiones marco a los conceptos materiales, a los criterios formales y sistemáticos de nuestras disposiciones legales y, de otro lado, a ajustar la terminología de su lenguaje jurídico al nacional, no solo por las razones lingüísticas sino por mantener la identidad de los conceptos”.

Para ello, considero que se deberán interpretar en sus justas palabras tanto el artículo 2 de la Directiva de concesiones al reconocer libertad de administración de las autoridades públicas para decidir la mejor forma de gestionar la ejecución de obras o la prestación de servicios y vincular únicamente en la consecución de las finalidades que persigue; como el Considerando 4 al exponer la necesidad que los principios del Tribunal se apliquen de manera uniforme dada la existencia de inseguridad jurídica por la diferente interpretación que los Estados miembros han hecho de los principios aplicables a las concesiones de servicios al estar hasta el momento excluidas del ámbito de aplicación de las Directivas para remarcar a continuación la necesidad que los principios del TFUE se apliquen de manera uniforme en todos los Estados miembros y que se eliminen dichas discrepancias con el objeto de eliminar perturbaciones existentes en el mercado interior, que es lo que verdaderamente interesa al legislador. Igualmente, el Considerando 5, al reconocer libertad a los Estados miembros y a las autoridades públicas para determinar los medios administrativos que consideren más adecuados para la realización de las obras y la prestación de servicios, libres para definir y especificar las características de los servicios que hayan que prestarse y el Considerando 8 al garantizar un cierto grado de flexibilidad a los Estados miembros para completar y desarrollar su contenido.

Pero es que además, el artículo 4 de la Directiva reconoce la libertad de los Estados miembros para definir los SIEG, su forma de organización y financiación sin que la Directiva ayude a delinear mejor -como bien apunta PARISIO⁷⁵⁸- los confines entre servicios de interés general dotados y privados de relevancia económica, distinción importante teniendo en cuenta que estos últimos no están en el campo de aplicación de la Directiva.

Sentado que la finalidad de la Directiva es la uniformidad en la interpretación de los principios constitutivos TFUE que no uniformidad de ordenamientos, cabe preguntarnos si del alcance y efectos de las directivas en general y de lo indicado por el legislador comunitario en los artículos y considerandos precitados de la Directiva objeto de este trabajo, supone irremediabilmente limitar el número de figuras contractuales de

⁷⁵⁸ PARISIO V., “La Directiva “concesiones” 2014/23 y la gestión de los servicios de interés económico general en Italia. Entre la flexibilidad y la limitación de la discrecionalidad”, en *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos*, PARISIO V., AGUADO I CUDOLÀ, V. y NOGUERA DE LA MUELA, B., (dirs.), Tirant lo Blanc, 2016, Valencia, pág. 157.

cada Estado miembro a las previstas en las Directivas 2014/24/UE y Directiva 2014/23/UE, o, si por el contrario, cabe plantearse si están permitiendo cierto margen a los Estados miembros de manera que la Directiva solo afecta a aquellos contratos de concesión en los que existe una real y efectiva transferencia del riesgo operacional al concesionario dejando libertad a los Estados miembros para seguir con las “otras” modalidades existentes de gestión de los servicios públicos. Particularmente, me inclino por esta última postura, pues entiendo que la Directiva pone énfasis en la existencia de un riesgo específico de las concesiones y demás especificidades ya analizadas, pero no encuentro ningún argumento sólido que justifique la pretendida supresión del contrato de gestión del servicio público.

Incluso MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ⁷⁵⁹ defiende el mantenimiento del contrato de servicio público en sentido estricto de nuestro ordenamiento al excluir expresamente el artículo 10 de la Directiva las concesiones de servicios adjudicadas a un operador económico sobre la base de un derecho exclusivo. Según esta tesis, las exclusiones de las concesiones de servicio ya sea por razón de su exclusividad o bien las de transporte aéreo o el de viajeros (art. 10.3), redes públicas de comunicaciones, servicios de comunicaciones electrónicas (art. 11) o servicios hidráulicos (art. 12), suponen que lo que la Directiva llama concesiones de servicios es –a efectos prácticos- algo de suyo distinto de lo que siempre hemos entendido por concesiones de servicio público en sentido estricto, lo que ya legitimaría el mantenimiento de esta categoría en el derecho interno. De manera que alguna de estas exclusiones permiten ampliar la noción de contrato de concesión de servicio público a la de algunos servicios esenciales o de interés económico general eventualmente sin derechos exclusivos, como el transporte aéreo o el de viajeros (artículo 10.3), o redes públicas de comunicaciones y servicios de comunicaciones electrónicas (artículo 11), o, en fin, los servicios hidráulicos (artículo 12, aunque no pocos se prestarán también exclusivamente). Entonces, siguiendo con esta tesis, ¿qué estamos eliminando de nuestro ordenamiento interno si quedan excluidas del ámbito de las Directas el reducto de concesiones de servicio público?.

Por otra parte, también me parece peligroso que, al eliminar el contrato de gestión de servicios públicos, se aumente el ámbito de aplicación de los contratos de

⁷⁵⁹ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., “Sentido y alcance de la transposición...”, *op. cit.*, pág. 39.

servicio y se afirme ,en base a las sentencias del Tribunal, que el contrato de servicios comunitario sea diferente del interno, pues ello comporta una serie de disfunciones al pretender englobar dentro del tipo genérico de contratos de servicios a los hasta ahora contratos de gestión indirecta de servicios públicos y ello porque el Derecho comunitario no prevé las formas de gestión indirecta de servicio público de nuestro ordenamiento ni ha señalado nada específico al respecto. Por lo que pretender acoplar los contratos de gestión de servicios públicos sin riesgo operacional en la figura del contrato de servicios me parece peligroso y forzado.

Y es que la labor del Derecho europeo de la contratación pública de aproximar las legislaciones de los distintos Estados miembros ha sido especialmente compleja en la concepción jurídica de las concesiones de servicios. Esta dificultad deriva de la dicotomía existente entre los países de tradición francesa y latina -en los que existe una noción de servicio público- y aquellos otros de tradición anglosajona que lo desconocen. Estas dificultades ya fueron observadas por el Informe emitido por el *Center for Strategy & Avaluation Services* previo a la elaboración de la Directiva de concesiones. De esta manera, la legislación europea ignora el concepto de servicio público, a diferencia de los países continentales como España, en donde que nuestro ordenamiento jurídico acogió el concepto francés de servicio público. Igualmente cabe señalar la distinta concepción entre los diferentes Estados miembros de los negocios que suscriben los poderes públicos y la Directiva adoptó un modelo diferente al nuestro. Estas circunstancias son importantes y se han de tener en cuenta para no tirar por la borda⁷⁶⁰ más de un siglo de construcción doctrinal y jurisprudencial. Incluso en Francia⁷⁶¹, para la transposición de la Directiva, se ha introducido el concepto de riesgo operacional en el contrato de concesión y preserva la figura de la delegación de gestión de servicio público (DSP)⁷⁶² de la Ley de 29 de enero de 1993 adaptando el artículo L. 1411-1 del Código general de las entidades locales de forma que indica que una delegación de servicio público (DSP) es un contrato de concesión en el sentido de la Ley 29 de enero de 2016 a la que se confía la gestión de un servicio público con transferencia de riesgo y

⁷⁶⁰ FUERTES LÓPEZ, M., en “Los riesgos del riesgo...”, *op. cit.* pág. 239 y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., “La Directiva de concesiones (Directiva 2014/23/UE) y la gestión de servicios de interés general”, en *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos*, PARISIO V., AGUADO I CUDOLÀ, V. y NOGUERA DE LA MUELA, B., (dirs.), Tirant lo Blanc, 2016, Valencia, págs. 77 a 128.

⁷⁶¹ Francia desde el principio mostró resistencia a la regulación del contrato de concesión por su particular concepción de las concesiones como delegaciones de poder público. Así, el texto final de la Directiva 92/50 no logró superar la oposición particular de Francia y no incluyó ninguna mención a la concesiones.

⁷⁶² Figura propia del derecho francés relativa al servicio público.

un derecho de explotación, manteniendo la gestión interesada o *règie* interesé, si bien también hay que destacar que esta figura francesa no es plenamente coincidente con nuestra figura de gestión indirecta.

No olvidemos que la finalidad inicial de la legislación de contratos concesiones era evitar posibles distorsiones del funcionamiento del mercado interior. En este sentido, el Dictamen del Comité Económico y Social publicado en el Diario Oficial del día 29 de junio de 2012 (C 191/84) era crítico con la propuesta, lo mismo que el Dictamen del Comité de las Regiones publicado en el Diario Oficial el día 13 de septiembre de 2012 (C 277/74); ambos alertaban de la complejidad de la regulación, así como de la necesidad de precisar a qué tipo de concesiones afectaría, al ser tan diversa la regulación en los Estados miembros. También el Parlamento Europeo había aprobado una resolución sobre la modernización de la contratación pública, de 25 de octubre de 2011, en la que se afirmaba, con relación a las concesiones de servicios, que *“ha de tenerse debidamente en cuenta tanto la complejidad de los procedimientos como las diferencias existentes entre los Estados miembros en materia de cultura y práctica jurídicas con respecto a la concesión de servicios; [...] insiste en que una propuesta de acto legislativo relativo a la concesión de servicios solo estaría justificada si tiene por objeto corregir posibles distorsiones del funcionamiento del mercado interior; resalta que, a día de hoy, no se ha observado ninguna distorsión de este tipo y que un acto legislativo relativo a la concesión de servicios será, por lo tanto, innecesario si no persigue una mejora evidente del funcionamiento del mercado interior”*.

Desde el punto de vista de nuestro ordenamiento, el legislador estatal desde un primer momento apostó por equiparar las concesiones de servicio a los contratos públicos, estableciendo un régimen más garantista de los principios del Tratado que el que introducía la Directiva, por lo que nada debería obstar que dichas modalidades de gestión indirecta se sometan a la necesaria publicidad y sometimiento a recurso de contratación. Por ello, creo que la opción más simple y coherente para el aseguramiento de la efectividad de la prestación del servicio público⁷⁶³ sería mantener dichas modalidades de gestión indirecta de servicios públicos y someterlas a la necesaria

⁷⁶³ Sobre el debate general sobre compatibilidad de los servicios públicos con las políticas comunitarias europeas, me remito al trabajo de MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de derecho Administrativo...op. cit.*, págs. 1148 a 1193.

publicidad, concurrencia y reconocimiento de la interposición de recurso especial en materia de contratación⁷⁶⁴.

Respecto al contrato de concesión, cabe señalar que es donde el legislador interno se debe focalizar y depurar los contornos y dar cabida al nuevo supuesto de concesión de servicios no públicos. De esta manera, la doble regulación que propongo del nuevo contrato de concesión de servicios en los que se transfiera el riesgo operacional sería: contrato de concesión de servicios no públicos –novedad respecto a nuestra tradición jurídica- incorporándose este supuesto que hace referencia a los servicios que son de titularidad pero que no de competencia de la Administración Pública- y mantener el contrato de concesión de servicios públicos con su correspondiente régimen jurídico y particularidades.

En cuanto a la pervivencia del contrato de gestión de servicios públicos, es muy significativo que de la primera redacción del ALCSP al PLCSP se haya incorporado el mantenimiento de la sociedad de economía mixta y el tratamiento como concesión de servicios de determinados conciertos. También es sugerente que se pretenda conservar el régimen jurídico⁷⁶⁵ de determinados servicios públicos bien como contratos de concesión de servicios (art. 282.2 del PLCSP) bien como contratos de servicios (artículo 310 PLCSP). Así las cosas, la regulación en el PLCSP deja entrever la necesidad de mantener el régimen de los servicios públicos aunque pasen a ser contratos de servicios, pero al cambiar las calificaciones, se producen disfunciones. Por ello, considero que la transposición ha de ser más natural, sencilla y simple e intentar afectar cuanto menos a nuestro ordenamiento jurídico interno que ha sido exitoso en estas modalidades, principalmente en el mundo local. Sinceramente, creo que sería menos problemático alterar solo lo imprescindible que es lo que considero que comporta la transposición de esta Directiva en cuanto a ciertas especificidades a partir de determinada cuantía, y hacerlo con prudencia, de manera que se debería incorporar un capítulo en el PLCSP dedicado a las formas de gestión indirecta de los servicios públicos para asegurar la correcta y continuada prestación de los servicios públicos sin afectar a la seguridad

⁷⁶⁴ MARTÍNEZ CAMPS, J. L., en trabajo “Modificación de la Ley de Contratos del Sector Público y gestión de servicios públicos locales...”, *op. cit.*, pág. 8

⁷⁶⁵ VILLAR ROJAS, F. J., “La resiliencia del contrato de gestión de servicio público...”, *op. cit.*, pág. 303, sostiene que en el PLCSP se mantienen las piezas esenciales del contrato de gestión de servicios públicos.

jurídica. En definitiva, se debe garantizar el necesario equilibrio entre el principio de libre competencia⁷⁶⁶ y el aseguramiento de la correcta prestación de servicios públicos.

El riesgo operacional si bien es un requisito de las concesiones, debería alterar solo en lo imprescindible el ordenamiento jurídico interno actual para preservar aquellas formas de gestión indirecta de los servicios públicos que realmente siguen dando respuesta a necesidades específicas. Y es que la regulación interna es mucho más rica que la comunitaria y regula supuestos que se adaptan y dan respuestas a las necesidades intrínsecas de este país. También es significativo que la figura de la CPP no se haya desarrollado más desde la Comunicación de la Comisión de 2009 “*Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada*”. Por ello, debemos plantearnos si tiene el legislador comunitario un interés en regular o unificar realmente las formas de gestión indirecta de servicios públicos.

He pretendido en mi trabajo exponer que el alcance del riesgo operacional es importante al afectar a la concepción tradicional de los contratos de concesión, concretando un tipo de riesgo más específico que el de riesgo y ventura en el caso de los contratos de concesión de servicios del artículo 277. a) del TRLCSP y también en los contratos de concesión de obras, pero no debería eliminar el contrato de gestión de servicios públicos. Efectivamente, la Directiva no exige ni tiene como finalidad la uniformidad de figuras contractuales, sino que los principios del TFUE se apliquen de manera uniforme en todos los Estados miembros, sin que la jurisprudencia comunitaria (Sentencia *INSALUD* y *Grupo Sanitario Quirón, SA*) no dé, a mi entender, argumentos sólidos para subsumir los conciertos *in totum* como contratos de servicios haciendo desaparecer de un plumazo las formas de gestión indirecta de servicios públicos del TRLCSP.

Considero que el precio de la desaparición de la figura del contrato de gestión servicios público es muy alto pues como ya he advertido, con la regulación del PLCSP se originan disfunciones que van a afectar el normal funcionamiento de la prestación del servicio público. Y es que en la forzada tarea de pretender ajustar nuestro servicio

⁷⁶⁶ ORTEGA ÁLVAREZ, L., “El equilibrio ente los principios de interés público y el de libre competencia...”, *op. cit.*; VILLAR ROJAS, F. J., “La resiliencia del contrato de gestión de servicio público...”, *op. cit.*, pág. 304.

público al concepto de servicios de interés general económico se producen fricciones. En todo caso, como bien apunta VALCÁRCEL FERNÁNDEZ⁷⁶⁷, la solución que se impone en la definición del régimen de estos servicios se orienta hacia la siempre difícil búsqueda de un equilibrio entre el mercado libre y el clásico modelo del servicio público. Equilibrio que entiende que es complejo según las particularidades específicas de cada tipo de servicio en cuestión, en todo caso, concluye, que el servicio se ha “racionalizado”, y que se trata de un concepto no absoluto, de constante evolución.

En definitiva, ha sido la perspectiva contable de los riesgos la que está ocasionando esta confusión en nuestro ordenamiento, de manera que lo que antes eran efectos y consecuencias del régimen de contratos, se pretende que ahora sean la causa⁷⁶⁸ y que está provocando una cierta “ocupación” de las normas contables a las normas jurídicas. Sin duda alguna la novedosa exigencia del riesgo operacional comporta efectos importantes a efectos de déficit además de perfilar los contornos del contrato de concesión y puede afectar también a otras figuras contractuales si hay riesgo operacional, pero en mi opinión, no justifica la eliminación del contrato de gestión de servicio público.

3.3. Otros aspectos importantes del nuevo contrato de concesión

Expuesto todo lo anterior, quiero destacar la plasmación de otros aspectos que considero interesantes en la regulación que prevé el PLCSP respecto a las novedades y retos de la Directiva que es objeto de este trabajo.

3.3.1. Contratos de concesiones mixtos

Respecto a los contratos mixtos, el artículo 18 del PLCSP sigue las reglas ya estudiadas de la Directiva –artículos 21 y 22- para la determinación del régimen a aplicar a un contrato mixto de concesiones. Así, en las concesiones cuyo objeto sean

⁷⁶⁷ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., “La Directiva de concesiones (Directiva 2014/23/UE)...”, *op. cit.*, pág. 95.

⁷⁶⁸ FUERTES LÓPEZ, M. “Los riesgos del riesgo...”, *op. cit.* pág. 233 y BERNAL BLAY, M. A. *El contrato de concesión de obras...*, *op. cit.*, pág. 316.

tanto obras como servicios se adjudicarán con arreglo a las disposiciones aplicables al tipo de concesión predominante en el objeto principal del contrato. Para los supuestos de concesiones mixtas que consistan en parte en servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el Anexo IV y en parte en otros servicios, el objeto principal se determinará en función de cuál de los valores estimados de los respectivos servicios es el más alto.

En los casos específicos de combinación de prestaciones de obras, servicios y suministros con los propios de concesión, habrá que ver si las prestaciones son o no separables, pero el PLCSP olvida la previsión del artículo 20.5 de la Directiva relativa a la combinación de concesión de servicios y contrato de suministros.

También cabe destacar como novedoso que el artículo 18 del PLCSP *in fine* exige que cuando un contrato tenga 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 del PLCSP, obligación que ya se entendía de la redacción del artículo 283.2 del PLCSP.

3.3.2. Modificación de los contratos de concesión

La regulación de la modificación de contratos de concesión supone un aspecto clave para limitar los abusos⁷⁶⁹ de la utilización de modificados y complementarios que incrementan el déficit de las Administraciones Públicas. Como bien indica HERNÁNDEZ GONZÁLEZ⁷⁷⁰ la regulación de la modificación es una de las reformas más importantes que ha sufrido la normativa de contratos en España desde la incorporación a la CEE. En concreto, la potestad de modificar⁷⁷¹ los contratos administrativos, entre ellos el de gestión de servicio público, ha evolucionado de ser una prerrogativa extracontractual, discrecional y de límites difusos (artículo 74 de la Ley de

⁷⁶⁹ GIMENO FELIÚ, J. M., *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007...*, *op. cit.*, págs. 253 a 259.

⁷⁷⁰ VILLAR ROJAS, F. J., en “La resiliencia del contrato de gestión de servicio público...”, *op. cit.*, pág. 294.

⁷⁷¹ HOEPFFNER, H., afirma que la modificación no es una señal de una enfermedad del contrato sino que es un elemento de su vida, de su propia supervivencia. “La modification des contrats de la commande publique a l’épreuve du droit communautaire”, *Revue Française Droit Administratif*, núm. 1 de 2011, págs. 98 a 114.

Contratos de Estado de 1965), hasta convertirse en una facultad reglada, de obligada previsión en el pliego y en el contrato, aplicable ante circunstancias sobrevenidas de forma tasada y restrictiva (artículos 105 a 108 del TRLCSP).

Siguiendo con dicha evolución, los artículos 260 y 288 del PLCSP remiten a la regulación de las modificaciones prevista en los artículos 201 a 206 del PLCSP. El artículo 202 regula las modificaciones previstas y el artículo 203 las no previstas. Al respecto, cabe indicar que si bien en líneas generales, el PLCSP reproduce los supuestos regulados por la Directiva⁷⁷² relativos a las modificaciones de contratos públicos sin necesidad de tramitar una nueva licitación, cabe resaltar que la regulación del PLCSP es más restrictiva⁷⁷³ que la Directiva. En este sentido, cabe destacar la utilización del adverbio “solo” para advertir el carácter excepcional de la opción de modificar y se limitan posibilidades. De esta manera no hay modificados de *minimis*.

Un aspecto sin duda clave en la nueva regulación es que toda modificación debe publicarse y notificarse, ello va a permitir que dichas decisiones sean susceptibles del recurso especial en materia de contratación, siendo más garantista y abarcando más supuestos que los susceptibles de publicación del artículo 43 de la Directiva. El artículo 205 del PLCSP prevé dentro de las especialidades procedimentales que *“Los órganos de contratación que hubieran modificado un contrato que esté sujeto a regulación armonizada, a excepción de los contratos de servicios y de concesión de servicios enumerados en el Anexo IV, 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 hubieren 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*

⁷⁷² Respecto al régimen de las modificaciones, cabe indicar que los artículos 105 y 107 del TRLCSP ya se entienden modificados por el artículo 43 de la Directiva ya que es menos estricto y amplía las posibilidades de modificación. En todo caso, la doctrina ya consolidada del Tribunal no queda desplazada por esta nueva regulación, pues como advierte en Considerando 75 *“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”*.

⁷⁷³ Durante la tramitación del ALCSP, la Confederación Nacional de la Construcción solicitó que la regulación de la modificación se ajustara estrictamente a la Directiva, mientras que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia expresó 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.

modificación en el perfil de contratante del órgano de contratación en el plazo de 5 días desde la aprobación de la misma”.

Esta importante medida de control introducida por la Directiva permite garantizar el adecuado cumplimiento y tramitación de lo previsto a tal efecto en el pliego (artículo 43.1, *in fine*) posibilidad ya reconocida por la Sentencia del Tribunal de 8 de mayo de 2014, *Idrodinamica* (C-161/13)⁷⁷⁴. La finalidad de esta exigencia (que en España ya se aplica en Aragón y Navarra) es generar la transparencia adecuada en las causas y consecuencias de los modificados contractuales y permitir la impugnación por quienes estuvieran legitimados⁷⁷⁵ en los supuestos que se hayan incumplido los límites legales de la modificación deviniendo la adjudicación en ilegal. Y es que una modificación ilegal es una “nueva adjudicación” (Sentencia del Tribunal de 19 junio 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GMBH*, Cfr. apdo. 34), y por tanto, esa “nueva adjudicación” forma parte del objeto de recurso especial⁷⁷⁶.

En todo caso, cabe destacar que la modificación del contrato de concesión ya no es una prerrogativa total de la Administración sino que de acuerdo con los supuestos tasados de la Directiva pasa a ser una prerrogativa limitada a los supuestos expresamente previstos⁷⁷⁷.

⁷⁷⁴ En este sentido, la Sentencia del Tribunal de 8 de mayo de 2014, *Idrodinamica*, (C-161/13) que pretende generar la transparencia adecuada sobre las causas y consecuencias de los modificados contractuales así como posibilitar –en su caso– una eventual impugnación por quienes estuvieran legitimados, si se acreditara que se han incumplido los límites legales a tal potestad de modificación generando un acto nuevo de adjudicación ilegal. Así se prevé en el artículo 19.2 de la ley 4/2011, de 31 de marzo de 2011, de la buena administración y del buen gobierno de las Islas Baleares y en el artículo 10.3 de la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega. También la Ley 3/2011, de Contratos del Sector Público de Aragón, que *ex* artículo 12 *bis* exige la publicación de todo modificado –independientemente de su importe– y su modificación a los licitadores. Resulta de interés el Informe 12/2012, de 23 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre régimen de publicidad, notificación y formalización de los modificados contractuales en aplicación del artículo 12 bis de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón. *Vid.*, BERNAL BLAY, M. A., “Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos públicos”, en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, GIMENO FELIÚ, J. M., (dir.), BERNAL BLAY, M. A. (coord.), Civitas, Cizur Menor, 2011, págs. 203 a 210.

⁷⁷⁵ *Vid.* BELTRÁN GÓMEZ, A. I., “La transparencia en la modificación...”, *op. cit.*

⁷⁷⁶ El Informe núm. 12/2012, de 23 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón sobre el régimen de publicidad, notificación y formalización de los modificados contractuales, analiza el significado de este nuevo precepto y su fundamento en la jurisprudencia del Tribunal, concluyendo que “*II. Contra los actos de modificación procederá potestativamente recurso especial ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón cuando se trate de modificaciones previstas en contratos de valor estimado superior a 1 000 000 € para los contratos de obras, y de 100 000 € para los contratos de suministros y servicios, o recurso contencioso-administrativo (artículo 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). En el caso de modificaciones no previstas se aplicará el régimen ordinario de recursos*”.

⁷⁷⁷ VILLAR ROJAS, F. J., en “La resiliencia del contrato de gestión de servicio público...”, *op. cit.*, pág. 294, considera que la modificación se presenta como una prerrogativa limitada y denostada.

3.3.3. Formas de pago de la concesión: tarifa

Otro aspecto importante a destacar del PLCSP es la fijación de la retribución del concesionario vía tarifas⁷⁷⁸ con la intención de hacer efectivo que el riesgo que asume el concesionario no compute como déficit ya que la tasa es un impuesto que recauda la Administración por lo que evidencia la no existencia de gestión económica ni de explotación y, por lo tanto, tampoco existiría transferencia del riesgo además de suponer recaudación para un gasto público que puede comportar déficit y esto casaría mal con la finalidad que precisamente se quiere evitar con la licitación vía concesión. Así, el artículo 265 del PLCSP se refiere expresamente a las tarifas, de manera que se recoge la tesis defendida por el profesor TORNOS MÁS⁷⁷⁹. La referencia expresa a las tarifas obligará a reformular una jurisprudencia que, en servicios públicos, optaba por la configuración de tasa⁷⁸⁰. La correcta calificación de la forma de remuneración es importante porque no es una cuestión sin efectos prácticos pues como afirma TORNOS MAS: *“la tasa supone recaudación para un gasto público. Esto determinará que el servicio se convierte en un gasto que puede computar a efectos del déficit municipal. De acuerdo con los criterios EUROSTAT en relación con el tratamiento contable de los modelos concesionales, un cambio de modelo como el que se plantea (unido a otros datos adicionales como el compromiso de reversión de las instalaciones a la finalización del contrato), puede implicar que los compromisos de pago adquiridos por el Ayuntamiento por la duración total del contrato consoliden en su contabilidad, a efectos del cálculo del déficit y la deuda”*.

La opción del PLCSP es clara⁷⁸¹: la retribución de la concesión tiene naturaleza jurídica de tarifa (y no puede ser de opción por la entidad contratante)⁷⁸² tanto en los casos de obras como de concesión de servicios.

⁷⁷⁸ En contrato el artículo 265 del PLCSP establece que la remuneración del concesionario será vía tarifas. Al respecto, cabe advertir que el TRLCSP también se refiere a las tarifas como forma de retribución en el artículo 255 para el contrato de concesión de obra y el artículo 280 para los contratos de concesión de servicios públicos.

⁷⁷⁹ TORNOS MAS, J., “La tarifa como forma de retribución de los concesionarios: una figura constitucional y necesaria”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 24, 2011, págs. 22 a 29.

⁷⁸⁰ En concreto, la Sentencia de 23 de noviembre de 2015 del TS, *Vid.* TORNOS MAS, J., en el artículo “Informe sobre la contraprestación del servicio de abastecimiento domiciliario de agua: La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2015”, INAP, 17 de marzo de 2016.

⁷⁸¹ GIMENO FELIÚ, J. M., en “La transposición de las Directivas de contratación pública en España y el efecto directo ...”, pág. 28.

3.3.4. Formas de finalización del contrato de concesión. El rescate

Por último, considero oportuno hacer una breve mención a una tendencia de tipo organizativa que actualmente se está adoptando por algunas Administraciones Públicas basada en criterios de eficacia⁷⁸³ que es la remunicipalización⁷⁸⁴ de determinados servicios que hasta ahora estaban en manos privadas mediante la gestión indirecta de servicios públicos que pasan ahora a la gestión directa. Ello es así porque el modelo de colaboración con el sector privado, si bien presenta unas innegables ventajas, permite realizar determinadas infraestructuras que en tiempos de crisis serían inviables y obtener una mayor eficacia-eficiencia y, en principio, una mayor distribución de los fondos presupuestarios-, ha supuesto en ocasiones elevados costes de transacción, problemas de riesgo moral e incertidumbres contables al tratarse de sistemas de financiación poco transparentes y de difícil fiscalización junto a una ausencia de control que ha favorecido el desplazamiento de la inicial y legitimadora finalidad de interés público que justificaba dicha gestión indirecta al interés particular del operador privado quien ha visto un seguro el contratar con la Administración disponía de importantes medidas de compensación además que el reparto de riesgos no era efectivo ni equitativo.

Estos supuestos de remunicipalización se producen mediante rescate o bien una vez ha finalizado la concesión, de modo la concesión pasa a una acción directa⁷⁸⁵ de un servicio local que ha estado ya municipalizado.

⁷⁸² La opción de configurar tasa supondría, he hecho, la imposibilidad de impulsar concesiones de servicio. En este sentido, GARCÍA FERNÁNDEZ, J., “El fin de las concesiones administrativas de gestión de servicios públicos en los supuestos en los que la retribución que abonan los usuarios tengan naturaleza de tasa: ¿y ahora qué?”, *Revista Derecho Municipal*, Iustel, 10 de marzo de 2016.

⁷⁸³ Sobre el resultado del estudio del proceso de privatización que no arroja un saldo positivo me remito al interesante trabajo de BEL I QUERALT, G. y ESTRUCH MAJÓN, A., “La gestión de los servicios públicos locales: ¿por qué se privatizan los servicios públicos y qué efectos tiene la privatización?”, *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 5, 2011, págs. 193 a 205.

⁷⁸⁴ GIMENO FELIÚ, J. M., “Remunicipalización de servicios locales...” (*ibidem*, “La remunicipalización de servicios públicos locales: la necesaria depuración de conceptos...”, *op. cit.*); FONT LLOVET, T. y DÍEZ SÁNCHEZ, J. J., *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión*, Iustel, 2017; TORNOS MAS, J., “La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59, Iustel, 2016, págs. 32 a 49. Sobre el carácter general de la figura del rescate me remito al trabajo de MESTRE DELGADO, J. F., *La extinción de la concesión de servicio público*, ed. La Ley, Madrid, 1992, págs. 262 a 270; ORTEGA BERNARDO, J., “El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales”, *Revista de Información Laboral*, núm. 6, 2016, págs. 31 a 62; PONCE SOLÉ, J., “Remunicipalización y privatización de los servicios públicos...”, *op. cit.*

⁷⁸⁵ TORNOS MAS, J., “La remunicipalización de los servicios públicos locales...”, *op. cit.*, pág. 41.

Respeto a la regulación del rescate⁷⁸⁶ como causa de resolución del contrato que hace el artículo 277. c) del PLCSP para los contratos de concesión de obras de la siguiente índole: “*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*” y, el artículo 292 c) relativo al contrato de concesión de servicios prevé: “*El rescate del servicio por la Administración para su gestión directa por razones de interés público, en el caso de que se trate de un servicio público*”.

Al respecto, cabe indicar que en la redacción de estos dos preceptos del PLCSP se mantiene la técnica del rescate como privilegio unilateral y no en el sentido establecido en la Directiva de manera que se incumple la previsión del artículo 44 de la Directiva. En efecto, este precepto establece unos límites a la posibilidad de resolución anticipada por voluntad de la Administración, que desnaturaliza la filosofía del régimen de contratación en el ámbito de las concesiones, donde no tiene cobertura, con la toda la extensión que hasta se ha ido aplicando prerrogativas públicas exorbitantes⁷⁸⁷. El artículo 44 de la Directiva establece un número cerrado de causas de resolución como he expuesto en el punto 5.3.7.3 del capítulo II del trabajo, de manera que el interés público⁷⁸⁸ ya no es un título jurídico suficiente para ejercer potestades sobre el contrato, sino preservar el derecho de la competencia entre operadores y respetar el principio de seguridad jurídica que obliga a estar a lo pactado. Ello implica que dicha decisión podrá ser controlada por los tribunales y órganos resolutorios de recursos contractuales competentes pues a partir del 18 de abril de 2016 se amplía el ámbito del recurso especial más allá de la adjudicación del contrato, al dejar de ser un recurso

⁷⁸⁶ Actualmente se encuentra regulado en los siguientes artículos del TRLCSP: artículo 269 g) para el contrato de concesión de obras públicas y en el artículo 286 b) –como precedente el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales- y, en el ámbito específico de Cataluña en el artículo 248 e) y artículo 263 del Reglamento de obras, actividades y servicios de la Generalidad de Cataluña al establecer que “*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*”.

⁷⁸⁷ 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 ya 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. En especial en un sector donde las inversiones del sector privado son tan necesarias.

⁷⁸⁸ Así lo entendía el Consejo de Estado en el Dictamen núm. 2918/2003, de 27 de noviembre, al informar que: “*el rescate es una forma de extinción de las concesiones en firme en la que la Administración acuerda poner término a su existencia, al concurrir una causa de interés público prevalente, mediante indemnización a favor del concesionario por los daños que dicho acuerdo produce*”.

precontractual y, al ser una norma de contenido procesal, se aplicará la regla vigente al momento de dictar el acto, en este caso, la resolución.

Por todo ello, se infiere que el rescate ha de reinterpretarse de acuerdo con la Directiva y los principios europeos de contratación pública. Con la nueva regulación, no significa que no pueda rescatarse si existe un claro interés público, pero el rescate, como tal, es ya expropiación forzosa y no privilegio contractual, y deberá sustanciarse conforme a las reglas y principios de esta potestad⁷⁸⁹.

De esta manera, se debería adecuar la redacción de los artículos 277 y 292 del PLCSP a los supuestos del artículo 44 de la Directiva, ya que de nuevo, la Directiva ha alterado el fundamento regulatorio de la concesión y ello implica que pueda afectar a las prerrogativas administrativas y al ejercicio de la potestad del rescate concesional. Por último, indicar que, en todo caso, la decisión de rescatar se ha de justificar y motivar por razones de mayor eficacia⁷⁹⁰ y de buena administración. Dicho lo anterior, también se debe señalar que esta figura podrá afectar al principio de estabilidad presupuestaria pues todo rescate comportará la correspondiente indemnización⁷⁹¹ y podrá incidir en un mayor déficit, por lo que de nuevo, y como ha de ser la tónica general en la contratación pública, será necesario el estudio previo, exhaustivo y realista de las consecuencias para la hacienda correspondiente de dichas actuaciones y decisiones públicas.

⁷⁸⁹ Vid. GIMENO FELIÚ, J. M., “Remunicipalización de servicios locales...”, *op. cit.* pág. 66. En el mismo sentido se ha pronunciado el profesor TORNOS MAS, J., “La remunicipalización de los servicios públicos locales...”, *op. cit.*, págs. 32 a 49.

⁷⁹⁰ En este sentido, es sugerente la reflexión del profesor TORNOS MAS, J., en “La remunicipalización de los servicios públicos locales...”, *op. cit.*, pág. 49, que plantea al lector respecto a estas políticas organizativas que están surgiendo en torno a la remunicipalización que: “*si los entes locales se han mostrado ineficientes en el control y dirección, ubicando dicha necesaria justificación de los concesionarios, ¿serán eficaces en la gestión de los servicios públicos?*”, y afirma que la necesaria justificación y motivación se deberá hacer en función de cada supuesto específico teniendo en cuenta de alcanzar la máxima eficacia y eficiencia basados en económicos que sobrepasan de lo que es el estricto estudio jurídico de la remunicipalización.

⁷⁹¹ GIMENO FELIÚ, J. M., “La remunicipalización de servicios locales...”, *op. cit.*, pág. 46.

CONCLUSIONES

De lo analizado a la largo del trabajo, resulta obligado incidir y exponer los aspectos más importantes y aquellas reflexiones que surgen del análisis de la Directiva 2014/23/UE sobre la adjudicación del contrato de concesión así como su repercusión en nuestro ordenamiento jurídico interno:

PRIMERA.- Importancia de la Directiva 2014/23/UE al ser el primer texto que regula el contrato de concesión de manera autónoma y separada al resto de figuras contractuales, evidenciando la trascendencia de esta figura contractual que representa el 60% de las colaboraciones público-privadas. Y es que los contratos de concesión representan instrumentos importantes para el desarrollo estructural a largo plazo de infraestructuras y servicios y contribuyen al desarrollo de la competencia en el mercado interior, aprovechando las competencias del sector privado y permiten lograr eficiencia y aportar innovación.

La actual Directiva ha sido fruto de diversos trabajos desde 1999, sin estar exentos de dificultades al establecer un modelo común del contrato de concesión, dadas la diferentes singularidades de esta figura en los diferentes Estado miembros. La Directiva sobre la adjudicación de las concesiones es de mínimos y de consenso, movido principalmente el legislador comunitario por la necesidad de zanjar de una vez la inseguridad existente debido a la ausencia de unas normas claras a nivel de la Unión Europea en beneficio de las autoridades públicas y de los operadores económicos, uniformizar la interpretación de los principios del TFUE a los que estaban sometidas los contratos de concesiones de servicios, aumentar el acceso a las pequeñas y medianas empresas (PYME) y garantizar la transparencia y seguridad jurídica en la adjudicación. Precisamente, la necesidad de dotar de mayor seguridad jurídica la regulación de las concesiones es una de las razones que, de manera reiterada, expone el legislador comunitario (Considerandos 1 y 4), consciente de los problemas y de las diferencias que este vacío legal ha originado en los diferentes Estados miembros, provocado por la inaplicación de las Directivas sobre contratos públicos que excluían expresamente de su ámbito de aplicación a los contratos de concesión de servicios.

Y esta finalidad es la que se refleja en las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *INSALUD* y *Grupo Quirón*, en las que más que la calificación del contrato en cuestión de concierto, interesa al Tribunal que las competencias de planificación y organización del servicio público respeten dichos principios de funcionamiento del mercado interior. Por lo tanto, uniformidad en la interpretación de los principios constitutivos del TFUE que no uniformidad de los ordenamientos internos de los Estados miembros.

El ámbito de actuación de la Directiva es más amplio de lo que se indica en su título, pues aunque se refiera a la adjudicación de las concesiones, va más allá y regula también diversos aspectos importantes del procedimiento y de la ejecución del contrato, destacando la regulación de la modificación –en tanto una modificación puede suponer una nueva adjudicación- y la obligatoriedad de la publicación en determinados supuestos así como las formas tasadas de resolución.

Igualmente se debe destacar el carácter estratégico de esta Directiva de cuarta generación que supone un cambio de concepción de la contratación pública de manera que deja de ser únicamente compra pública para convertirse en un medio o herramienta al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento de sus fines o políticas públicas tales como impulso social, ambiental o de investigación.

SEGUNDA.- En la Directiva se hace patente -como ya iba señalando la jurisprudencia del Tribunal- la importancia del respeto y cumplimiento de los principios de contratación pública. En especial, adquiere principal protagonismo el principio de transparencia y principio de integridad, pues el primer objetivo de la Directiva es la observancia de los principios prevaleciendo por encima del tradicional interés público, de forma que esta traslación también debilita la configuración que en nuestro ordenamiento interno teníamos de las exorbitantes prerrogativas de la Administración Pública. Con ello, la modificación de contratos y la resolución ya no son prerrogativas absolutas como tal, sino que estarán limitadas a los supuestos fijados por la Directiva.

TERCERA.- El contrato de concesión, tal y como está previsto en la Directiva, es de tipo restrictivo, es decir, para poder licitar un contrato de concesión se deberán

cumplir con varios requisitos: que se trate de Servicios de Interés Económico General, de cuantía igual o superior a 5.225.000 euros, de objeto consistente en la ejecución de obras o prestación y gestión de servicios, que los sujetos sean poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras, que no se trate de ninguno de los abundantes supuestos de exclusión que prevé la Directiva, que no sean supuestos objeto de autorización ni licencia y, principalmente, y aquí está la gran aportación de la Directiva, que efectivamente se traslade el riesgo operacional al concesionario. Fuera de estos escenarios, no estaremos ante un contrato concesión y, en consecuencia, no será de aplicación la Directiva 2014/23/UE siendo aplicación, según los casos, la Directiva 2014/24/UE más exigente o la Directiva 2014/25/UE. Es decir, el ámbito de aplicación de la Directiva está acotado.

CUARTA.- La Directiva prevé muchos supuestos de exclusión, por lo que es necesario su previo análisis para delimitar el ámbito de aplicación. Respecto a la gran variedad de exclusiones, cabe hacer especial mención a la exclusión específica en el sector del agua, que se gestó durante la tramitación de la Directiva dada la posición de determinados sectores que defendían el agua como servicio público esencial y que, de acuerdo con la Directiva, se justifica dada la importancia del agua como bien público de valor fundamental para todos los ciudadanos de la Unión. Dicho esto, también es importante señalar que la propia Directiva en el artículo 2, indica expresamente que no impone un modelo de privatización de los servicios públicos, siendo posible la gestión directa de servicios al reconocer que dichas autoridades tiene 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.

Igualmente, resulta positiva la regulación por primera vez –al igual que la Directiva 2014/24/UE- dentro los supuestos de exclusión de los contratos de concesiones el relativo a las relaciones entre entidades del sector público o supuestos *in house providing*. El principio general es que el hecho de que las dos partes de un acuerdo que sean poderes públicos no excluye, por sí mismo, la aplicación de la normativa sobre contratación pública de manera que no se falsee la competencia

colocando al prestador de servicios en situación de ventaja respecto de sus competidores (Considerando 45). Sin embargo, si se tratan de medios propios o cooperación entre autoridades públicas, se deberá excluir de la aplicación de esta Directiva atendiendo al principio de libertad de elección de los modos de gestión (artículo 2.1 de la Directiva). En todo caso, el límite de la exclusión versa en el hecho que la actividad principal de la entidad concesionaria no esté dirigida a producir bienes o prestar servicios en el mercado libre, por lo que actúa fuera de la competencia propia del mercado. Como he analizado, el “control análogo” existirá no en función del porcentaje de participación en el capital social, sino por el hecho de que el ente instrumental carezca efectivamente de autonomía desde el punto de vista decisorio respecto del ente que realiza el encargo, no existiendo en estos casos verdadera autonomía contractual. De manera que los requisitos que exige la Directiva para estos tipos de encargos a entes propios son: el control análogo, el vínculo de destino y la ausencia de participación privada. Y este control análogo puede ser también colectivo, cuando además en los órganos decisorios de la persona jurídica controlada estén compuestos por representantes de todos los poderes o entidades adjudicadoras participantes y que la persona jurídica controlada no persiga intereses contrarios a los intereses de los poderes o entidades adjudicadores que la controlan.

En cuanto al supuesto de exclusión de aquellos servicios objeto de un derecho exclusivo al que hace referencia el artículo 10 de la Directiva, y otras exclusiones vía regulación sectorial, en tanto que contrato de servicio público en sentido estricto, puede suponer que la pervivencia del contrato de concesión de servicios tradicional de nuestro ordenamiento jurídico.

QUINTA.- El contrato de concesión previsto en la Directiva pivota en torno a la transferencia al concesionario del riesgo operacional de la explotación de la obra o servicios, que es un riesgo económico pues para su evaluación debe tomarse en consideración el valor neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario y, como advierte la Directiva hasta en dos, no está garantizado que el concesionario 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 en condiciones normales de funcionamiento.

Es un riesgo ligado a la teoría económica de mercado (el riesgo comercial es riesgo de demanda y riesgo de oferta) que supone una exposición real a las incertidumbres del mercado.

Es un riesgo que ha de ser efectivo pero que no ha de ser total ya que sería excesivo que el operador económico asumiese todos los riesgos pero sí significativo en cuanto efectivo y real -recordemos que cayó de la redacción final el adjetivo sustancial que contenía la propuesta- y que ha de ser previsible pero incierto, esto es, que no dependa del control de las partes.

El riesgo operacional -que es riesgo de demanda, riesgo de suministro o los dos- está parcialmente regulado en la Directiva con lo que particularmente considero que no se alcanza toda la seguridad jurídica que hubiera sido deseable y que reitera el legislador comunitario a lo largo de la Directiva y dicha indeterminación se arrastra en el PLCSP. Ello es así porque si bien se define uno de los riesgos del riesgo operacional, el relativo a la demanda, no contiene una definición concreta y exacta del alcance del riesgo de suministro o riesgo de oferta vinculado a la demanda, lo que es criticable pues va a generar de nuevo diferentes interpretaciones entre Estados miembros y poderes y entidades adjudicadoras. Por eso, a nivel doctrinal se han lanzado diversas interpretaciones y particularmente definiendo que, sobre la base del Considerando 20 y la jurisprudencia del Tribunal, debe ser entendido como el riesgo de construcción y riesgo de disponibilidad vinculado a la demanda sin que en ningún caso deba admitirse que el riesgo de disponibilidad, por sí solo, sea suficiente para calificar un contrato como contrato de concesión. En este sentido, es significativo el cambio sufrido por la propuesta -que hacía referencia al riesgo de demanda y al riesgo de disponibilidad- así como la jurisprudencia existente (por todas Sentencia *Privater* y *Norma-A* y *Dekom*) y la doctrina vertida al respecto.

En conclusión, y fruto de este trabajo de investigación llego a la conclusión que el riesgo de suministro ha de ser entendido como aquel riesgo vinculado a la oferta que prepara el concesionario que puede encontrar una respuesta en una demanda efectiva y suficiente para cubrir inversiones y costes y obtener un beneficio.

La explotación económica de la obra o del servicio, junto con la transferencia del riesgo operacional, son las principales características del contrato de concesión respecto a otras figuras contractuales, de manera que se vincula la retribución del concesionario a la explotación y a la prestación de dicha obra o servicio y este apunte es fundamental y sobre él gira toda la Directiva.

Es importante el inciso que hace la Directiva al puntualizar que el hecho que dicha retribución sea pagada por el poder o entidad adjudicador no es un obstáculo para reconocer la naturaleza de contrato de concesión siempre que dicha retribución dependa de la utilización de la obra o servicio (o riesgo de frecuentación de acuerdo con la Comunicación interpretativa del año 2000/C 121/02).

SEXTA.- El riesgo operacional no impide ni es incompatible con el principio de equilibrio y ventura, sino que más bien lo reclama como garantía de aseguramiento a los inversores, pero siempre con los límites trazados por la Directiva. Como expongo en el trabajo, partiendo que el riesgo y ventura tiene un álea muy amplio que se ha visto debilitado por el principio de equilibrio económico, que el principio de equilibrio económico es propio de todos los contratos de manera y que la nueva Directiva en determinadas ocasiones -en mi opinión- está reconociendo la posibilidad de mantener ese equilibrio en los contratos de concesión, cabe concluir que el riesgo operacional es el riesgo específico de los contratos de concesiones.

En efecto, el reconocimiento del principio de mantenimiento del equilibrio económico es fundamental para garantizar la viabilidad del contrato de concesión ya que el pago al concesionario responde a una exigencia que deriva del principio de previsión de enriquecimiento injusto.

En todo caso, este principio que ha de regir en todos los contratos y que a su vez es un derecho del concesionario, ha de ser aplicado de manera restrictiva sin que debilite el necesario riesgo operacional que ha de existir en las concesiones. En este sentido, y de manera expresa, la Directiva prohíbe que se puedan corregir los parámetros económicos ofertados en beneficio del concesionario.

En los contratos de concesiones será particularmente importante el aseguramiento de este principio pues son contratos largos y complejos con lo que si se aplica con rigor el principio de equilibrio económico podría imposibilitar una prestación continuada y regular de los servicios públicos, ahora bien, se ha de aplicar de manera estricta para no eliminar el riesgo operacional.

Por todo ello, insisto en el trabajo en la necesidad de que los pliegos detallen la equivalencia de las prestaciones de ambas partes y los riesgos que cada parte debe asumir, de manera que sea un reparto real y, a su vez, prudente, lejos de previsiones excesivamente optimistas y previendo todas las posibles y máximas circunstancias en el devenir de la concesión, atribuyendo a cada parte el riesgo que mejor puede asumir, introduciendo mecanismos para analizar y orientar las políticas públicas que se quieren realizar vía concesión para evitar el déficit y el gasto corriente excesivo. En definitiva, debe procurarse una correcta previsión y reparto de los riesgos por parte de los poderes y entidades adjudicadoras.

Sobre la importancia de los riesgos, cabe indicar que la situación de crisis ha incrementado la cautela con la que los poderes y entidades adjudicadoras han de recurrir a esta figura contractual, por lo que, una incorrecta fijación o estudio de los riesgos que ha de asumir cada parte, operador económico y poder o entidad adjudicadora, puede ocasionar importantes repercusiones no ya solo a la viabilidad de la concesión sino que puede comprometer el futuro económico de ambas partes.

En particular, desde el punto de vista de la Administración concesionaria es fundamental la correcta fijación de los riesgos para que no genere déficit ni gasto corriente, al constituir ambos supuestos un aumento del gasto público y, por ende, comprometer seriamente las finanzas públicas futuras.

SÉPTIMA.- Necesidad de deslindar el ámbito contable del jurídico, es decir, el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea (SEC 2010) tiene su acometido precisamente en aspectos contables y en la incidencia de los gastos de las Administraciones Públicas en déficit público -aspecto crucial que nadie niega- mientras que la normativa jurídica ha de regular aspectos que el legislador considere

importantes con la finalidad de conseguir la plena consecución del mercado interno y de los principios constitutivos del TFUE. Por ello, por mucho que se haya recurrido a la utilización de las formas de colaboración público-privadas o “huida del derecho presupuestario” en estos años de crisis, no es aceptable la confusión generada entre lo que es la causa del contrato y sus efectos. La causa ha de hacer referencia a los motivos que justifican la licitación vía concesión de manera que sea esta figura es la más idónea para dar respuesta a dichas necesidades y las consecuencias, entre otras, serán las repercusiones contables del contrato de concesión.

OCTAVA.- En el momento actual, en el que aún no contamos con una norma interna de transposición, la Directiva ya tiene efecto directo a partir del 18 de abril de 2016 y durante el período de transposición de dos años las normas nacionales se debían reinterpretar de acuerdo con las nuevas Directivas. De manera que los preceptos de la Directiva que fuesen claros, precisos e incondicionados desplegaban efectos jurídicos de obligada aplicación por los operadores jurídicos y, por ello, eran parámetro de control por parte de los órganos administrativos de recursos contractuales y la jurisdicción contencioso-administrativa. En efecto, las nuevas Directivas tienen fuerza interpretativa ya que solo así puede preservarse efecto útil de la normativa comunitaria y más cuando están imponiendo una determinada interpretación de las normas nacionales, una interpretación *secundum directivam*. Incluso los órganos jurisdiccionales nacionales estaban obligados a realizar una interpretación del Derecho nacional lo más conforme posible al Derecho comunitario.

A partir de dicha fecha, aunque no se haya transpuesto, ya se puede invocar directamente la nueva Directiva ante los tribunales nacionales, sin perjuicio de la posible responsabilidad patrimonial por incumplimiento de Derecho comunitario.

Ello implica importantes cambios en nuestro ordenamiento alguno de los cuales ya se han introducido por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, en concreto, en el ámbito de las concesiones en los aspectos relativos a las aportaciones públicas a la construcción y garantías a la financiación, aportaciones públicas a la explotación, y el nuevo proceso de adjudicación en concesión de obras en los supuestos en los que la resolución obedezca a causas no imputables a la Administración y se crea la Oficina Nacional de Evaluación (ONE) que tiene como

objeto analizar la sostenibilidad financiera de los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios públicos.

NOVENA.- El concepto de riesgo operacional del contrato de obras del PLCSP no se adecua a la Directiva por la vinculación de la existencia del contrato de concesión al riesgo de disponibilidad –pues este riesgo depende del propio concesionario y por tanto, no se ciñe a los dictados de la Directiva- obviando que ha de tenerse en cuenta el riesgo de demanda y/o el riesgo de construcción y, en la regulación de la Oficina Nacional de Evaluación, al hacer únicamente referencia al riesgo de demanda de los contratos de concesión de obra.

El riesgo operacional debe ser fijado *ex ante* en los pliegos, aunque sorprendentemente ni la Directiva ni el PLCSP inciden en este aspecto fundamental, en virtud del principio de optimización del riesgo o de transferencia óptima del riesgo a quien mejor lo pueda asumir. Y es un riesgo que, estando dentro del principio del riesgo y ventura clásico de nuestro ordenamiento y por lo tanto se ha de referir a acontecimientos ajenos a la esfera de actuación de las partes contratantes, es más específico como finalmente aclara y distingue el legislador en el PLCSP.

El riesgo operacional asumido por el concesionario ha de ser efectivo y por ello el Proyecto introduce medidas que considero positivas. Sin embargo, no encuentro aceptable la voluntad del legislador estatal de no adecuar los plazos de la duración del contrato de concesión a lo previsto en la Directiva manteniendo plazos de 40, 25 y 10 años sin ningún tipo de justificación. Esta falta de adecuación es criticable, pues qué duda cabe que la duración del contrato afecta directamente la existencia del riesgo operacional y puede suponer una ayuda ilegal mientras que la Directiva acota la duración al tiempo imprescindible y solo en supuestos específicos más allá 5 años.

DÉCIMA.- Aparecen problemas por la extensión de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la depuración del contrato de servicios *versus* el contrato de concesión de servicios públicos también a las otras formas de gestión indirecta del contrato de servicio público en los supuestos en los que no hay traslación del riesgo de la explotación. Sin embargo, por los motivos expuestos

en el trabajo, considero no contundentes los argumentos lanzados para dicha aplicación extensiva pues surgen disfunciones en el correcto cierre sistema de aseguramiento y prestación del servicio público.

Dicho lo anterior, cabe resaltar que no coinciden del todo los conceptos de contrato de concesión de servicios tal y como está regulado en la Directiva con el concepto tradicional de nuestro ordenamiento jurídico de concesión de servicios públicos. El concepto de concesión de la Directiva es más amplio que el previsto en nuestro ámbito interno pues no hace referencia únicamente al servicio público sino que se vincula la existencia de los contratos de concesión a los Servicios Interés Económico General en los que se traslade al concesionario el riesgo operacional. Por ello, podrán ser objeto de concesión aquellos servicios que sean susceptibles de una explotación económica y, por lo tanto, no todos los servicios públicos son susceptibles a ser explotados económicamente. Y estos Servicios Interés Económico General no quedan acotados en la Directiva, dejando a los Estados miembros su delimitación. Se trata, pues, de dos configuraciones diferentes, que pueden coincidir o no, por ello es necesario adaptar nuestro ordenamiento a la Directiva, principalmente incorporando la previsión y regulación de los contratos de concesión de servicios no públicos.

Mientras que los supuestos que, siendo contratos de concesión de servicios públicos no exista transferencia del riesgo operacional, se deberán calificar como contratos de servicios, si se trata de prestaciones no propiamente de servicios público en sentido estricto, dentro de la cuantía y fuera de los supuestos de exclusión del ámbito de aplicación. Ello supone la ampliación de los supuestos de contratos de servicios, tendencia que ya empezó en 2007.

DÉCIMOPRIMERA.- Respecto a la regulación del principio de equilibrio que hace el PLCSP en los contratos de concesiones, considero que es insuficiente por varias razones.

Primera, porque no me parece atinada la referencia únicamente a los supuestos de *factum principis* de la Administración Pública concedente, desconociendo la realidad organizativa del Estado español en las que decisiones de la Administración central puede afectar a contratos de concesiones celebrados por la Administración autonómica

o local o decisiones de la Administración autonómica puede afectar a contratos adjudicados por la Administración local.

Segunda, porque este supuesto debería hacer referencia a cualquier decisión administrativa o legislativa que altere de forma imprevisible el reparto de riesgos y no distorsione la tasa interna de rentabilidad o TIR.

Y, tercera, el PLCSP no hace referencia a los supuestos de riesgo imprevisible regulados en la normativa de servicios de las corporaciones locales y que la jurisprudencia del TS ha reconocido y que incluso también la Directiva contempla al hacer referencia a las circunstancias que el adjudicador diligente no podía prever del artículo 43.1.c) letra i) sobre las modificaciones y artículo 5 al enmarcar el riesgo operacional siempre en circunstancias normales de funcionamiento.

DÉCIMOSEGUNDA.- Del estudio de la Directiva y del PLCSP se encuentra a faltar el establecimiento de ciertos criterios u orientaciones para la correcta fijación de los riesgos entre el poder o entidad adjudicataria y el operador económico. Así, llego a la conclusión que, en el sector de las infraestructuras, lo más acertado siguiendo la teoría de la optimización del riesgo, es que en las infraestructuras nuevas o *greenfields*, el operador privado asuma el riesgo de construcción y el riesgo de demanda, mientras que en las ya existentes o *brownfields*, como quiera que la infraestructura está realizada y ya se conoce la demanda, adquirirá especial relevancia junto a estos riesgos, el de disponibilidad ligado a la cantidad y calidad de la prestación.

Por ello, considero que la inclusión como criterios delimitadores del contrato de concesión del riesgo de disponibilidad dentro del riesgo de suministro vinculado a la demanda o riesgo de oferta, puede hacer más competitiva y eficiente la concesión y permitir en dicha obra o servicio se potencie el uso de los usuarios y la buena prestación del servicio u obra. Sin embargo esta flexibilidad con que la Directiva plantea los riesgos –la previsión a otras posibilidades además de la trasmisión del riesgo de demanda y no únicamente por el riesgo de disponibilidad- y la falta de fijación exacta del alcance del riesgo de suministro vinculado a la demanda o riesgo de oferta, hace que los Estados miembros sean quienes interpreten dichos riesgos, por lo que exige mayor determinación y coordinación ya que de lo contrario puede afectar a la tan ansiada

seguridad jurídica y uniformidad en la interpretación de los principios constitutivos del TFUE pretendida por la Directiva.

DÉCIMOTERCERA.- En el momento actual, se está produciendo un cambio de paradigma de tipo organizativo en las políticas públicas. Si hasta hace apenas unos años, el planteamiento era acudir al sector privado quien gestionaba indirectamente determinados servicios, en el momento presente se está volviendo a la remunicipalización o *contracting back-in* de la gestión ahora por la propia Administración por motivos de mayor eficacia y eficiencia en la prestación de servicios. Ello no está exento de dificultades pues, de nuevo, reaparece la sombra amenazadora de la imputación como déficit de la correspondiente indemnización en los casos de rescate y de la gestión en sí del servicios, por lo que una vez más, es recomendable actuar en estos supuestos con prudencia, estudio exhaustivo y atinada delimitación previa justificación de los motivos por los que se opta por la gestión directa.

DÉCIMOCUARTA.- La desaparición del contrato de colaboración público-privado era previsible, al ser un contrato de carácter subsidiario que se nutría de otras figuras contractuales y actualmente se entiende colmado con las figuras existentes hasta el momento, en particular, con el contrato de concesión y, en especial, cabe hacer referencia a las posibilidades que permite la figura introducida por la Directiva 2014/24/UE relativa a la sociedad para la innovación. Además de lo expuesto, los peligros de las dificultades de control por parte de la Administración contratante y el hecho de ser un contrato complicado por su falta de definición y acotamiento previo, ha resultado ser de poco interés pues ya nació desnaturalizado con una regulación imprecisa –en especial, la asignación de los riesgos en orden a la consecución de un coste eficiente- y desproporcionada y que su régimen jurídico se remitía las reglas generales de los contratos. En este sentido son muy sugerentes las razones expuestas por el PLCSP al eliminar el contrato: *la escasa utilidad de esta figura en la práctica. La experiencia ha demostrado que el objeto de este contrato se puede realizar a través de otras modalidades contractuales, como es, fundamentalmente, el contrato de concesión*”.

DÉCIMOQUINTA.- En relación a la desaparición del contrato de gestión de servicios públicos que anuncia el legislador en la Exposición de Motivos del Proyecto

por la inexistencia de transferencia al contratista del riesgo operacional, no considero que sea el resultado que realmente se quiere desde Europa ni que el riesgo operacional pueda afectar al concepto y a las modalidades indirectas de prestación del de servicio público. Y es que la jurisprudencia del Tribunal en determinadas Sentencias (*INSALUD* y *Grupo Sanitario Quirón, SA*) son de efecto limitado al estar enfocadas más en el respecto de los principios -que precisamente es la intención del legislador comunitario en esta Directiva: la de garantizar la interpretación de los principios del TFUE de manera uniforme por parte de los Estado miembros- por lo que no debería suponer la eliminación del contrato de gestión de servicios públicos.

En definitiva, no me parecen contundentes las intenciones del legislador del Proyecto atendiendo a los Considerandos de la Directiva ni a los pronunciamientos del Tribunal para justificar la desaparición de la figura del contrato de gestión de servicios públicos y sí me parecen sugerentes los intentos del legislador para mantener el régimen de servicio público, aunque a mi parecer no son suficientes y producen disfunciones.

La opción del legislador de incorporar en el contrato de servicios y en el contrato de concesión de servicios el régimen y particularidades del servicio público y la técnica utilizada no me parecen clarificadoras, generando disfunciones según el concreto tipo de servicio que se trate.

DÉCIMOSEXTA.- En general de todo lo expuesto, de los supuestos de exclusión, del alcance de la Directiva, de la configuración del riesgo operacional –que si bien es novedoso y que debe ser transpuesto al ordenamiento interno- considero que la Directiva tiene un impacto medianamente clarificador y contenido respecto al ordenamiento interno. En efecto, el artículo 277 del TRLCSP ya vinculaba el contrato de servicios a la transferencia de un riesgo al concesionario, si bien es verdad que no quedaba claro si era el mismo riesgo y ventura de todos los contratos o si bien era específico para el contrato de concesión de servicios en tanto no se hacía referencia expresa respecto las otras formas de gestión indirecta. Por ello, llego a la conclusión que el riesgo operacional, es un riesgo más específico del riesgo y ventura para los contratos de concesiones vinculado al mercado.

Por mucho que el redactado del apartado IV de la Exposición de Motivos del PLCSP anuncie que desaparece el contrato de gestión de servicios públicos, no es así como se demuestra en el propio articulado del Proyecto, al mantener la sociedad de economía mixta y ciertos conciertos como contratos de concesión de servicios.

Por ello, no encuentro justificadas todas las modificaciones que prevé el PLCSP, siendo necesario a mi parecer, la permanencia del contrato de concesión de servicios públicos y otras figuras de gestión indirecta de servicio, de forma que debería limitarse el legislador a la incorporación y regulación del contrato de concesión de servicios no públicos y procurar la necesaria publicidad.

DÉCIMOSÉPTIMA.- Partiendo que el ámbito de aplicación de la Directiva son los Servicios de Interés Económico General y que los Estados miembros serán quienes vayan fijando estos servicios, queda un reducto muy fino de servicios públicos muy sensibles -como son los de carácter social, educativo y sanitario- en los que se deberá ponderar si predomina la explotación económica o si bien, por el contrario, quedan excluidos de la Directiva al responder a razones de solidaridad social, en tanto no existe este ánimo de mercado o lucro.

En todo caso, defiendo que se han de conciliar las libertades comunitarias, los principios y finalidades de la contratación pública con la existencia y mantenimiento del interés público, en el sentido que siempre se deberá garantizar el normal y correcto funcionamiento de los servicios públicos, su continuidad, regularidad, igualdad y calidad. El hecho que los contratos de gestión de servicios públicos se deban ajustar a la normativa de contratación pública como garantía al cumplimiento de los principios constitutivos TFUE debería suponer la adaptación y modulación de dichas figuras contractuales de gestión indirecta, en especial incorporando la publicidad y el reconocimiento de la interposición del recurso en estos contratos que no eliminación de dicho contrato.

BIBLIOGRAFÍA

AGUADO I CUDOLÀ, V. y NOGUERA DE LA MUELA, B., (2016) “Servicios de interés general, colaboración pública-privada y sectores específicos: una aproximación general”, en *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores* específicos, PARISIO V., AGUADO I CUDOLÀ, V. y NOGUERA DE LA MUELA, B., (dirs.), Tirant lo Blanc, Valencia, págs. 1 a 15.

AGUDO GONZÁLEZ, J., (2011) “El tiempo en las concesiones de servicio público. Continuidad en la prestación del servicio y *potestas variandi versus* libre concurrencia”, *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 26.

ALBI, F., (1960) *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Editorial Aguilar, Madrid.

ALENZA GARCÍA, J. F., (2007) “Las clases de contratos. Contratos de obras, concesión de obras públicas y concesión de servicios públicos”, obra colectiva *Comentarios a la Ley foral de Contratos Públicos (Ley Foral 6/2006, de 9 de junio)*, Gobierno de Navarra, Departamento de Presidencia, Justicia e Interior. Instituto Navarro de Administración Pública, CRUZ ALLI ARANGUREN, J., (dir.), Pamplona, 2007, págs. 458 a 539.

ALIAGA MORENO, I., (2015) “La regulación de las concesiones de obras y servicios en las nuevas Directivas europeas. Visión crítica de la regulación en Navarra”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 45 a 46, Zaragoza, págs. 260 a 311.

ALONSO GARCÍA, R., (2001) “El soft law comunitario”, *RAP* núm. 154, págs. 63 a 94.

AMENÓS ÁLAMO, J. y NIETO MORENO, J. E., (2012) “La languideciente vida del principio de equilibrio económico frente a riesgos imprevisibles en la contratación pública”, *REDA* núm. 156, págs. 119 y ss.

ARIMANY LAMOGLIA, E., (2005) “Sombras sobre los encargos directos de gestión a las sociedades mercantiles locales” (crónica de la STJCE de 13 de octubre de 2005, As. C-458/03, Parking Brixen GMBH), *Cuadernos de Derecho Local (QDL)* núm. 9, págs. 48 a 64.

- (2006): “La colaboración público-privada en la provisión de infraestructuras y equipamientos locales”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)* núm. 11, págs. 23 a 26.

- (2011): “El equilibrio económico financiero de la concesión de obra pública: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, Autopista Madrid-Toledo, AP-41, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. extraordinario homenaje al profesor IGLESIAS, J. L., págs. 93 a 100.

ARIÑO ORTIZ, G., (1968) *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, IEA, Madrid.

- (1981) *La empresa pública* en el libro dirigido por GARRIDO FALLA, F., “El modelo económico en la Constitución española”, IEE, Madrid, vol. II,

ARNOULD, J., (2000) “Le texte définitif de la Communication interprétative de la Commission européenne sur les concessions en droit communautaire”, *Revue Francaise Droit Administratif*, págs. 1015 a 1021.

ARROSMITH, S., (2000) The revised Agreement on Government Procurement: changes to the procedural rules and other transparency provisions”, *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*; Cambridge University Press, Cambridge, pág. 286.

- (2004) “An Assessment of the new legislature package on Public Procurement”, *Common Market Law Review* núm. 41.

BAEZA MUÑOZ, M. A; ORTEGA HORTELANO, A. y VASSALLO MAGRO, J. M.; (2012) “Reparto de riesgos en concesiones de infraestructuras ante la crisis económica”, *Transporte innovador y sostenible de cara al siglo XXX. Congreso Ingeniería del transporte celebrado en Granada del 20 al 22 de junio de 2012*, en Granada, Universidad de Granada, Granada.

BAÑO LEÓN, J. M., (2000) “La influencia del derecho comunitario en la interpretación de la ley de contratos de las Administraciones Públicas”, *RAP* núm. 151 enero-abril, págs. 11 a 37.

- (2013) “Del *ius variandi* a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general de los contratos públicos”, *Anuario de Gobierno Local* 2012, IDP, Barcelona, págs. 141 a 151.

BASSOLS COMA, M., (1995), “Evolución de la legislación sobre contratación administrativa”, en libro colectivo PENDAS, B. (coord.), *Derecho de los contratos públicos*, Praxis, Madrid, págs. 25 y ss.

BEL I QUERALT, G. y ESTRUCH MAJÓN, A., (2011) “La gestión de los servicios públicos locales: ¿por qué se privatizan los servicios públicos y qué efectos tiene la privatización?”, *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 5, págs. 193 a 205.

BELTRÁN GÓMEZ, A. I., (2012) “La transparencia en la modificación de los contratos públicos”, en www.obcp.es de 8 de octubre.

- (2013) “El derecho de acceso a un expediente de contratación y la confidencialidad de las propuestas”, en núm. Extraordinario *Revista Estudios Locales*, núm. 161, págs. 287 a 308.

BELLIDO BARRIONUEVO, M., (2005), “La eficacia interpretativa de la Directiva comunitaria durante el periodo de transposición. El efecto anticipación de la Directiva en conexión con el efecto bloqueo”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 24, págs. 159 a 174.

- BENACHIO, A., COZZIO, M. y TITOMANLIO, F., (2016) *I contratti pubblici nella giurisprudenza dell'Unione Europea, Tomo I, publicación del Osservatorio di Diritto comunitario e nazionale sugli appalti pubblici*, Universidad de Trento.
- BERBEROFF AYUDA, D., (2008) “Contratación pública, Derecho comunitario y entidades locales”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 18, págs. 48 a 65.
- BERGÈRE F., BEZANÇON X., DERY L., FISZELSON R. y FORNACCIARI M.; (2010), *La guide opérationnel del PPP*, Editions Le Moniteur, págs. 215 a 220.
- BERMEJO LATRE, J. L., (2009) “Riesgo y ventura del contratista”, BERMEJO VERA, J. (dir.), *Diccionario de Contratación Pública*, Iustel, Madrid, págs. 614 a 619.
- BERNAL BLAY, M. A., (2005) “Acerca de la transposición de las directivas comunitarias sobre contratación pública. Comentario a la STJUE de 13 de enero de 2005, As. C-84/03 (Comisión Vs. Reino de España) y el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo”, *RAP* núm.168, págs. 167 a 185.
- (2006) “Las encomiendas de gestión excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Una propuesta de interpretación del artículo 3.1, letra l) TRLCAP”, *REDA* núm. 129, págs. 77 a 90.
- (2008.a) “La problemática relativa a los negocios excluidos de la aplicación de la Ley: los encargos in House, con especial referencia al ámbito local”, en libro colectivo *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las entidades locales*, CEMCI, Granada, 2008, págs. 172 a 175.
- (2008.b) “Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones *in house*. Comentario de urgencia a la Sentencia del Tribunal de 19 de abril de 2007 *Asemfo vs. Tragsa* (As. C-295/05), *REDA* núm. 137, págs. 115 a 138.

- (2008.c) “Hacia una contratación pública socialmente responsable, las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, *Revista Aragonesa de Administración Pública* núm. X, dedicado a: *El Derecho de los contratos públicos*, Monográficos de la Zaragoza, 2008, pág. 221 a 252.

- (2011.a) “La cooperación administrativa horizontal como fórmula de organización. Su articulación en el ámbito local desde la óptica del Derecho de los contratos públicos”, en GIMENO FELIÚ, J. M., (coord.) *Organización Local, Nuevas tendencias*, Civitas, Cizur Menor, págs. 361 a 376.

- (2011.b) *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas paraconcesionales*, Civitas, Cizur Menor.

- (2011.c) “La colaboración entre el sector público y el sector privado”, *Comentarios a la ley de economía sostenible*, BELLO PAREDES, S. A. (coord.), La Ley, Madrid, págs. 181 a 194.

- (2011.d) “Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos públicos”, en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, GIMENO FELIÚ, J. M., (dir.), BERNAL BLAY, M. A. (coord.), Civitas, Cizur Menor, págs. 143 a 210.

- (2013.a) “El control análogo sobre los medios propios y su ejercicio colectivo por varias entidades”, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, núm. 124, págs. 88 a 93.

- (2013.b) “El desarrollo de las políticas activas de empleo a través de los contratos públicos”, en libro colectivo coordinado por PERNAS, J., *Contratación pública estratégica*, Civitas, Cizur Menor, págs. 163 a 166.

- (2013.c) “El sistema de tutela de la buena administración contractual: balance de su implantación y propuestas para un mejor aprovechamiento”, *REDA* núm. 160, págs. 190 a 213.

- (2015) “Los programas de Compliance en el “nuevo” Derecho de los contratos públicos”, www.obp.es de 16 de febrero.

BLANCO LÓPEZ, F., (2014) “La Directiva 2014/23 de concesiones. El riesgo operacional”, *Revista Derecho y Salud*, Vol. 24 núm. 2.

BLANQUER CRIADO, D., (2012) *La concesión de servicio público*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia.

BLAZQUEZ ROMÁN, J. A. y RAMÍREZ HORTELANO, P., (2005) “Las cláusulas sociales en la contratación administrativa”, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, núm. 42, págs. 39 a 49.

BOURGOIN P., (1985) “Les exclusions de marchés publics”, *Revue Marchés Publics*, núm. 208, págs. 27 a 31.

BRACONNIER, S., (2014) “La consécration du critère du risque opérationnel dans le directive “concession” en La nouvelle directive “concession”, *Contracts Públicos* núm. 141, marzo, págs. 26 a 32.

BRUNETE DE LA LLAVE, M. T., (2009) *Los contratos de CPP en la LCSP*, La Ley, Madrid.

- (2011) “Colaboración público-privada: presente y futuro” en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, GIMENO FELIÚ, J. M., (dir.), BERNAL BLAY, M. A., (coord.), Civitas, Cizur Menor, págs. 321 a 349.

BUENO CAMPOS, E., (1987) *La empresa española: estructura y resultados*, IEE, Madrid, 1987.

CALATAYUD PRATS, I., (2017) “Riesgo y efectos de la resolución por incumplimiento del contratista de las concesiones de obra y Servicio público: la

liquidación del contrato (RPA) y la indemnización de daños y perjuicios”, *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 44, Iustel, enero.

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*, Fundación Sainz de Varanda, Zaragoza.

BAÑO LEÓN, J. M., (2012) “Del *ius variandi* a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general en los contratos públicos”, *Anuario de Derecho Local*, núm. 1, págs. 141 a 151.

CAÑO GÓMEZ, M., (2014) “La nueva contratación pública: cuadro para una exposición”, www.obp.es, de 24 de noviembre.

CARANTA, R., (2008) “Il principio di diritto comunitario della trasparenza/concorrenza e l’affidamento o innovo di concessioni di servizi pubblici (ancora in margine al caso Enalotto)”, en *Guirisprudencia italiana*, págs. 474 a 478.

- (2012) “La Corte de giustizia ridimensiona la rilevanza del rischio di gestione”, en *Urbanística e appalti*, núm. 3.

CARBONERO GALLARDO, J. M., (2015) *Administración Local Práctica. Casos Prácticos de Derecho Administrativo y haciendas locales*. El Consultor de los Ayuntamientos, La ley, Madrid.

CARLÓN RUIZ, M., (2006) Monográfico de la *Revista Presupuesto y Gasto Público* dedicado a la Colaboración Público-Privada para la realización de infraestructuras públicas o prestación de servicios, núm. 45.

- (2010) “Nuevas técnicas para nuevos tiempos: del servicios público al servicio universal”, en MUÑOZ MACHADO, S. (dir), *Derecho de la regulación económica. I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Madrid: Iustel y

Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, págs. 494 a 499.

CARRILLO DONAIRE, J., (2003) “Un nuevo paso en la jurisprudencia comunitaria sobre el concepto de poder adjudicador: la sentencia del TJUE de 16 de octubre de 2003, sobre procedimiento de adjudicación de los contratos de obras públicas con ocasión de una licitación a cargo de la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 51, págs. 127 a 151.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A., (2014) *El principio de integridad en la contratación pública. Mecanismo para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción pública*, Aranzadi, Cizur Menor.

- (2017) *Contractació oberta*, Generalidad de Catalunya, Departament d’Afers i Relacions Institucionals i Exteriors i Transparència, Barcelona.

CODINA GARCÍA-ANDRADE, X., (2014) “Urgencia e imprevisibilidad en la contratación pública europea: jurisprudencia y nuevas Directivas”, *REDA* núm. 163, págs. 297 a 298.

COLAS TENAS, J., (2012) “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”, *REDA* núm. 153, págs. 253 a 276.

COLÓN DE CARBAJAL FIBLA, B., (2011) “Presente y futuro de la colaboración público-privada a nivel europeo: aspectos determinantes de su importancia como instrumento eficaz para salir de la crisis”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 316, págs. 25 a 29.

- (2011.a) “El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado como instrumento eficaz para salir de la crisis”, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación práctica y de los contratistas*, Ed.La Ley, núm. 110, págs. 40 a 45.

- (2012.b) “Hacia una nueva Directiva de Contratos Públicos”, revista digital *Noticias jurídicas*, mayo.

http://noticias.juridicas.com/articulos/10-Derecho%20Comunitario/20120511_hacia_una_nueva_directiva_de_contratacion_publica.html)

- (2014) “El contrato de colaboración público-privada en el ordenamiento jurídico español: crónica de una muerte anunciada”, en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos de 2013*, GIMENO FELIU, J. M., (dir.) y BERNAL BLAY, M. A., (coord.), Civitas, Cizur Menor, págs. 489 a 524.

CONCHA JARAVA, M., (2001) “El concepto de poder adjudicador en materia de contratación pública: la sentencia de 15 de enero de 1998”, en HINOJOSA MARTÍNEZ, E. (coord.), *La contratación de las Administraciones Públicas. IV Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, Junta de Andalucía-Comares, 2001, pág. 243 y ss.

COYLE, C., (2014) “Nueva Directiva sobre Adjudicación de Concesiones: ¿excluye las basadas en la transferencia del riesgo de disponibilidad?

http://www.legaltoday.com/practica-juridica/publico/d_administrativo/nueva-directiva-sobre-adjudicacion-de-concesiones-excluye-las-basadas-en-la-transferencia-del-riesgo-de-disponibilidad

COZZIO M., (2013) “La función de la jurisprudencia en el proceso de europeización de las reglas de contratación pública”, en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, GIMENO FELIÚ, J. M. (dir.) y BERNAL BLAY, M. A. (coord.), Civitas, págs. 89 a 116.

CHINCHILLA MARÍN, C., (2006) “El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado”, *REDA* núm. 132, de 2008, págs. 609 a 644.

- (2011) “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (I). Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de las Directivas”, en la obra colectiva *El*

Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros, Lex Nova, Valladolid, págs. 33 a 79.

DEBANDE, O., (2002), “Private Financing of Transport Infrastructure. An assessment of the UK Experience”, *Journal of Transport Economics and Policy*, 36, 3 págs. 355 a 387.

DEL CUVILLO CONTRERAS, I., (2009.a) “El Medio Propio en la Jurisprudencia Comunitaria sobre Contratos Públicos. Análisis de la Sentencia del TJCE, Coditel, de 13 de noviembre de 2008. Reflexiones desde una perspectiva española”, *Revista de la Asociación de Abogados del Estado* Año VI, número 24, abril a junio.

-(2009.b) “La jurisprudencia sobre contratos públicos posterior a la Sentencia Coditel Brabant de 13 de noviembre de 2008”, *Revista de la Asociación de Abogados del Estado* Año VI, número 26, octubre a diciembre.

DÍEZ SASTRE, S., (2013) “La modificación de los contratos en la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre contratación pública”, www.obpc.es de 14 de octubre.

DORREGO DE CARLOS A. y MARTÍNEZ VAZOSA, F., (2009) *La colaboración pública privada en la Ley de contratos del sector público. Aspectos administrativos y financieros*, La Ley, Madrid.

EDWARD, D.A.O., (1995) “Efecto directo y primacía del Derecho comunitario. El problema especial de las directivas”, *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 42.

FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., (2014) *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Rafael Fernández y Acevedo, Patricia Valcárcel Fernández (coords.), Civitas, Cizur Menor.

FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J. M., (2008) *Comentarios a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público*, Editorial Bosch, Barcelona.

- FERNÁNDEZ FARRERES, G., (2008) “El concepto de servicio público y su funcionabilidad en el Derecho administrativo de la nueva economía”, *Justicia Administrativa* núm. 18, págs. 7 a 21.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, J. F., (2014) “Equilibrio económico y revisión de precio en los contratos administrativos”, *REDA* núm. 163, págs. 145 a 180.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, J. F., (2013) “Contratación administrativa y libre competencia” en *REDA* núm. 158, págs. 89 a 125.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, M. Y., (2005) “La nueva regulación de la contratación pública en el Derecho Comunitario Europeo”, *RAP* núm. 166, Madrid, enero-abril, págs. 281 a 320.
- FERNÁNDEZ LLERA, R., (2009) “Colaboración público-privada como elusión de la estabilidad presupuestaria. *Public-private partnership as a circumvention of budgetary stability*”, *Revista de Estudios Regionales*, Vol. Ext. VIII.
- FERNÁNDEZ MALLOL, A. L., (2014) “La integridad del procedimiento de contratación pública en el derecho de la Unión Europea. El conflicto de interés y su incidencia sobre la regulación de las prohibiciones para contratar, las causas de incompatibilidad y las disposiciones sobre transparencia y buen gobierno”; *REALA* núm. 2, julio-diciembre.
- FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M. A., (2014) “El necesario cambio de configuración del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado ante su escaso empleo en la práctica”, *REDA* núm. 167, págs. 293 a 326.
- FONT LLOVET, T. y DÍEZ SÁNCHEZ, J. J., (2017) *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión*, Iustel, Madrid.
- FOUASSIER, C., (2000), “Vers un véritable droit communautaire des concessions?”, *Revue Trimestalle de Droit Européé*, págs. 690 a 696.

FUENTEAJA PASTOR, J. A., (2004) “Riesgo y ventura en la concesión de obra pública”, *Revista de Derecho de la Unión Europea* núm. 7, 2 semestre 2004, págs. 183 a 195.

FUERTES LÓPEZ, M., (2000) “Los problemas de la delimitación entre los contratos administrativos y privados de las Administraciones Públicas”, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 6.

- (2013.a) “Los riesgos del riesgo de explotación (crítica a la jurisprudencia del tribunal de justicia de la Unión Europea sobre las concesiones de servicios público y los contratos de servicios)”, en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, GIMENO FELIÚ, J. M., (dir.) y BERNAL BLAY, M. A. (coord.), Civitas, Cizur Menor, págs. 197 a 239.

- (2013.b) “Que las aguas vuelvan a su cauce”, publicado en www.obcp.es de 12 de agosto.

GÁLLEGO CÓRCOLES, I., (2003) “La garantía del equilibrio financiero en la concesión de servicios públicos (I), *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, ed. La Ley núm. 26, págs. 52 a 64.

- (2004) “La garantía del equilibrio financiero en la concesión de servicios públicos (y II), *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley núm. 27, págs. 54 y ss.

- (2008.a) “Algunas reflexiones en torno al ámbito subjetivo de la Ley de contratos del sector público”, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación práctica y de los contratistas*, Ed. La Ley, núm. 72, págs. 36 a 46.

- (2008.b) “El concepto de poder adjudicador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (I), *Contratación administrativa práctica:*

Revista de la contratación administrativa y de los contratistas, Ed. La Ley, núm. 77, 2008, págs. 44 y ss.

- (2008.c) “El concepto de poder adjudicador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (y II), *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, núm. 78, 2008, págs. 76 y ss.

- (2009) “Criterios de adjudicación del contrato público y principio de transparencia en la jurisprudencia del TJCE”, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, núm. 87, 2009, págs. 59 a 69.

- (2011.a) Modificación de los contratos públicos y legislación aplicable. Algunas consideraciones desde el Derecho de la Unión Europea”, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, núm. 109, 2011, págs. 52 a 58.

- (2011.b) “¿Qué es una modificación de las condiciones esenciales de un contrato público?”, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, núm. 110, págs. 56 a 66.

- (2011.c) “Distinción entre el contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios (I), *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, núm. 111, págs. 56 a 61.

- (2011.d) “Distinción entre el contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios (II), *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, núm. 112, 2011, págs. 68 a 75.

- (2011.e) “Cláusulas sociales, contratación pública y jurisprudencia del TJUE”, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, núm. 113, págs. 64 a 69.

- (2011.f) “La gestión de servicios públicos mediante sociedades de economía mixta en la jurisprudencia europea (I)”, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley núm. 105, págs. 66 a 73.

- (2011.g) “La gestión de servicios públicos mediante sociedades de economía mixta en la jurisprudencia europea (y II)”, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, núm. 106, págs. 60 a 66.

- (2011.h) “La gestión de servicios públicos mediante sociedades de economía mixta”, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, núm. 107, págs. 48 a 56.

- (2012) “La ampliación del plazo concesional como fórmula del restablecimiento del equilibrio económico del contrato”, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, núm. 118, págs. 54 a 61.

- (2014) “Las relaciones “contractuales” entre entes públicos no sometidas a la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública”, en el libro colectivo dirigido por ALMEIDA, M., y MARTÍN, I., (dirs.), *La nueva contratación pública, Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo* (Toledo, 13 y 14 de noviembre de 2014), págs. 111 a 116.

- (2015.a) “La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública”, en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos, número monográfico especial (2015), Las nuevas Directivas de Contratación Pública*, GIMENO FELIÚ, J. M. (dir.), Civitas, Cizur Menor, págs. 109 a 167.

- (2015.b) “Los encargos a medios propios y a servicios técnicos en la jurisprudencia del TJUE”, *Contratación administrativa práctica: Revista de la*

contratación administrativa y de los contratistas, Ed. La Ley, núm. 140, págs. 70 a 77.

- (2016.a) “El derecho al reequilibrio económico de los contratos en la jurisprudencia reciente del Tribunal”, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, núm. 142, págs. 52 a 61.

- (2016.b) “Circunstancias externas y reequilibrio económico del contrato público”, *Revista digital de Derecho administrativo* núm. 15, págs. 115 a 142.

- (2017) “Los encargos a medios propios y servicios técnicos en la LRJSP”, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, núm. 147, págs. 18 a 26.

GARCÉS SANAGUSTÍN, M., (2012) “El nuevo régimen jurídico de la modificación de los contratos públicos”, libro colectivo *El nuevo marco de la contratación pública*, Ed. Bosch, Barcelona.

GARCÍA DE BUSTOS, F. (2004) “Asignación de riesgos en la colaboración público-privada: nueva decisión de Eurostat”, *Análisis local*, núm. 52, págs. 43 a 48.

GARCÍA DE ENTERÍA, E., (1950) “Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo”, *RAP* núm. 2, 1950, págs. 83 a 108.

- (2003) “Una nueva sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la sumisión a las normas comunitarias sobre contratación pública de las sociedades mercantiles de titularidad de las administraciones públicas (Sentencia Comisión contra España, de 16 de octubre de 2003, C-283/200)”, *REDA* núm. 120 (octubre-diciembre), págs. 667 a 677.

GARCÍA HERNÁNDEZ, J., (2016) “El fin de las concesiones administrativas de gestión de servicios públicos en los supuestos en los que la retribución que abonan

los usuarios tengan naturaleza de tasa: ¿y ahora qué?”, *Revista Derecho Local* núm. 38, febrero.

GARCÍA MACHO, R., (2010) *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid.

GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., (1953), “Aspectos de la Administración económica”, *RAP* núm. 12, págs. 11 a 76.

GARDEÑES SANTIAGO, M., (1992) “Las comunicaciones interpretativas de la Comisión: concepto y valor normativo”, *Revista de instituciones europeas*, 19/03, págs. 933 a 950.

GIMÉNEZ DE CÓRDOBA FERNÁNDEZ-PINTADO, M., (2015) en *Jornadas sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del sector Público: encomiendas de gestión y acuerdos marco*, Instituto Universitario Gutiérrez Mellado, de 12 de junio.

GIMENO FELIÚ, J. M., (2000) “La necesaria interpretación subjetivo-funcional del concepto de poder adjudicador en la contratación pública”, *RAP* núm. 151, 2000, págs. 425 a 440.

- (2004) Los procedimientos y criterios de adjudicación y la posibilidad de valorar aspectos sociales y medioambientales”, GIMENO FELIÚ, J. M. (coord.), *Contratación de las Administraciones públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, págs. 61 a 94.

- (2005) “La problemática derivada del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios: Alcance de la Jurisprudencia Comunitaria”, *Informe de Comunidades Autónomas*, Universitat de Barcelona, Institut de Dret Públic.

- (2006) *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una ley de contratos y propuestas de reforma*, Thomson/Civitas, Madrid, págs. 15 a 21.

- (2007.a) “La incorporación del Derecho comunitario al ordenamiento nacional“, *Noticias de la Unión Europea* núm. 267, págs. 61 a 67.

- (2007.b) “Reflexiones críticas sobre el Proyecto de Ley de contratos del sector público”, *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 14.

- (2008) “El ámbito subjetivo de aplicación TRLCSP: luces y sombras”, *RAP* núm. 176, págs. 9 a 54.

- (2009) “Los sujetos contratantes: alcance del concepto poder adjudicador en la ley de Contratos del sector público”, *Noticias de la Unión Europea* núm. 298, págs. 55 a 70.

- (2010.a) “La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública”, *REDA* núm. 147, págs. 517 a 535.

- (2010.b) *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de los contratos públicos*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, págs. 253 a 259.

- (2010.c) “Nuevos escenarios de política de contratación pública en tiempos de crisis económica”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 9.

- (2010.d) “El principio de eficiencia”, en *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, dir. SANTAMARIA PASTOR, J. A., La Ley, Madrid, págs. 1255 a 1274.

- (2011) “El régimen de la modificación de contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio”, *REDA*, núm. 149, págs. 29 a 54.

- (2012) “Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contratos de servicios y el CPP”, *REDA* núm. 156, págs. 17 a 57.

- (2013.a) “Las nuevas Directivas –cuarta generación- en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública”, *REDA* núm. 159, págs. 25 a 89.
- (2013.b) “Novedades en la nueva normativa comunitaria sobre contratación pública”, en *Revista de Estudios Locales*, núm. 161, págs. 15 a 44.
- (2013.c) “La modificación de los contratos: Límites y derecho aplicable”, en el libro colectivo coordinado por CANO CAMPOS, T., y BILBAO ALEXIADES, E. (coords.), *La contratación pública: problemas actuales*, Consejo Consultivo de Madrid, Madrid, págs. 83 a 142.
- (2013.d) “Compra pública estratégica”, libro colectivo *Contratación pública estratégica*, PERNAS GARCÍA, J. J., (coord.), Civitas, Cizur Menor, págs. 45 a 80.
- (2013.e) “Unidad de mercado y contratación pública: redefiniendo los perfiles del contratante” publicado en www.obcp.es de 18 de marzo.
- (2014.a) “La obligación de publicidad de todas las licitaciones en la plataforma de contratos del sector público. Hacia una efectiva política de transparencia”, publicado en www.obp.es de 12 de mayo.
- (2014.b) “Transparencia activa e integridad: posibilidades y límites actuales en la legislación de contratos públicos”, en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, GIMENO FELIÚ, J. M. (dir.) y BERNAL BLAY, M. A. (coord.), Civitas, Cizur Menor, págs. 27 a 80.
- (2014.c) *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública: de la burocracia a la estrategia*, Aranzadi, Cizur Menor, Ed. Thomson Reuters, (Navarra).
- (2014.d) “Reforma de la normativa europea sobre contratación administrativa y transparencia en la contratación por parte del sector público”, *I Seminario sobre*

Transparencia administrativa y protección de los intereses financieros de la Unión Europea en la Eurorregión Galicia-Norte de Portugal.

- (2015.a) “El valor interpretativo de las directivas comunitarias sobre contratación pública y del derecho “pretoriano”. Las opciones de transposición en España en la propuesta de reforma”, en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, GIMENO FELIÚ, J. M. (dir.) y BERNAL BLAY, M. A. (coord.), Civitas, Cizur Menor, págs. 19 a 31.
- (2015.b) “La “codificación” de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE”, en *REDA* núm. 172, julio-septiembre, págs. 81 a 122.
- (2015.c) “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”, *VI Seminario de Contratación Pública*, Formigal, septiembre, www.obcp.es.
- (2015.d) “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad” en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos, número monográfico especial (2015), Las nuevas Directivas de Contratación Pública*, GIMENO FELIÚ, J. M. (dir.), Civitas, Cizur Menor, págs. 39 a 105.
- (2015.e) “El valor interpretativo de las nuevas directivas de Contratación Pública antes del vencimiento del plazo de transposición”, www.obp.es de 30 de marzo de 2015.
- (2015.f) “Servicios de salud y reservas de participación ¿una nueva oportunidad para la mejora del SNS? (Análisis de los artículos 74 a 77 de la nueva Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública)”, *Revista Derecho y Salud*, Vol. 26, núm. 2, págs. 65 a 85.

- (2015.g) “El nuevo paquete legislativo comunitario de contratación pública: principales novedades. La transposición en España, esta forma de transposición comporta problemas tanto en el cumplimiento de plazos, como de contenido” en las *Ponencias celebradas en Oporto* el 7 de septiembre.

- (2016.a) “El efecto directo de las directivas de contratación pública de 2014 en ausencia de transposición en plazo en España”, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, núm. 143, págs. 8 a 19.

- (2016.b) “La lucha contra la corrupción: la transparencia en los procedimientos de contratación pública”, en *Temas para el debate*, noviembre, núm. 264, págs. 35 a 37.

- (2016.c) “Transparencia y prevención de la corrupción en los procedimientos de contratación pública. ¿Avanza el proyecto Ley Contratos Sector Público?”, *Revista Estudios locales*, núm. 195, págs. 10 a 20.

- (2016.d) “Reglas básicas para mejorar la eficiencia y la transparencia en la contratación pública”, *Presupuesto y Gasto*, núm. 82, págs. 137 a 158.

- (2016.e) “Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público”, *Jornada sobre el impacto de las nuevas Directivas de contratos de la Unión Europea en la regulación de las modificaciones de contratos del sector público*, celebrada el 2 de mayo, Facultad de Derecho, Universidad de La Coruña, www.obcp.es

- (2016.f) “Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público”, en el libro colectivo GIMENO FELIU, J. M., (dir.) *Observatorio de los Contratos Públicos 2015*, Civitas, Cizur Menor, págs. 31 a 127.

- (2016.g) “La solidaridad y la calidad son compatibles con la contratación pública”, en *Blog Revista Catalana de Dret Public*, 30 de mayo, <https://eapc->

rcdp.blog.gencat.cat/2016/05/30/la-solidaridad-y-la-calidad-son-compatibles-con-la-contratacion-publica-jose-maria-gimeno-feliu/

- (2016.h) “Reglas básicas para mejorar la eficacia y la transparencia en la contratación pública”, *Presupuesto y gasto Público. Hacienda Autonómica y local*, 82 (1/2016), Instituto de Estudios Fiscales núm. 82, págs. 137 a 158.
- (2016.i) “La incidencia de la nueva Ley de Régimen Jurídico del Sector Público en régimen de contratación de ciertos poderes adjudicadores: la "vuelta" al derecho administrativo”, www.obpc.es de 14 de noviembre.
- (2016.j) El nuevo paquete legislativo comunitario de contratación pública: principales novedades (La orientación estratégica de la contratación pública) en RODRÍGUEZ-CAMPOS, S. (coord.), *Las nuevas directivas de contratos públicos y su transposición*, Marcial Pons, págs. 15 a 117.
- (2016.k) “El necesario big-bag contra la corrupción en materia de contratación pública y su modelo de control”, *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, R.I.T.I. núm. 2, septiembre-diciembre.
- (2016.l) “La corrupción en el contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad”, *La corrupción en España: ámbitos, causas y remedios jurídicos*, GIMENO FELIÚ, J. M.; VILLORIA MENDIETA, M. y TEJEDOR BIELSA, J. (dirs.), Atelier, Barcelona, págs. 247 y ss.
- (2016.m) “Remunicipalización de servicios locales y Derecho comunitario”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 58/59, págs. 50 a 71.
- (2016.n) “La transposición de las Directivas de contratación pública en España y el efecto directo por vencimiento del plazo de incorporación. Consecuencias prácticas”, *Revista Gallega de Administración Pública (REGAP)*, núm. 52, 2016, págs. 9 a 60.

- (2017.a) La remunicipalización de servicios públicos locales: la necesaria depuración de conceptos y las condicionantes jurídicos desde la óptica del derecho europeo”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)* núm. 43, págs. 50 a 71.
- (2017.b) “Hacia una nueva Ley de contratos del sector público. ¿Una nueva oportunidad perdida?”, *REDA* núm. 182, enero-marzo, págs. 204 a 217.
- (2017.c) “La incidencia de la nueva Ley de Régimen Jurídico del Sector Público en el régimen de contratación de ciertos poderes adjudicadores y de la Ley de Procedimiento Administrativo Común en la posibilidad de control”, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, núm. 147, 2017, págs. 6 a 9.

GÓMEZ FERRER MORANT, R., (1972), “Entorno a la Ley de autopistas de peaje, *RAP* número 68, 1972, págs. 325 a 328.

GONZÁLEZ DE OLANO, G. y NAVARRRO MANICH, J. A., (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, págs. 44 a 57.

GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., (2006) “El contrato de colaboración público-privado”, *RAP* núm. 170.

- (2007.a) *Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2007.b) Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación. Comentario a la Sentencia del Tribunal en el As. *Asemfo c. Tragsa* y Administración General del Estado”, *RAP* núm. 173, mayo-agosto: 218, págs. 207 a 237.
- (2007.c) “Arrendamiento operativo” (págs. 75 a 83), “Colaboración privada” (págs. 180 a 193) y “Estabilidad presupuestaria” (págs. 367 a 379) en la obra

dirigida por el mismo *Diccionario de obras públicas y bienes públicos*, Iustel, Madrid.

- (2015) “Sostenibilidad social y ambiental en la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 56, págs. 13 a 42.

- (2017) “Proyecto de nueva Ley de contratos: aspectos a rectificar”, publicado en www.obcp.es de 16 de enero.

GONZÁLEZ SANFIEL, A., (2016) “La integridad en la contratación pública: ¿un principio con sustantividad propia?”, HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. (dir.), *El impacto de la crisis económica en la contratación pública. España, Italia y Francia*, Aranzadi, Cizur Menor, págs. 31 a 53.

GONZÁLEZ VARAS, S., (2012) *Tratado de Derecho administrativo, Tomo II, El Derecho administrativo europeo*, ed. Thomson, Pamplona, 2ª ed., págs. 36 y ss.

- (2006) “Nuevos desarrollos de la idea de colaboración privada empresarial de las funciones públicas”, *Presupuesto y Gasto Público* núm. 45, págs. 31 a 40.

GUTIÉRREZ LÓPEZ, C., (2009) *Gestión bancaria de riesgos: especial referencia al riesgo operacional, propuestas de control y aplicación empírica*, Universidad de León, León.

HART D, O. (1974) “On the existence of Equilibrium in a securities model”, *Journal of Economic Theory*, Department of Economics 9, University of Essex, Wivernhoe Park, Colchesteu, Essex, England, págs. 293 a 311.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L., (2015) “La nueva Directiva de Concesiones. Un largo viaje con final esperado” en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos, número monográfico especial (2015), Las nuevas Directivas de Contratación Pública*, GIMENO FELIÚ, J. M. (dir.), Civitas, Cizur Menor, págs. 169 a 234.

- (2011) “Monopolio en competencia. A propósito de la regulación de las loterías y apuestas en Europa”, en *Derecho Administrativo y regulación económica, Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz*, La Ley, Madrid.

- (2015) “El nuevo marco jurídico comunitario aplicable a los contratos de concesión” en *La nueva contratación pública, Régimen Jurídico Básico de las Administraciones Públicas: libro homenaje al profesor Luis Cosculluela*, Iustel, Madrid.

-(2016.a) “La controvertida supresión del contrato de gestión de servicios públicos”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* núm. 60, Iustel, abril, pág. 50 a 58.

- (2016.b) “La problemática de la contratación pública de la crisis”, en *El impacto de la crisis en la contratación pública: España, Italia, Francia*, HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L. (dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2016, págs. 21 a 28.

HERNANDO RYDINGS, M., (2012) *La colaboración público-privada. Fórmulas contractuales*, Civitas, Cizur Menor, pág. 123 y ss.

- (2015) “El nuevo marco jurídico comunitario aplicable a los contratos de concesión” en *La nueva contratación pública, Régimen Jurídico Básico de las Administraciones Públicas: libro homenaje al profesor Luis Cosculluela*, Iustel, Madrid, págs. 93 a 107.

HOEPFFNER, H., (2011) “La modification des contrats de la commande publique a l’épreuve du droit communautaire”, *Revue Française Droit Administratif*, núm. 1, págs. 98 a 114.

HOLLARD, V., (1989) *L’exclusion des marchés publics (annexe au rapport sur le projet de réforme du Code penal*, Chambre de Commerce et d’Industrie de Paris, Paris.

JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., (1986) “El efecto directo de las directivas de la Comunidad Europea”, *RAP* núm. 109, págs. 119 a 140.

LAGUNA DE PAZ, J. C., (2009) en *Servicios de interés económico general*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, págs. 227 y ss.

- (2016) Los servicios de interés general en la Unión Europea: su sujeción a las reglas del mercado”, en *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos*, PARISIO V., AGUADO I CUDOLÀ, V. y NOGUERA DE LA MUELA, B., (dirs.), Tirant lo Blanc, Valencia, pág. 72 a 73..

LAVILLA RUBIRA, J. J., (2004)“El contrato de gestión de servicios públicos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, en GÓMEZ-FERRER MORANT, R., *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004, págs. 943 a 980.

LAZO VITORIA, X., (2013.a) “El futuro del mercado concesional en Europa”, *Revista CEFLEGAL*, CEF, núm. 154, noviembre, págs. 137 a 174.

- (2013.b) “La propuesta de Directiva de concesiones: rasgos fundamentales”, publicado en www.obp.es de 23 de marzo.

- (2015) “Contratos públicos, concesiones y contratos mixtos” en Las Nuevas Directivas de Contratación Pública en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos, número monográfico especial (2015)*, *Las nuevas Directivas de Contratación Pública*, Civitas, Cizur Menor, págs. 425 a 436.

- (2016.a) “La fusión de prestaciones de distinta clase en un único contrato. Estado de la cuestión y Nuevo régimen jurídico establecido por las directivas de contratación pública de 2014”, en el libro colectivo GIMENO FELIÚ, J. M., (dir.) *Observatorio de los Contratos Públicos 2015*, Civitas, Cizur Menor, págs. 223 a 245.

- (2016.b) “La figura del “concierto social” tras las Directivas europeas de contratación pública” www.obcp.es de 7 de noviembre.

LEZERTUA RODRÍGUEZ, M., (1985) “La doctrina jurisprudencial sobre el efecto directo de las directivas comunitarias”, *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 11, págs. 275 a 304.

LINDE PANIAGUA, E., (2004) “La retirada del estado de la sociedad: privatizaciones y liberalización de servicios públicos”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 7, págs. 31 a 50.

LÓPEZ MORA, M. E, (2013) “La futura regulación de la modificación de los contratos de concesión durante su vigencia”, www.obp.es de 28 de enero.

- (2015) “Caos en la futura regulació dels riscos dels contractes de concessió”, *Revista catalana de dret públic*, de 2 de noviembre.

<https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2015/11/02/caos-en-la-futura-regulacio-dels-riscos-dels-contractes-de-concessio-m%C2%AA-eugenia-lopez-mora/>

MACHO PÉREZ A. y MARCO PEÑAS, E., (2014) “El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda públicos: análisis de los criterios de Eurostat”, *RAP* núm. 194, págs. 437 a 474.

MAGIDE HERRERO, M., (2012) “Marco legal de la colaboración público-privada; algunas referencias particulares al ámbito de la defensa”, en libro *colectivo El futuro de la colaboración del sector privado con el sector público*, ed. AESMIDE/Fundación Areces, Madrid, págs. 68 a 69.

MARCOU, G., (2000) “La experiencia francesa de la financiación privada de infraestructuras y equipamientos”, en el libro colectivo, *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España (Elementos comparativos para un debate)*, Instituto de Estudios Económicos y Civitas, Madrid, págs. 27 a 90.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M., (2015) “Transparencia” vs “transparencia” en la contratación pública. Medidas para la transparencia material en todas las fases de la contratación pública como antídoto contra la corrupción”, publicado en *Diario La Ley*, núm. 8607, Sección Doctrina, 17 de septiembre.

- (2016) *Contratación pública y transparencia*, La ley, Madrid.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., (1988) “Indiferencia de la forma jurídica para el concepto de empresa pública”, *Noticias CEE* núm. 42, págs. 163 a 167.

- (2017) “Sentido y alcance de la transposición de las Directivas de la Unión Europea (Análisis particular en materia de contratación pública), *RAP* núm. 202, enero-abril, págs. 13 a 41.

MARTÍNEZ MANZANEDO R., (2006) “La contabilidad de la colaboración público-privada en el contexto del Sistema Europeo de Cuentas (SEC 95), *Presupuesto y Gasto Público* núm. 45, pág. 187 a 197.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, R., (2015) *La contratación pública electrónica*, Tirant lo Blanch, Valencia.

MARTÍNEZ VILA, J., (2011) “La colaboración público-privada en infraestructuras como fórmula para contribuir a la salida de la crisis”, *Economistas*, núm. 126, marzo, págs. 267 a 270.

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, octubre, págs. 2 a 40.

- (2017) “El Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público de noviembre de 2016 y la gestión contractual de servicios públicos: análisis de su planteamiento y propuesta alternativa”, publicado en *Contratación administrativa práctica: Revista*

de la contratación y de los contratistas núm. 149, mayo-junio 2017, núm. 149, págs. 1 a 23.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., (2003) *El derecho de acceso a los servicios de interés económico general*, en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. D. MARTÍN-RETORTILLO S.*, (coord.) COSCULLUELA MONTANER, L., 2003, págs. 493 y ss.

- (2004.a) “El orden europeo e interno de los derechos fundamentales y a su protección jurisdiccional”, *RAP* núm. 165, págs. 7 a 28.

- (2004.b) *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Civitas, págs. 186 a 187.

MEDINA ARNÁIZ, T, (2010) “Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública”, *Diario La Ley* núm. 7382, Sección Doctrina, 16 de abril.

- (2011.a) “Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea”, en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, GIMENO FELIÚ, J. M. (dir.) y BERNAL BLAY, M. A., (coord.), Civitas, Cizur Menor, págs. 43 a 104.

- (2011.b) “Las principales novedades en la normativa contractual del sector público”, en el libro colectivo *Comentarios a la Ley de Economía Sostenible*, La Ley, Madrid, págs. 153 y ss.

- (2011.c) “Social Considerations in Spanish Public Procurement Law”, *Public Procurement Law Review*, vol. 20, núm. 2.

- (2014.a) “Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: Perspectiva europea y su incidencia en la legislación española”, en *La contratación*

pública a debate: presente y futuro, Rafael Fernández y Acevedo, Patricia Valcárcel Fernández (coords.), Civitas, Cizur Menor, págs. 319 a 334.

- (2014.b) “Los conflictos de intereses llegan a las directivas sobre contratación pública”, en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, GIMENO FELIÚ, J. M., (dir.), BERNAL BLAY, M. A. (coord.), Civitas, Cizur Menor, 2014, págs. 271 a 302.

- (2015) “La aplicación de las prohibiciones de contratar según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el libro *Observatorio de los Contratos Públicos, número monográfico especial (2015), Las nuevas Directivas de Contratación Pública*, GIMENO FELIÚ, J. M. (dir.), Civitas, Cizur Menor, págs. 383 a 394.

- (2016) “La necesidad de reformar la legislación sobre contratación pública para luchar contra la corrupción: las obligaciones que nos llegan desde Europa”, *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 104, núm. 2, págs. 77 a 113.

MEILÁN GIL, J. L., (2008) *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, Madrid.

- (2013.a) “La buena administración como institución jurídica”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 87, septiembre-diciembre, págs. 13 a 50.

- (2013.b) “Las prerrogativas de la administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión”, *RAP* núm. 191, págs. 11 y ss.

MELERO ALONSO, E., (1999) “El contrato administrativo como instrumento para ejercer políticas públicas. Fomento del empleo estable y contratación con empresas de trabajo temporal”, *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 1.

MELLADO RUIZ, L., (2005) “El sistema jurídico de la contratación pública en España: novedades del régimen de los contratos realizados por entes públicos de gestión sujetos al Derecho privado”, *REDA* núm. 127, págs. 381 a 415.

MENÉNDEZ GARCÍA, P., y FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., (2003) “Análisis histórico-jurídico de la concesión de obra pública”, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., (dir.): *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas*, Civitas, Madrid, pág. 74.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., (2002) “El proyecto de la ley reguladora del contrato de concesión de obras públicas”, *Revista de obras públicas*, núm. 3425, octubre, págs. 35 a 44.

MESTRE DELGADO, J. F., (1992) *La extinción de la concesión de servicio público*, ed. La Ley, Madrid, págs. 262 a 270.

- (2003) “Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 291, págs. 705 a 730.

- (2011) “Las formas de prestación de los servicios públicos locales, en particular, la concesión”, en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, T. II, Iustel, Madrid, págs. 2063 a 2175.

MICHEL, N., (1994) “La jurisprudence de la Cour de Justice sur les marches publics: instrument essentiel pour leur ouverture à la concurrence”, *Revue du Marché Unique Européen*, núm. 3, págs. 135 y ss.

MÍGUEZ MACHO, L., (2008) “Las formas de colaboración público privada en el derecho español”, *RAP* núm. 175, págs. 157 a 215.

- (2014) “Fórmulas de colaboración público-privada contractual y crisis financiera del sector público” en *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Rafael Fernández y Acevedo, Patricia Valcárcel Fernández (coords.), Civitas, Cizur Menor, págs. 165 a 198.

- (2015) “La distinción entre las concesiones de servicios y otros contratos públicos a la luz de la Directiva 2014/23/UE: repercusiones para el Derecho español” en el

libro *Observatorio de los Contratos Públicos, número monográfico especial (2015), Las nuevas Directivas de Contratación Pública*, GIMENO FELIÚ, J. M. (dir.), Civitas, Cizur Menor, págs. 395 a 410.

MOLL FERNÁNDEZ-FÍGARES, L., (2017), *Los encargos a medios propios en la legislación actual. Texto adaptado a las Leyes 39 y 40/2015 y al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público*, 2017, Ed. Reus, Madrid.

MONTOYA MARTÍN, E., (1996) *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid.

- (2009) *Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de contratos del sector público: su incidencia en la gestión de los servicios públicos locales*, Barcelona, Fundación Democracia y Gobierno Local.

- (2011) “La delimitación de los encargos domésticos presupuesto para evitar la huida de las garantías de la contratación pública”, *Derechos y Garantías del ciudadano, Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Pérez Moreno*, López Menudo Coord. Iustel, Madrid, págs. 859 a 907.

MORENO MOLINA, J. A., (2004) “Reciente evolución del Derecho Comunitario de la Contratación pública. El asunto C-214/2000. Comisión contra España”, en *Contratación de las administraciones públicas y análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, GIMENO FELIÚ, J. M. (coord.), Atelier, Barcelona, págs. 17 a 36.

- (2005) “Las concesiones de obra pública en el Derecho Comunitario Europeo”, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, núm. 39, págs. 22 a 35.

- (2006.a) “El ámbito objetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público”, *Documentación Administrativa*, núm. 274 a 275, pág. 45 a 92.

- (2006.b) *Los principios generales de la contratación de las administraciones públicas*, Bomarzo, 2006.

- (2008.a) “Principios generales de la contratación pública, procedimientos de adjudicación y recurso especial en la nueva ley estatal de contratos del sector público”, *Revista jurídica de Navarra* núm. 45, págs. 45 a 76.

- (2008.b) “La importancia de los principios generales de la contratación pública en la LCSP”, *La Ley de Contratos del Sector Público y su aparición por las entidades locales*, MORENO MOLINA, J. A. (coord.), págs. 65 a 102.

- (2009.a) “Crisis económica y contratos públicos: el Real Decreto Ley 9/2008 por el que se crean un fondo estatal de inversión local y un fondo especial del Estado para la dinamización de la economía del empleo”, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, núm. 83, págs. 37 y ss.

- (2009.b) “La influencia del Derecho Comunitario de la contratación pública en el Derecho español. Los principios generales de la contratación en el sector público”, *Noticias de la Unión Europea* núm. 298, págs. 7 a 19.

- (2010) “El nuevo derecho de la contratación pública: de las prerrogativas de la administración a la garantía de los principios generales”, *La administración pública entre dos siglos: Homenaje a Mariano Baena del Alcázar*, ARENILLA SÁEZ M. (coord.), págs. 1225 a 1539.

- (2012) “El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de contratación” en el *Líber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Tomo II, Thomson, Pamplona, págs. 3429 y ss.

- (2013.a) “La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos públicos”, en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, GIMENO FELIÚ (dir.), BERNAL BLAY, M. A. (coord.), Civitas, Cizur Menor, págs. 115 a 163.

- (2013.b) “La nueva legislación europea sobre contratación pública y su impacto en las administraciones locales”, *Revista de Estudios Locales* núm. 161, 2013, págs. 45 a 65.

- (2015) “Las nuevas directivas de la Unión Europea sobre contratación pública y su necesaria incorporación al derecho español”, *Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, núm. Extra 2, págs. 227 a 256.

- (2016) Claves para la aplicación de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, Ed. Wolters Kluwer, págs 29 y ss.

- (2017) “Efecto directo de las directivas sobre contratación pública y principio de interpretación conforme al derecho de la UE, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, núm. 147, págs. 94 a 95.

MORENO MOLINA J. A. y DOMÍNGUEZ ALONSO, A. P., (2014) “El nuevo Derecho de la Unión Europea sobre contratación pública”, en *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Rafael Fernández y Acevedo, Patricia Valcárcel Fernández (coords.), Civitas, Cizur Menor, págs. 139 a 164.

MORENO MOLINA, J. A., y PLEITE GUADAMILLAS, F., (2007) *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, La Ley, Madrid, págs. 60 y ss.

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

- (1994) “La noción de empresa pública, la libre competencia y los límites del principio de neutralidad” en *Administración instrumental II, libro Homenaje a CLAVERO ARÉVALO*, Ed. Civitas, Madrid, pág. 1263.

- (2006) *Tratado de derecho Administrativo y Derecho Público General*, T I, 2 edición, pág. 1005.

NIETO GARRIDO, E .M., (2014) “La reforma de las entidades instrumentales por la Ley de racionalización y sostenibilidad de la administración local”, *REDA* núm. 165, págs. 103 a 104.

NOGUERA DE LA MUELA B., (2002) “Las Directivas comunitarias de “sectores excluidos” y la Ley 48/1998, de 30 de diciembre: ámbito de aplicación y procedimientos de conciliación”, *Noticias de la Unión Europea* núm. 205, febrero, págs. 121 a 138.

- (2004.a) “El control de la contratación pública en el Derecho Comunitario y en el Ordenamiento jurídico-administrativo español. Breve apunte a propósito de las modificaciones introducidas en el TRLCAP por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social”, en GIMENO FELIÚ, J. M. (coord.), *Contratación de las Administraciones públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Ed. Atelier, Barcelona, págs. 95 a 130.

- (2004.b) “Consecuencias de la Sentencia del TJUE de 15 de mayo de 2003 (Comisión/España) en el Ordenamiento jurídico español: Concepto de poder adjudicador, actos separables en los contratos de las sociedades mercantiles públicas y tutela cautelar contractual. La nueva regulación introducida por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, número 4, 2004, págs. 88 a 101.

- (2004.c) “Consecuencias de la Sentencia del TJUE de 15 de mayo de 2003 (Comisión/España) en el Ordenamiento jurídico español: Concepto de poder adjudicador, actos separables en los contratos de las sociedades mercantiles públicas y tutela cautelar contractual. La nueva regulación introducida por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 53, págs. 17 a 46.

- (2010) “Los encargos “*in house*” en la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP): especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria”, *RAP* núm. 182, págs. 159 a 190.

- (2011) “El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de contratos del Sector Público: Consecuencias de Régimen Jurídico. Los encargos “*in house*” como supuesto excluido de su aplicación”, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, págs. 371 a 398.
- (2012.a) “La colaboración Público-Privada en las obras hidráulicas”, en *Tributos, aguas e infraestructuras*, Barcelona, Ed. Atelier; págs. 223 a 252.
- (2012.b) “Las sociedades de economía mixta como técnica institucional de colaboración público-privada en el Texto refundido de la Ley de contratos del Sector Público”, www.obcp.es, de 9 de abril.
- (2013) “Los ámbitos subjetivo y objetivo en la contratación en el sector del agua”, en *La contratación en el sector del agua. Seguridad jurídica, aspectos medioambientales y novedades comunitarias*, Fundación Agbar y el Consejo General del Poder Judicial, 2013, págs. 18 a 65.
- (2015) “La transparencia en la contratación pública: entre las reglas europeas y el ordenamiento jurídico español”, *Libro Homenaje a Luis Cosculluela*, Iustel, Madrid, pág. 937 a 957.

OLLER RUBERT, M., (2013) *El régimen de contratación de los poderes adjudicadores que no son Administración Pública*, Ed. Reus, Madrid, págs. 51 a 64.

- (2015) “Notas sobre gobernanza en la contratación pública: el perfil del contratante como instrumento de transparencia”, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, núm. 135, 2015.

ORDÓÑEZ SOLÍS, D., (2002) *La Contratación pública en la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona.

- ORTEGA ÁLVAREZ, L., (2009) “El equilibrio entre los principios de interés público y el de libre competencia en la contratación pública local”, *Revista electrónica CEMCI*, núm. 3.
- ORTEGA BERNARDO, J., (2016) “El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales”, *Revista de Información Laboral* núm. 6, págs. 31 a 62.
- PADRÓS CASTILLÓN, X., (1999) “Derecho público y Derecho privado en la contratación de la Administración pública”, en el libro colectivo *Derecho público y Derecho privado en la actuación de la Administración pública*, Marcial Pons e Institut d’Estudis Autònoms, Madrid-Barcelona, pág. 56.
- PALOMAR OLMEDA, A., (2011) *Colaboración público privada: análisis avanzado de los problemas prácticos de esta modalidad contractual*, Aranzadi, Cizur Menor.
- (2013) *Encomienda de gestión. Gestión Pública actual: régimen jurídico y mayor eficacia*, Aranzadi.
- PARICIO RALLO, E., (2013) “El concepto europeo de servicio de interés general y los servicios municipales”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 32, junio, págs. 103 a 116.
- PARISIO V., (2016) “La Directiva “concesiones” 2014/23 y la gestión de los servicios de interés económico general en Italia. Entre la flexibilidad y la limitación de la discrecionalidad”, en *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos*, PARISIO V., AGUADO I CUDOLÀ, V. y NOGUERA DE LA MUELA, B., (dirs.), Tirant lo Blanc, Valencia, pág. 129 a 159.
- PASCUAL GARCÍA, J., (2010) *Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de contratos del sector público*, Madrid, BOE.
- PERDIGÓ SOLÀ, J., (2004) El servei públic d’abastament d’aigua, FMC, Barcelona, 2003; Naturalesa i règim jurídic de les aigües minerals, *Revista Jurídica de Catalunya* núm. 1.

- (2015) “Aproximación a la Directiva 2014/23/UE, de Concesiones”, en libro en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, GIMENO FELIU, J. M. (dir.), BERNAL BLAY, M. A., (coord.), Civitas, Cizur Menor, págs. 83 a 115.

- (2016) “El agua, los servicios de interés general y la Directiva de concesiones”, en *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos*, PARISIO V., AGUADO I CUDOLÀ, V. y NOGUERA DE LA MUELA, B., (dirs.), Tirant lo Blanc, Valencia, págs. 301 a 334.

PÉREZ VAN KAPPEL, A., (2003) “Crónica de jurisprudencia del Tribunal en materia de contratación pública en el año judicial 2002/2003, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 227, septiembre-octubre, pág. 36.

PERNAS GARCÍA, J. J., (2008) *Las operaciones in house y el derecho comunitario de contratos públicos. Análisis de la jurisprudencia del TJCE*, Iustel, Madrid.

- (2009) “La exigencia de “control análogo” en las encomiendas a medios propios”, *REALA*, núm. 311, septiembre-diciembre, págs. 229 a 276.

- (2011) *Contratación Pública Verde*, La ley, Madrid.

- (2012) “El uso estratégico de la contratación pública como apoyo a las políticas ambientales”, en *Observatorio de políticas ambientales 2012*, coord. LÓPEZ RAMÓN, F., Civitas, Cizur Menor, págs. 299 a 323

PFLUEGER TEJERO, E., (2013) “La Propuesta de Directiva relativa a la adjudicación de los contratos de concesión: aspectos principales”, *La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública*, Primera ponencia, Madrid, Comunicaciones, pág. 69 a 83.

PILLADO QUINTANS M., (2006) “TRAGSA: Un caso irresuelto convertido en modelo legal de los encargos de las Administraciones a sus medios instrumentales”, *Documentación Administrativa*, núm. 274/275, págs. 279 a 380.

PINA V., TORRES L. y BASILIO ACERETE J. (2004), *La iniciativa privada en el sector público: externalización de servicios y financiación de infraestructuras*, Edit. AECA.

PIÑAR MAÑAS, J. L., (1996) *Comentarios de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, págs. 23 a 24.

- (2003) “La aplicación a entidades privadas de la normativa de contratos públicos y sobre la necesidad de prever medidas cautelares autónomas. Importante STJUE de 15 de mayo de 2003 por la que se condena a España en materia de contratos”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 585.

- (2004) “El derecho comunitario como marco de referencia del Derecho español de los contratos públicos”, en libro colectivo dirigido por GÓMEZ-FERRER, R., *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, págs. 27 a 28.

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

- (2016), “Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)* núm. 40, febrero, págs. 74 a 75.

PRIETO GONZÁLEZ, L. F. (1996), *Las empresas mixtas locales*, Ed. Montecorvo, Madrid, págs. 187 y 188.

PUNZÓN MORALEDA J. y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, F. (2012), “El equilibrio económico en los contratos públicos” en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, GIMENO FELIÚ, J. M. (dir.), BERNAL BLAY, M.A., (coord.), Civitas, Cizur Menor, págs. 515 a 580.

RAMÍREZ HORTELANO, P., (2005) “Las cláusulas sociales en la contratación administrativa”, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, núm. 42, págs. 39 y ss.

RAZQUIN LIZÁRRAGA, J. A., (2004) “El impacto de la Jurisprudencia comunitaria europea sobre contratos públicos (2003-2004) en el Ordenamiento jurídico interno”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 37 enero/junio, págs. 205 a 238.

- (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, núm. 3, págs. 171 a 190.

RAZQUIN LIZÁRRAGA, M. M., (2011) “La Ley de Contratos del Sector Público: balance crítico, aplicación y novedades, en especial, para los entes locales”, *RAP* núm. 186, págs. 53 a 89.

- (2012) “El contrato de gestión de servicios públicos: la necesaria reconducción de este tipo contractual (comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2010 y de 10 de marzo de 2011)”, en *Administración y Justicia, liber amicorum a Tomás Ramón Fernández*, Civitas, Pamplona, págs. 3.549 a 3.574.

- (2013) *La confidencialidad de los datos empresariales en poder de las Administraciones Públicas* (Unión Europea y España), Iustel, Madrid.

- (2014) “Contratos de gestión de servicios públicos y recursos especiales en materia de contratación (presente y propuestas de futuro)” en *REDA*, núm. 161, págs. 37 a 74.

- (2015) “Las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación”, *RAP* núm. 196, págs. 97 a 135.

- (2016) Transposición de las nuevas Directivas de contratación pública: similitudes y diferencias respecto del marco jurídico en España”, en RODRÍGUEZ-CAMPOS,

S. (coord.), *Las nuevas directivas de contratos públicos y su transposición*, Marcial Pons, págs. 129 a 168.

- (2017) “La confidencialidad de los secretos comerciales”, www.obpc.es de 12 de marzo.

RÍOS MARÍN, E., (2016) *La contratación pública local: avances y retrocesos en su regulación. Incidencia de las Directivas “de cuarta generación”*, Ed. Atelier.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., (2009) “Cláusulas sociales y licitación pública: análisis jurídico”, *Instituto Andaluz de Administración Pública*, Sevilla.

RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., (2008) “Los sistemas de colaboración público-privada para la provisión de bienes y servicios públicos. Su incidencia en el sistema de ingresos públicos”, *Revista española de control externo*, Vol. 10, núm. 28, págs. 111 y ss.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (2006), *El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor.

- (2012) *Dereito fundamental â Boa Administraçao Pública*, Forum, Belo Horizonte.

ROUYEYRAN, T. y RECORD, C. (2014), “Concessions et relations entre pouvoirs publics: les exclusions”, en *La nouvelle directive “concession”*, *Contracts Públicos* núm. 141, marzo 2014, págs. 59 a 64.

RUIZ DE CASTAÑEDA, A. y BERNAL BLAY, M. A., (2011) “La contratación pública y el Derecho comunitario. Cuestiones pendientes”, en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, GIMENO FELIÚ, J. M. (dir.), BERNAL BLAY, M. A. (coord.), Civitas, Cizur Menor, págs. 23 a 42.

RUIZ OJEDA, A., (1988) “Realidad y régimen jurídico-financiero de la provisión de obras y dotaciones públicas mediante empresa mixta en el ámbito local: la reversión

de activos y la remuneración del socio privado”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* núm. 278, septiembre-diciembre, págs. 105 y ss.

- (2006) *La concesión de obra pública*, Thomson-Civitas, Madrid, págs. 469 a 549.

- (2012) “Últimas orientaciones en la Colaboración Público-Privada. (Apuntes desde la perspectiva de las normas contables para el cálculo del endeudamiento y el déficit público), *Noticias de la Unión Europea* núm. 325, págs. 119 a 129.

SÁIZ RAMOS, M. (2012), “Reflexiones prácticas sobre las diferencias entre los contratos de servicios y de gestión de servicios públicos”, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, núm. 118, abril, págs. 40 y ss.

SALA ARQUER, J. M. (2004), “La propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de los sectores del agua, de la energía”, *La contratación pública en el horizonte de la integración europea*, INAP, Madrid.

SÁNCHEZ GRAELLS, A., (2014.a) “El “Nuevo” principio de competencia en la Directiva 2014/24: ¿un juego de presunciones?” en Observatorio de Contratación Pública, 9 de junio www.obpc.es.

- (2014.b) “Reflexiones críticas en torno a la disciplina del comportamiento de Mercado del comprador público” en *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Rafael Fernández y Acevedo, Patricia Valcárcel Fernández (coords.), Civitas, Cizur Menor, págs. 275 a 298.

SÁNCHEZ MORÓN, M. (2011), “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (II). Adjudicación de los contratos y recursos en materia de contratación”, en la obra colectiva *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, págs. 81 a 102.

SÁNCHEZ SOLIÑO, A., (2012) “Optimización de la transferencia de riesgos en los contratos de infraestructuras y servicios públicos”, *Hacienda Pública Española* núm. 201, págs. 67 a 91.

SANMARTÍN MORA, M. A. (2014), “Las nuevas obligaciones de transparencia en materia de contratos que impone la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”, en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, GIMENO FELIÚ, J. M., (dir.), BERNAL BLAY, M.A., (coord.), Civitas, Cizur Menor, págs. 81 a 122.

SANTAMARÍA PASTOR, J. (2016), “Contratos del sector público y derecho de la Unión”, *RAP* núm. 200, págs. 83 a 102.

SANTIAGO IGLESIAS, D., (2010) *Las sociedades de economía mixta como forma de gestión de los servicios públicos locales*, Iustel, Madrid.

- (2015) “Las relaciones de colaboración entre poderes adjudicadores excluidas de la normativa de contratación del sector público: una propuesta de transposición de la regulación contenida en las Directivas de contratación al ordenamiento español”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 38.

SENDÍN GARCÍA, M. A., (2003) *Hacia un servicios público europeo: el nuevo Derecho de los servicios públicos*, Comares, Granada.

SIERRA RODRÍGUEZ, J., (2003) “Reflexiones en torno a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas”, *ANALES DE DERECHO*, Universidad de Murcia, núm. 21, págs. 417 a 443.

SOSA WAGNER, F., (2004) “Servicio público y papel de la nueva administración y sus entes reguladores”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 7, 2004, págs. 125 a 149.

- (2008) *La gestión de los servicios locales*, 7ª ed., Civitas, Cizur Menor.

- (2013) “El empleo de recursos propios por las Administraciones locales”, en el libro *Homenaje al prof. S. Martín-Retortillo, Estudios de Derecho Público Económico*, Civitas, págs. 1309 a 1341.

SOSA WAGNER, F. y FUERTES LÓPEZ, M., (2007) ¿Pueden los contratos quedar en casa? (la problemática europea sobre contratación in house), *Diario La Ley*, 2007, núm. 6715, págs. 1669 a 1680.

STANDARD & POOR´S (2003) “The evolution of DBFO payment mechanisms: one more of the road?” Standard & Poor’s, Londres.

SUBERVIOLA GARMENDIA, A.; COLINA LÓPEZ J. y FREIRE AURICH F., (2015) en el trabajo “La financiación de las colaboraciones público derivadas: problemática actual y perspectivas de futuro”, *Master en Gestión de Infraestructuras, Equipamientos y Servicios, Universidad Politécnica de Madrid, Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos*, Madrid 28 de julio, págs. 7 a 49.

<http://87.98.229.209/~csg/proyectos2014-2015/GRUPO%20JAIME%20COLINA.pdf>

TEJEDOR BIELSA, J., (2014) “Sociedades locales, idoneidad de medios propios y régimen de contratación”, en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, GIMENO FELIÚ, J. M. (dir.), BERNAL BLAY, M. A. (coord.), Civitas, Cizur Menor, págs. 361 a 421.

TIAGO FERREIRA, D., (2015) “El régimen de la contratación in house según las nuevas directivas de contratación pública”, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación y de los contratistas*, núm. 139, septiembre-octubre, págs. 52 a 60.

TOMÁS MALLÉN, B., (2004) *El derecho fundamental a una buena administración*, INAP, Madrid, págs. 89 y ss.

TORNOS MAS, J., (2008) “El principio de buena administración o el intento de dotar de alma a la Administración”, *Derechos fundamentales y otros estudios en*

homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo, vol. I, Gobierno de Aragón, Cortes de Aragón, págs. 829 y ss.

- (2011) “La tarifa como forma de retribución de los concesionarios: una figura constitucional y necesaria”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Iustel, núm. 24, págs. 22 a 29.

- (2016.a) “La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Iustel, núm. 58-59, págs. 1 a 49.

- (2016.b) “Informe sobre la contraprestación del servicio de abastecimiento domiciliario de agua: La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2015”, INAP, 17 de marzo.

TORRES L. y BASILIO ACERETE J., (2004) *La iniciativa privada en el sector público: externalización de servicios y financiación de infraestructuras*, Edit. AECA.

TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., (1991) “El efecto directo de las Directivas comunitarias: el papel de la Administración y los jueces en su aplicación”, *RAP* núm. 125, págs. 227 a 280.

- (1995) “Consecuencias inmediatas que sobre la legislación española de contratación administrativa provoca la declaración de incumplimiento realizada en la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de noviembre de 1993”, *Noticias de la Unión Europea* núm. 121, págs. 99 a 114.

UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, D., (2015) “La influencia del Derecho de la Unión Europea sobre la adjudicación de concesiones” en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos, número monográfico especial (2015), Las nuevas Directivas de Contratación Pública*, GIMENO FELIÚ, J. M. (dir.), Civitas, Cizur Menor, págs. 331 a 340.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., (2004) “Actuaciones previas y adjudicación del contrato de concesión de obras públicas”, *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, director GÓMEZ-FERRER MORANT, R., Civitas, Madrid, págs. 1123 a 1204.

- (2006.a) *Ejecución y financiación de obras públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, págs. 381 a 420.

- (2006.b) “Sociedades mercantiles y realización de obras públicas: incumplimiento de la normativa comunitaria de contratación, extralimitación del margen constitucional de reserva de derecho comunitario administrativo e incongruencia en el empleo de las técnicas de autoorganización para la gestión de actuaciones administrativas”, *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 12, Iustel, junio, págs. 12 a 24.

- (2007) “La colaboración público-privada como fórmula de externalización de cometidos públicos”, *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense* núm. 1, págs. 645 a 662.

- (2012) “Colaboración público-privada, estabilidad presupuestaria y principio de eficiencia de los fondos públicos”, en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, GIMENO FELIÚ, J. M. (dir.) y BERNAL BLAY, M. A. (coord.), Civitas, Cizur Menor, págs. 435 a 462.

- (2014.a) “Connotaciones del principio de transparencia en la contratación pública”, en el libro *Por el Derecho y la libertad, Volumen II, Libro homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, Iustel, Madrid, págs. 1901 a 1931.

-(2014.b) “Análisis de los criterios de adjudicación de los contratos públicos en el marco de la cuarta generación de Directivas del sector”, en *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Rafael Fernández y Acevedo, Patricia Valcárcel Fernández (coords.), Civitas, Cizur Menor, págs. 199 a 274.

- (2016) “La Directiva de concesiones (Directiva 2014/23/UE) y la gestión de servicios de interés general”, en *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos*, PARISIO V., AGUADO I CUDOLÀ, V. y NOGUERA DE LA MUELA, B., (dirs.), Tirant lo Blanc, Valencia, págs. 77 a 128.
- VALDIVIESO SAÑAS, A., (2006) “El marco legal de la colaboración público-privada en el proyecto de Ley de Contratos del Sector Público”, *Presupuesto y Gasto Público* 45, 2006, págs. 11 a 29.
- VAQUER CABALLERIA, M., (2011) “El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo”, *RAP* núm. 186, págs. 91 y ss.
- VASSALLO, J. M. y IZQUIERDO, R. (2010) *Infraestructura Pública y Participación Privada*. Confederación Andina de Fomento.
- VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA, R., (2012) “Proyecto de Directiva de concesiones”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, núm. 32, mayo-agosto, págs. 55 a 65.
- VÁZQUEZ MATILLA, F. J., (2010) “Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos: Proyecto de Ley de Economía Sostenible”, *Revista Aragonesa Administración Pública*, núm. 37, págs. 317 a 351.
- (2015) *La modificación de los contratos públicos*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor.
- VÈRNIA TRILLO, S., (2002) “La inclusión de las cláusulas sociales en la contratación pública”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 20, págs. 441 y ss.
- VILALTA REIXACH, M., (2013) *Las encomiendas de gestión. Entre la eficacia administrativa y la contratación pública*, Aranzadi, Cizur Menor.
- VILLALBA PÉREZ, F., (2014) en “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”, *REALA* núm. 2, julio-diciembre, págs. 14 a 15.

VILLAR EZCURRA, J. L., (2004) “El principio de riesgo y ventura”, en libro colectivo (dirigido por Rafael GÓMEZ FERRER MORANT) *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ªed. Thomson-Civitas, Madrid, págs. 525 y ss.

VILLAR ROJAS, F. J., (2007) “La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales”, *RAP* núm. 172, pág. 158 a 173.

- (2016) “La resiliencia del contrato de servicios públicos frente a las normas europeas de contratación pública”, en HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L., *El impacto de la crisis en la contratación pública en España, Italia, Francia, Aranzadi*, Cizur Menor, 2016, págs. 285 a 306.

NORMATIVA

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

-Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción realizada Nueva York el 31 de octubre de 2003 (Instrumento de Ratificación del Reino de España, de 9 de junio de 2006, publicado en *BOE* de 19 de julio de 2006).

-Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 64/292, de 28 de julio de 2010.

UNIÓN EUROPEA

- Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957 [No publicado] [Instrumento de Ratificación del Tratado: *BOE* núm. 1, de 1 de enero de 1986].

- Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado en Ámsterdam el 2 de octubre de 1997 (*DO* núm. C 340, de 10 noviembre de 1997) [Instrumento de Ratificación del Tratado: *BOE* núm. 109, de 7 de mayo de 1999].

- Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 (*DO* núm. C 306, de 17 de febrero de 2007) [Instrumento de Ratificación del Tratado: *BOE* núm. 286, de 27 de noviembre de 2009].

REGLAMENTOS

- Reglamento CEE 1.191/69, del Consejo, de 26 de junio de 1969, relativo a la acción de los Estados miembros en materia de obligaciones inherentes a la noción de servicio público en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable (*DO L* 156 de 28.6.1969) modificado por Reglamento 1.893/91, sobre obligaciones de servicio público en los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable (*DO L* 169 de 29 .6.1991).

- Reglamento (CEE) 3.577/92 del Consejo, de 7 de diciembre de 1992, por el que se aplica el principio de libre presentación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros (cabotaje marítimo) (*DO L* 364 de 12.12.1992).

- Reglamento (CEE) 2.408/92, de 23 de julio de 1992, relativo al acceso de las compañías aéreas de la Comunidad a las rutas aéreas intracomunitarias (*DO L* 240 de 24.08.1992).

- Reglamento (CE) nº 2223/96 del Consejo, de 25 de junio de 1996, relativo al sistema europeo de cuentas nacionales y regionales de la Comunidad (*DO L* 310 de 30.11.1996).

- Reglamento (CE) núm. 1059/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, por el que se establece una nomenclatura común de unidades territoriales estadísticas (NUTS) (*DO L* 154 de 21.6.2003).

- Reglamento (CE) núm. 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) núm. 1191/69 y (CEE) núm. 1107/70 del Consejo (*DO L* 325 de 3.12.2007).

- Reglamento (CE) núm.1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 2008, sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad (*DO L* 293 de 31.10.2008).

- Reglamento (UE) núm. 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea, de directa aplicación (*DO L* 174 de 26.6.2013).

- Reglamento delegado (UE) núm. 2015/2172 de la Comisión de 24 de noviembre de 2015 por el que se modifica la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a los umbrales de aplicación en los procedimientos de adjudicación de contratos (*DO L* 307/9 de 25.11.2015).

DIRECTIVAS

- Directiva 70/32/CEE, de la Comisión, de 17 de diciembre de 1969, sobre suministros de productos al Estado sus entes territoriales y personas jurídicas de Derecho público (*DO L* 13, de 19.1.1970).

- Directiva 71/304/CEE del Consejo de 26 de julio de 1971, relativa a la supresión de restricciones a la libre prestación de servicios en el sector de los contratos públicos de obras y a la adjudicación de contratos públicos de obras por medio de agencias o sucursales (*DO L* 185, de 16.8.1971).

- Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los mercados públicos de obras (*DO L* 185 de 16.8.1971).
- Directiva 75/442/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1975 (*DO L* 194 de 25.07.1975).
- Directiva 77/249/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1977, dirigida a facilitar el ejercicio físico efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados (*DO L* 78 de 26.3.1977).
- Directiva 89/440/CEE, de 18 de julio de 1989, sobre adjudicación de contratos públicos de obras (*DO L* 210, de 21.7.1989).
- Directiva 89/C 264/02 del Consejo, de 18 de julio de 1989, relativa a los procedimientos de adjudicación de contratos a entidades que operan en los sectores del agua, energía, servicios de transporte y servicios de telecomunicaciones (*DO C* 264).
- 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 (*DO L* 395 de 30.12.1989).
- Directiva 89/440/CEE del Consejo de 18 de julio de 1989, sobre adjudicación de contratos públicos de obras (*DO L* 210, de 21.7.1989).
- Directiva 90/388/CEE de la Comisión, de 28 de junio de 1990, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones (*DO L* 192 de 24.7.1990).
- Directiva 90/531/CEE, del Consejo de 17 de septiembre de 1990, relativa a los procedimientos de formalización de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (*DO L* 297, de 29.10.1990).

- Directiva 91/C 250/05 del Consejo, de 28 de agosto de 1991, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios (*DO C 250*).

- Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones. (*DO L 76* de 23.3.1992).

- Directiva 92/50/CEE, del Consejo de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (*DO L 209*, de 24.7.1992).

- Directiva 93/36/CEE, del Consejo de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (*DO L 199*, de 9.8.1993).

- Directiva 93/37/CEE, del Consejo de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obra (*DO L 199*, de 9.8.1993).

- Directiva 93/38/CEE, del Consejo de 14 de junio de 1993 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (*DO L 199*, de 9.8.1993).

- Directiva 94/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 1994, sobre las condiciones para la concesión y el ejercicio de las autorizaciones de prospección, explotación y producción de hidrocarburos (*DO L 164*, de 30.5.1994).

- Directiva 96/71/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (*DO L 18* de 21.1.1997).

- Directiva 97/67/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales de la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio (*DO L* 15 de 21.1.1998).
- Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de marzo de 2000, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y su ejercicio (*DO L* 126 de 25.5.2000).
- Directiva 2000/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas (*DO L* 327 de 22.12.2000).
- Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (*DO L* 108 de 24.4.2002).
- 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 (*DO L* 134, de 30 de abril de 2004).
- Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (*DO L* 134, de 30 de abril de 2004).
- Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo (*DO L* 145 de 30.4.2004).

- Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE (*DO L* 211 de 14.8.2009).

- Directiva 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE (*DO L* 211 de 14.8.2009).

- Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad, y por la que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE (*DO L* 216, de 20.8.2009).

- Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual) (*DO L* 216, de 20.8.2009) (*DO L* 95, de 15.4.2010).

- Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo (*DO L* 182, de 29.6.2013).

- Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (*DO L* 94, de 28.3.2014).

- Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (*DO L* 94 de 28.3.2014).

- Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 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 (*DO L* 94 de 28.3.2014).

- Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas (*DO L* 157 de 15.6.2016).

OTRAS DISPOSICIONES EUROPEAS

- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones “Cuarto informe de la Comisión sobre la aplicación del conjunto de medidas reguladoras de las telecomunicaciones” de 25 de noviembre de 1998 [On line].

http://www.google.es/url?url=http://europa.eu/rapid/press-release_IP-98-1034_es.pdf&rct=j&frm=1&q=&esrc=s&sa=U&ved=0ahUKEwjWzs7LwfnTAhUE6xoKHUx4AQMOfggTMAA&usg=AFQjCNHkRrmLCuz7BMjhMYjs2XiJNcaj-A

- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: “Quinto informe sobre la aplicación del conjunto de medidas reguladoras de las telecomunicaciones”, COM (1999) 537 final de 10 de noviembre de 1999 (*DO C* 226 de 8.8.2000).

- Proyecto de comunicación interpretativa sobre las concesiones en el derecho comunitario de 24 de febrero de 1999 (*DO C* 94 de 7.4.1999).

- Comunicación Interpretativa 2000/C 121/02, de 29 de abril, sobre concesiones en el Derecho Comunitario (*DO C* 121 de 29.4.2000).

- Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01) (*DOUE C* 364 de 18.12.2000).

- Comunicación de la Comisión sobre los servicios de interés general en Europa, de 20 de septiembre de 2000 COM (2000), 580 final, (DOUE C 17 de 19.1.2001).

- Comunicación de la Comisión, de 25 de julio de 2001, “La gobernanza europea – Un Libro Blanco” COM (2001), 428 final (DO C 287 de 12.01.2001).

- Decisión 18/2004, de 11 de febrero News Release 18/2004, New decision of Eurostat on deficit and debt. Treatment of public-private partnerships [On Line].

http://europa.eu/rapid/press-release_STAT-04-18_en.pdf&rct=j&frm=1&q=&esrc=s&sa=U&ved=0ahUKEwi8-n-v_nTAhXMDxoKHcDgAgkQFggTMAA&usq=AFQjCNG3viN1JsZzIpxOuFTIK_AN83iypw

- Libro Verde sobre la colaboración público privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones COM (2004) 327 final, de 30 de abril de 2004; [On line]

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52004DC0327>

- Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 13 de diciembre de 2004, Plan de acción para la aplicación del marco jurídico de la contratación pública electrónica [On line].

<http://www.minhfp.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/Comunicaciones%20de%20la%20Comisi%C3%B3n%20Europea/Comunicacion%20-%20Plan%20de%20accion%20e-contratacion.pdf>

- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre Colaboración público privada y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones de 15 de noviembre de 2005 [COM(2005) 569 final] no publicado en el DOUE; [On line].

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52005DC0569>

- Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 25 de abril de 2006 - Plan de acción sobre administración electrónica i2010 - Acelerar la administración electrónica en Europa en beneficio de todos {SEC(2006) 511 COM (2006) 173 final, No publicada en Diario Oficial [On line].

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52006DC0173>

-Comunicación interpretativa de la Comisión Europea sobre el derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o solo parcialmente cubiertos por las directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02) (*DOUE C 179* de 1.8.2006).

- Comunicación de la Comisión de 2009 “Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada” (CPP) de 19 de noviembre de 2009, COM (2009) 615 final; [On line].

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52009DC0615>

- Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI)-2008/C 91/02, de 5 de febrero de 2008 (*DO C 91* de 12.4.2008).

- Libro verde sobre la generalización del recurso en la contratación pública electrónica a la UE (COM (2010) 571 final) de 18 de octubre de 2010 [On line].

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3A52010DC0614>

- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre «Una política industrial integrada para la era de la globalización – poner la competitividad y la sostenibilidad en el punto de mira», COM(2010) 614 final, de 28.10.2010 [On line].

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52010DC0614>

- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones-Iniciativa emblemática de Europa 2020 – «Unión por la innovación», COM(2010) 546 final, de 6.10.2010. No publicada en Diario Oficial [On line].

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM:em0041>

- Libro Verde de la Comisión sobre “la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un Mercado europeo de la contratación pública más eficiente”, COM (2011) 15 final, de 25 de enero de 2011 (*DOUE C* 318 de 29.10.2011).

- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones Una Europa que utilice eficazmente los recursos –Iniciativa emblemática con arreglo a la Estrategia Europa 2020, COM(2011) 21 final de 26.1.2011 [On Line].

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0021:FIN:ES:PDF>

- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones *Acta del Mercado Único-Doce Prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza*, de 13 de abril de 2011 [On line].

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52011DC0206>

- Comunicación *Acta del Mercado Único –Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza “juntos por un nuevo crecimiento”* de 13 de abril de 2011. COM (2011)-206 final [On line].

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52011DC0206>

- Comunicación de la Comisión de 2013 titulada “Contratación pública electrónica de extremo a extremo para modernizar la administración pública” (Documento COM [2013] 453 final) [On line].

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52013DC0453>

OTROS ACTOS

- Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “El papel del BEI en el ámbito de la colaboración público-privada (CPP) y el impacto en la problemática del crecimiento”, (2005/C 234/12), DOUE de 29 de mayo de 2005 (*DOUE C 234/52* de 22.9.2005).

- Resolución del Parlamento Europeo sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones de 26 de octubre de 2006 (2006/2043/INI).

- Plan de acción para la aplicación del marco jurídico de la contratación pública electrónica.

<http://www.minhafp.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/Comunicaciones%20de%20la%20Comisi%C3%B3n%20Europea/Comunicacion%20-%20Plan%20de%20accion%20e-contratacion.pdf>

- Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 20 de diciembre de 2011 relativa a la adjudicación de contratos de concesión [COM (2011) 897 final] (*DO* núm. C 102, de 5 de abril de 2012) [Redacción inicial].

- Informe del Comité Económico y Social, de 26 de junio de 2012 (C 191/84 *DOCE* 29 de junio de 2012).

- Informe del Comité de las Regiones (2012/C 277/09) de 19 de julio de la Directiva de adjudicación de los contratos de concesión (*DO C 77/4* de 13.9.2012).

- Enmiendas 65 y 84 presentadas por la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor del Parlamento Europeo (*Documento de sesión de 1 de febrero de 2013*, págs. 56 a 57 y 66).

- Documento de la Comisión *El derecho al agua y al saneamiento como derecho humano*, de 19 de marzo de 2014.

- Recomendación de Decisión del Consejo de la Unión Europea de 27 de julio de 2016, por la que se formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a la reducción del déficit que se considera necesaria para poner remedio a la situación de déficit excesivo COM (2016) 518 final [On line].

<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11544-2016-INIT/es/pdf>

- Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador [COM(2010) 2020] [On line].

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3Aem0028>

ESTADO ESPAÑOL

CONSTITUCIÓN

- Constitución española de 1978 (*BOE* núm. 311, de 29 de diciembre de 1978).

LEYES ORGÁNICAS

- Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado (*BOE* núm. 100, de 25 de abril de 1980).

- Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (*BOE* núm. 103, de 30 de abril de 2012).

DISPOSICIONES CON RANGO DE LEY

- Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877 (*Gaceta de Madrid* núm. 105 de 15 de abril de 1877).

- Ley de Bases de 17 de julio de 1945, de Régimen Local (*BOE* núm. 199, de 18 de julio de 1945).

- Decreto de 16 de diciembre de 1950 por el que aprueba el texto articulado de la Ley de Régimen Local de 17 de julio de 1945 (*BOE* núm. 363 de 29.12.1950).

- Ley 8/1972, de Construcción, Conservación y Explotación de Autopistas en Régimen de Concesiones Local (*BOE* núm. 113, de 11 de mayo de 1972).

- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de Bases de Régimen Local (*BOE* núm. 80, de 3 de abril de 1985).

- Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (*BOE* núm. 102, de 29 de abril de 1986).

- Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas (*BOE* núm. 119, de 19 de mayo de 1995).

- Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social (*BOE* núm. 315, de 31 de diciembre de 1996).

- Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (*BOE* núm. 182, de 31 de julio de 1987).

- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (*BOE* núm. 285, de 27 de noviembre de 1992).

- Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (*BOE* núm. 167, de 14 de junio de 1998).

- Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley 13/1995 de 18 de mayo de contratos de las Administraciones Públicas (*BOE* núm. 211, de 29 de diciembre de 1999).

- Ley 55/1999, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social para el año 2001 (*BOE* núm. 312, de 30 de diciembre de 1999).

- Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social para el año 2001 (*BOE* núm. 313, de 30 de diciembre de 2000).

- Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas (*BOE* núm. 124, de 24 de mayo de 2003).

- Ley 57/2003, de Medidas para la modernización del gobierno local (*BOE* núm. 310, de 17 de diciembre de 2003).

- Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (*BOE* núm. 261, de 31 de octubre de 2001).

- Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (*BOE* núm. 261, de 31 de octubre de 2001).

- Ley 14/2010, de 5 de julio, de infraestructuras y los servicios de información geográfica en España (*BOE* núm. 163, de 6 de julio de 2010).

- Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (*BOE* núm. 163, de 6 de julio de 2010).

- Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras (*BOE* núm. 192, de 9 de agosto de 2010).

- Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (*BOE* núm. 227, de 18 de septiembre de 2010).

- Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (*BOE* núm. 55, de 5 de marzo de 2011).

- Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la Defensa y la Seguridad (*BOE* núm. 184, de 2 de agosto de 2011).

- Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (*BOE* núm. 184, de 2 de agosto de 2011).

- Ley 9/2013, de 4 de julio por la que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres y la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea (*BOE* núm. 160, de 5 de julio de 2013).

- Ley 27/2013, de 30 de diciembre de racionalización y sostenibilidad de la Administración local (*BOE* núm. 312, de 30 de diciembre de 2013).

- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (*BOE* núm. 236, de 2 de octubre de 2015).

- Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público (*BOE* núm. 236, de 2 de octubre de 2015).

- Ley 2/2015, de 30 de marzo de desindexación de la economía española (*BOE* núm. núm. 77, de 31 de marzo de 2015).

- Decreto estableciendo las bases generales de la nueva legislación de obras públicas de 14 de noviembre de 1868 (*Gaceta de Madrid* núm. núm. 320, de 15.11.1868).

- Decreto núm. 923/1965, de 8 de abril de 1965, aprobó el Texto articulado de la Ley de Contratos del Estado (*BOE* núm. 97, de 23 de abril de 1965).

- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (*Gaceta de Madrid*, núm. 206, de 25 de julio de 1889).

- Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo (*BOE* núm. 89, de 13 de abril de 2010).
- Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público (*BOE* núm. 126, de 24 de mayo de 2010).
- Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (*BOE* núm. 148, de 21 de junio de 2000).
- Real Decreto-ley 5/2011, de 29 de abril, de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas (*BOE* núm. 108, de 6 de mayo de 2011).
- Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo de desindexación de la economía española, (*BOE* núm. 30, de 4 de febrero de 2017).

NORMATIVA AUTONÓMICA

- Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de la Administración Local de Navarra (*BOE* núm. 192, de 11 de agosto de 1990).
- Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración Local de Galicia (*BOE* núm. núm. 237, de 3 de octubre de 1997).
- Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón (*BOE* núm. 108, de 6 de mayo de 1999).

- Ley 1/2003, de 3 de marzo, de la Administración Local de La Rioja (*BOE* núm. 71, de 24 de marzo de 2003).

- Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración Pública gallega (*BOE* núm. 198, de 19 de agosto de 2006).

- Ley 4/2011, de 31 de marzo de 2011, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears (*BOE* núm. 103, de 30 de abril de 2011).

- Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materias de Contratos del Sector Público de Aragón (*BOE* núm. 83, de 7 de abril de 2011).

- Ley 10/2013, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley 4/2009, de 11 de junio, de servicios sociales de las Illes Balears (*BOE* núm. 20, de 23 de enero de 2014).

- Ley 9/2015, de 20 de marzo, de primera modificación de la Ley del Principado de Asturias 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales (*BOE* núm. 126, de 27 de mayo de 2015).

- Ley 16/2015, de 9 de noviembre, por la que se modifica la Ley 3/2003, de 10 de abril, del Sistema de Servicios Sociales de la Región de Murcia (*BOE* núm. 284, de 27 de noviembre de 2015).

- Decreto 18/2015, por el que se establecen los principios generales a los que se han de someter los conciertos sociales de las Illes Balears (*BOIB* núm. 54, de 16 de abril de 2015).

- Decreto-Ley 1/2016, 17 de mayo, sobre acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario (*BOA* núm. 95 de 19.5.2016) (convalidado en junio de 2016) de la Comunidad Autónoma de Aragón.

- Decreto Ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública, de la Generalidad de Cataluña (convalidado julio 2016) (*BOE* núm. 188, de 5 de agosto de 2016).

- Ley 8/2016, de 8 de julio, de 8 de julio, por la que se modifica la Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de servicios sociales de Galicia (*BOE* núm. 217, de 8 de septiembre de 2016).

- Decreto ley 7/2016, sobre acción concertada para la prestación de servicios a las personas en el ámbito sanitario de la Comunidad Valenciana (*DOGV* núm. 7914, de 10 de noviembre de 2016).

- Ley 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario. (*BOE* núm. 14, de 17 de enero de 2017).

DISPOSICIONES REGLAMENTARIAS

ESTATALES

- Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (*BOE* núm. 196, de 15 de julio de 1955).

- Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (*BOE* núm. 257, de 26 de octubre de 2001).

AUTONÓMICAS

- Decreto 179/1995, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales de Cataluña (*DOGC* núm. 2066 de 23 de junio de 1995).

- Reglamento de bienes, actividades y servicios y obras de las entidades locales de Aragón, aprobado por el Decreto 347/2002, 19 de noviembre (*BOA* núm. 139 de 25 de noviembre de 2002).

NORMATIVA EN TRAMITACIÓN

- Anteproyecto de Ley de Contratos Públicos de Navarra (tramitación iniciada Orden Foral 22/2015, de 29 de enero, de la Consejera de Economía, Hacienda, Industria y Empleo y actualmente informadas en fecha 7 de abril de 2017).
- Anteproyecto de Ley de Contratos Públicos del Sector Público (BOCG de 2.12.2016, 16.3.2017 y 21.3.2017).

ACUERDO DE MINISTROS

- Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de junio de 2008, por el que se dan instrucciones para la atribución de la condición de medio propio y servicio técnico a sociedades mercantiles estatales cuyo capital corresponde en su integridad a la Administración General del Estado o a la SEPI y a fundaciones constituidas con aportación íntegra de esta entidad.

<http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/documents/2008/refc20080606.pdf>

NORMATIVA ESTADOS MIEMBROS

ITALIA

- Decreto legislativo de 18 de abril de 2016 núm. 50 titulado *Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali,nonche' per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture* (16G00062) (Gazzetta ufficiale núm. 91, 19.4.2016).

GRAN BRETAÑA

- Hand book of Concession Contracts Regulations (*Statutory Instruments* 2016 núm. 273).

ALEMANIA

- Ley de modernización del derecho de la adjudicación Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG) Vom 17. Febrero 2016 (Bundesgesetzblatt Jahrgang 2016 Teil I Nr. 8 am 23, februar 2016).

FRANCIA

- Ley francesa nº 2001-1168, de 11 de diciembre de 2001, por la que se adoptan medidas urgentes de reforma de carácter económico y financiero (*JORF* de 12.12.2001, p. 19703).
- Ordenanza 2016-65 de 29 enero de 2016 y el Decreto núm. 2016-86 de 1 de febrero de 2016, relativo a los contratos de concesión (*JORF* núm. 0025 de 30.1.2016 texto núm. 66).

ÓRGANOS CONSULTIVOS

CONSEJO ESTADO FRANCÉS

- Informe de 21 de marzo 1910.
- Informe de 30 de marzo de 1966.

CONSEJO ESTADO

- Dictamen núm. 48.979/1986, de 13 de marzo.
- Dictamen núm. 52.743/1989, de 30 de marzo.
- Dictamen núm. 781/1991, de 27 de junio.
- Dictamen núm. 1.651/1993, de 28 de diciembre.
- Dictamen núm. 968/1994, de 9 de junio.
- Dictamen núm. 2.718/1995 de 14 de diciembre.
- Dictamen núm. 3.344/2002 13 de marzo de 2003.
- Dictamen núm. 2.918/2003, de 27 de noviembre de 2003.
- Dictamen núm. 1.116/2015, de 10 de marzo de 2016.

ABOGACÍA ESTADO

- Informe núm. 1/2008 de 5 de febrero de 2005.
- Circular núm. 1/2008 de 27 de marzo de 2008.
- Informe núm. 3/2015, de 27 de enero de 2015.

CONSEJO CONSULTIVO ARAGÓN

- Dictamen núm. 52/2013, de 30 de abril de 2013.

JUNTAS CONTRACTUALES

Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía

- Informe número 4/1996, de 16 de enero de 1996.

Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado

- Informe 27/2002, de 23 de octubre de 2002.
- Informe núm. 61/2003, de 12 de marzo de 2004.
- Informe núm. 10/2007, de 26 de marzo de 2007.
- Informe núm. 28/2007, de 5 de julio de 2007.
- Informe núm. 61/2008, de 31 de marzo de 2009.
- Informe núm. 65/2008, de 31 de marzo de 2009.
- Informe núm. 26/2009, de 1 de febrero de 2010.
- Informe núm. 64/2009, de 26 de febrero de 2010.
- Informe núm. 22/2009, de 25 de septiembre de 2009.
- Informe núm. 12/2010, de 23 de julio de 2010.
- Informe núm. 65/2011, de 1 de marzo de 2012.
- Dictamen de 17 de septiembre de 2015 relativo al anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público.

- Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado a los órganos de contratación en relación con la aplicación de las nuevas Directivas de contratación de 15 de marzo de 2016.

Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad Autónoma de Aragón.

- Informe núm. 13/2011, de 4 de mayo.

- Informe núm. 1/2012, de 1 de febrero.

- Informe núm.12/2012, de 23 de mayo.

- Informe núm. 15/2012, de 19 de septiembre.

- Informe núm.18/2012, de 19 de septiembre.

- Informe núm. 2/2013, de 3 de octubre.

- Informe núm. 24/2013, de 25 de noviembre.

- Informe núm. 2/2014, de 22 de enero.

- Informe núm.13/2015, de 30 de septiembre.

- Informe núm. 17/2015, de 3 de diciembre.

- Informe núm. 16/2016, de 20 de julio.

Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña

- Informe núm. 5/2003, de 29 de mayo.
- Informe núm. 11/2010, de 26 de diciembre.
- Informe núm. 15/2014, de 17 de diciembre.
- Informe 1/2016, de 6 de abril.

Junta Consultiva de Contratación de Baleares

- Informe núm. 2/2012, de 30 de mayo.

Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalidad Valenciana

- Informe núm. 4/2012, de 9 de mayo
- Informe núm. 4/2015, de 13 de noviembre de 2015

COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA

- Informe de la Comisión Nacional de la Competencia “Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia”, de julio de 2013.

TRIBUNAL DE CUENTAS

- Informe núm. 1003 sobre encomiendas de gestión, de 11 de marzo de 2015.

PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES EUROPEOS

- Sentencia de 30 de abril de 1974, *SACCHI* (As. 155/73).

- Sentencia de 18 de junio de 1975, *Industria Gomma Articoli Vari (IGAV) contra Ente Nazionale per la Cellulosa e per la Carta (ENCC)* (As. 94/74).

- Sentencia de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*, (As. 106/77).

- Sentencia de 17 de febrero de 1981, *Comisión contra Italia* (As. 133/80).

- Sentencia de 15 de julio de 1982, *Felicitas* (As. 270/81).

- Sentencia de 7 de junio de 1983, *Comisión contra Italia*, (As. 78/82).

- Sentencia de 10 de abril de 1984, *Von Colson y Kamann* (As. 14/83).

- Sentencia de 16 de junio de 1987, *Comisión Italia* (As. 118/85).

- Sentencia de 20 de septiembre de 1988, *Gebroeders Beethjes/Países Bajos* (As. 31/87).

- Sentencia de 22 de septiembre de 1988, *Comisión contra Irlanda*, Rec. 1988 (As. 45/87).

- Sentencia de 22 de junio de 1989, *Fratelli Constanzo/Ayuntamiento de Milán* (As. 103/88).

- Sentencia de 5 de noviembre de 1989, *Comisión contra la República Italiana* (As. C-3/88).

- Sentencia de 5 de diciembre de 1989, *Comisión contra Italia*, Rec. 1989 (As. C-3/88).

- Sentencia de 20 de marzo de 1990, *Du Pont de Nemours* (As. C-21/1988).

- Sentencia de 23 de abril de 1991, *Hofner K. y Elser contra Macroton GmbH* (As. C-41/90).
- Sentencia de 18 de junio de 1991, *Elliniki Radiophonia* (As. C-260/89).
- Sentencia de 19 de noviembre de 1991, *Francovich y otros* (As. C-6/90 y 9/90).
- Sentencia de 19 de abril de 1994, *Gestión Hotelera Internacional* (As. C-331/92).
- Sentencia de 26 de abril de 1994, *Comisión/Italia Lottomaica*, (As. C-272/91).
- Sentencia de 15 de mayo de 1995, *Comisión/República Italiana* (As. C-54/94).
- Sentencia de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du Pêcheur y Factorname* (As. C-46/93 y C-48/93)
- Sentencia de 26 de marzo de 1996, *British Telecommunications* (As. C-392/93).
- Sentencia de 25 de abril de 1996, *Comisión Bélgica*, (As. C- 87/94).
- Sentencia de 23 de mayo de 1996, *Hedley Lomas*, (As. C-5/94).
- Sentencia de 12 de diciembre de 1996, *British Telecommunications* (As. C-302/93).
- Sentencia de 17 de junio de 1997, *Sodemare, SA* (As. C-70/95).
- Sentencia de 18 de diciembre de 1997, *Inter Environment Wallonie*,(As. C-129/96).
- Sentencia de 15 de enero de 1998, *Manesman* (As. C-44/96).
- Sentencia de 24 de febrero de 1998, *Walter Tögel* (As. C-76/97).
- Sentencia de 2 de abril de 1998, *Norbrook Laboratories* (As. C-127/95).

- Sentencia de 17 de septiembre de 1998, *Comisión contra Reino de Bélgica* (As. C-323/96).
- Sentencia de 24 de septiembre de 1998, *Tögel* (As. C-76/97).
- Sentencia de 10 de noviembre de 1998, *BFI Holding* (As. C-360/96).
- Sentencia de 17 de diciembre de 1998, *Embassy Limousines & Services/Parlamento* (As. T-203/96).
- Sentencia de 17 de diciembre de 1998, *Irish Forestry Board* (As. C-353/96).
- Sentencia de 9 de septiembre de 1999, *RI.SAN. Srl* (As. C-108/98).
- Sentencia de 16 de septiembre de 1999, *Metalmeccanica Fracasso* (As. C-27/98).
- Sentencia de 21 de septiembre de 1999, *Markku Juhani Läärä, Costswold Microsystems Ltd y Oy Transatlantic Software Ltd/Kihlakunnansyyttäjä* (Jyväskylä) y *Suomen valtio* (Estado finlandés), (As. C-124/97).
- Sentencia 18 noviembre 1999, *Unitron Scandinavia y 3-S* (As. C-275/98).
- Sentencia de 18 de noviembre de 1999, *Teckal* (As. C-107/98).
- Sentencia 3 de octubre de 2000, *Universidad de Cambridge* (As. C-380/98).
- Sentencia de 5 de octubre de 2000, *Comisión Francia* (As. C-337/98).
- Sentencias de 7 de diciembre de 2000, *Teleaustria* (As. C-324/98).
- Sentencia de 1 de febrero de 2001, *Comisión Francia* (As. 237/99).
- Sentencia de 10 de mayo de 2001, *Agora Srl*. (As. C-232 y C-260/99).

- Sentencia de 12 de julio de 2001, *Ordine Degli Architetti y otros* (As. C-399/98).
- Sentencia de 18 de octubre de 2001, *SIAC Construction* (As. C-19/02).
- Sentencia de 17 febrero de 2002, *Concordia Bus Finland* (As. C-513/99).
- Sentencia de 30 de mayo de 2002, *Buchhändler-Vereinigung* (As.C-358/00).
- Sentencia de 11 de septiembre de 2002, *Pfizer Animal Health/Consejo* (As. T-13/99).
- Sentencia de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau*, (As. C-470/99).
- Sentencia de 27 de febrero de 2003, *Adolf Truley* (As. C-373/00).
- Sentencia de 15 de mayo de 2003, *Comisión Vs. Reino de España* (As. C-214/00).
- Sentencia de 22 de mayo de 2003, *Riita Korhonsen y otros* (As. C-18/01).
- Sentencia de 29 de abril de 2004, *Comisión/CAS Succhi di frutta* (As. C-496/99).
- Sentencia de 16 de octubre de 2003, *Comisión contra España Siepsa* (As. C-283/00).
- Sentencia de 4 de diciembre de 2003, *EVN y Wienstrom* (As. 448/01).
- Sentencia de 5 de octubre de 2004, *Pfeiffer y otros*, (As. C-398/01).
- Sentencia de 7 de octubre de 2004, *Comisión/Italia* (As. C-247/02).
- Sentencia de 18 de noviembre de 2004, *Comisión contra República Federal Alemana* (As. C-284/03).
- Sentencia de 14 de diciembre de 2004, *Arnold André*, (As. C-432/02).
- Sentencia 11 de enero de 2005, *Stadt Halle y RPL Lochau*, (As. C-26/03).

- Sentencia de 13 de enero de 2005, *Comisión contra España* (As. C-84/2003).

- Sentencia de 3 de marzo de 2005, *Fabricom* (As. C-21/03 y C-34/03).

- Sentencia de 17 de marzo de 2005, *AFCOn Management Consultants y otros/Comisión* (As. T-160/03).

- Sentencia de 20 de octubre de 2005, *Comisión Francia* (As. C-264/2003).

- Sentencia de 27 de octubre de 2005, *INSALUD* (As. C-158/03).

- Sentencia de 27 de octubre de 2005, *Contse y otros* (As. C-234/03).

- Sentencia de 2 de junio 2005, *KoppensteinerGMBH* (As. C-15/04).

- Sentencia de 21 de julio de 2005, *Coname Padania Acque* (As. C-231/03).

- Sentencia de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen GMBH* (C-458/03).

- Sentencia de 10 de noviembre de 2005, *Comisión vs República de Austria* (As. C-29/04).

- Sentencia de 24 de noviembre de 2005, *Viaggi di Maio* (As. C-331/04).

- Sentencia de 6 de abril de 2006, *ANAV* (C-410/04).

- Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 18 de abril de 2007, *Deloitte Busines Advisor NV* (As. T-195/05).

- Sentencia de 4 de julio de 2006, *Adeneler* (As. C-212/04).

- Sentencia de 18 de enero de 2007, *Jean Auroux y otros* (As. C-220/05).

- Sentencia de 19 de abril de 2007, *Asemfo vs Tragsa* (As. C-295/05).

- Sentencia de 14 de junio de 2007, *Medipac-Kazantzidis A y Venizeleio-Pananeio* (As. C-6/05).
- Sentencia de 18 de julio de 2007, *Comisión/Italia* (As. C-382/05).
- Sentencia de 13 de septiembre de 2007, *Comisión/Italia, Ennaloto* (As. C-260/04).
- Sentencia de 13 de diciembre de 2007, *Bayerischer Rundfunk* y otros (As. C-337/06).
- Sentencia de 18 de diciembre de 2007, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia, Correos y Telégrafos, SA* (As. C-220/06).
- Sentencia de 18 de diciembre de 2007, *Comisión/República Irlanda* (As. C-532/03).
- Sentencia de 24 de enero de 2008, *Alexandroupolis* (C-532/06).
- Sentencia de 14 de febrero de 2008 *VAREC* (As. C-450/06).
- Sentencia de 21 de febrero de 2008, *Comisión contra República Italiana*, (As. C-412/04).
- Sentencia de 12 de marzo de 2008, *European Network/Comisión* (As. T-332/03).
- Sentencia de 12 de marzo de 2008, *Europaiki Dynamiki* (As. T-345/03).
- Sentencia de 8 de abril de 2008, *Comisión vs Rep. Italiana* (As. C-337/05).
- Sentencia de 10 de abril de 2008, *Ing. Aigner/Fernwärme* (As. C-393/06).
- Sentencia de 11 de mayo de 2008, *Carbotermo SpA* (Asunto C-340/04).
- Sentencia de 17 de julio de 2008, *MANTUA* (As. C-371/05).
- Sentencia de 19 de junio de 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur*, (As. C-454/06).

- Sentencia de 9 de septiembre de 2008, *Bayer CropScience y otros/Comisión* (As. T-75/06).
- Sentencia de 13 de noviembre de 2008, *Comisión/Italia* (As. C-437/07).
- Sentencia de 19 de mayo de 2009, *Assitur* (As. C-538/07).
- Sentencia de 9 de junio de 2009, *Comisión contra Alemania* (As. C-480/06).
- Sentencia de 11 de junio de 2009, *Hans&Christophorus Oymanns GbR* (As. C-300/07).
- Sentencia de 8 de septiembre de 2009, *Liga portuguesa de Futebol Profissional y Bwin International Ltd/Departamento de Jogos da santa Casa da misericordia de Lisboa* (As. C-42/07).
- Sentencia de 9 de septiembre de 2009 del Tribunal de primera Instancia, *Brink's Security Luxembourg S.A.* (As. T-437/05).
- Sentencia de 10 de septiembre de 2009, *Sea srl y Comune di Ponte Nossa* (As. C-573/07).
- Sentencia de 10 de septiembre de 2009, *WasserWAZV Gotha contra Eurowasser* (As. C-206/08).
- Sentencia de 15 de octubre de 2009, *Acoset* (As. C-196/08).
- Sentencia de 15 de octubre de 2009, *Comisión/Alemania* (As. C-275/08).
- Sentencia de 23 de diciembre de 2009, *Consorzio Nazionales Interuniversitario per le Scienze del Mare CoNISMa* (As. C-305/08).
- Sentencia de 25 de marzo de 2010, *Helmut Müller GmbH* (As. C-451/08).

- Sentencia de 13 de abril de 2010, *Wall AG y Municipio de Fráncfort del Meno* (As. C-91/08)
- Sentencia de 29 de abril de 2010, *Comisión/República de Alemania* (As. C-160/08).
- Sentencia de 6 de mayo de 2010, *Club Hotel Loutraki* (As. C-145/08 y C-149/08).
- Sentencia de 3 de junio de 2010, *Sporting Exchange* (As. C-203/08).
- Sentencia de 9 de septiembre de 2010, *Ernst Engelmann* (As. C-64/08).
- Sentencia de 10 de marzo de 2011, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler* (As. C-274/09).
- Sentencia de 22 de abril de 2010 Comisión contra Reino de España (As. C-423/07).
- Sentencia de 29 de abril de 2010, *Comisión contra Alemania* (As. C-160/00).
- Sentencia de 10 de noviembre de 2011, *Norma-A y Deckom*, (As. C-348/10).
- Sentencia de 16 de febrero de 2012, *Costa y Cifone* (As. C-72/10 y C-77/10).
- Sentencia de 10 de mayo de 2012, *Comisión/Paises Bajos* (As. C-368/10).
- Sentencia de 29 de noviembre de 2012 *Econord Spa* (As. C-182/11 y 183/11).
- Sentencia de 19 de diciembre de 2012 del Tribunal (Gran Sala), *Azienda Sanitaria Locale do Lecce y Universidad de Salento* (As. C-159/11).
- Sentencia de 31 de enero de 2013 del Tribunal General, *Comisión Reino de España* (As. T 235/11).
- Sentencia de 16 de septiembre de 2013, *Comisión contra Reino de España* (As.C-402/06).

- Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 3 de enero de 2013 (As. T-235/11) contra el Reino de España.

- Sentencia de 24 de enero de 2013, *Stanleybet International Ltd* y otros (As. C-186/11 y C-209/11).

- Sentencia de 20 de marzo de 2013, *Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy* (As. T-415/10).

- Sentencia de 13 de junio de 2013, *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH Co. KG* (As. C-386/11).

- Sentencia de 12 de septiembre de 2013, *IVD GmbH & Co. KG y Ärztekammer Westfalen-Lippe* (As. C-526/11).

- Sentencia de 10 de octubre de 2013, *Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino* (As. C-94/12).

- Sentencia de 24 de octubre de 2013, *Comisión/España* (As. C-151/12).

- Sentencia de 13 de diciembre de 2013, *European Dynamics Luxembourg S.A./Evropaiki Dynamiki Proigmena systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE*; (As. 165/12).

- Sentencia de 18 de diciembre de 2013, *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze y Data medical Service Srl*, (As. C-568/13).

- Sentencia de 19 de junio de 2014, *Centro Hospitalario de Setúbal* (Asunto C-574/12).

- Sentencia de 8 de mayo de 2014, *Idrodinamica Velox srl y otros y Acquedotto Puglieses Spa* (As. C-161/13).

- Sentencia de 19 de junio de 2014, *Centro Hospitalario de Setúbal* (As. C-574/12).

- Sentencia de 10 de julio de 2014, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici* (As. C 358/12).
- Sentencia de 11 de septiembre de 2014, *Comisión/Alemania* (As. C-525/12).
- Sentencia de 11 de septiembre de 2014, *Ministero dell'Interno* (As. C-19/13).
- Sentencia de 30 abril de 2014, *Euris Consult Ldt, Parlamento Europeo* (As. T-637/11).
- Sentencia de 8 de mayo de 2014, *Universidad Hamburgo* (As. C-15/2013).
- Sentencia de 6 de noviembre de 2014, *Cartiera dell'Adda*, (As. C-42/13).
- Sentencia de 11 de diciembre de 2014, *Croce Amica One Italia*, (As. C-440/13).
- Sentencia de 11 de diciembre de 2014, *Croce Rossa Italiana y otros* (As. C-113/13).
- Sentencia de 18 de diciembre de 2014, *Generali-Providencia Biztosító* (As. C-470/13).
- Sentencia de 18 de diciembre de 2014, *Azienda Ospedaliero* (As. C-568/13).
- Sentencia de 12 de marzo de 2015, *eVigilo* (As. C-538/13).
- Sentencia de 26 de marzo de 2015, *Ambisig* (C- 601/13).
- Sentencia de 6 de octubre de 2015, *ConSORCI Sanitari del Maresme* (As. C-203/14).
- Sentencia de 22 de octubre de 2015, *Grupo Sanitario Quirón, SA y Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco Instituto de Religiosas Siervas de Jesús de la Caridad* (As. C-552/13).
- Sentencia de 14 de enero de 2016, *Ostas celtnieks SIA y Talsu novada pasvaldiba*, (As. C-234/2014).

- Sentencia de 28 de enero de 2016, *CASTA y otros* (As. C-50/2014).

- Sentencia de 7 de abril de 2016, *Partner Apelski Dariusz y Zarzad Oczyszczania Miasta* (As. C-324/14).

- Sentencia de 14 de julio de 2016, *Promoimpresa Srl y Consorzio dei comuni della Sponda Bresciana del Lago di Garda e Lago di Idro, Regione Lombardia y otros*, (As. C-458/14 y C-64/15).

- Sentencia de 7 de septiembre de 2016, *Finn Frogne A/S y Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation* (As. C-549/14).

- Sentencia de 8 de septiembre de 2016, *Domenico Politanò* (C-225/15).

- Sentencia de 27 de octubre de 2016, *Hörmann Reisen* (C-292/15).

Conclusiones Abogado General

- conclusiones del Abogado General Sr. Melchoir Wathelet (As. C-576/10).

- conclusiones del Abogado General Sr. S. Alber (As. C-496/99).

PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES ESTATALES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC de 30 de abril de 2015.

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia de 3 de diciembre de 1949.

- Sentencia de 15 de noviembre de 1986

- Sentencia de 14 de mayo de 2001.

- Sentencia de 22 de enero de 2002.

- Sentencia de 9 de diciembre de 2003.

- Sentencia de 6 de abril de 2005

- Sentencia de 29 de mayo de 2007.

- Sentencia de 6 de mayo de 2008.

- Sentencia 27 de octubre de 2009.

- Sentencia de 14 de julio de 2010.

- Sentencia de 11 mayo 2011.

- Sentencia de 16 mayo de 2011.

- Sentencia de 4 de febrero de 2014.

- Sentencia de 28 de enero de 2015.

- Sentencia de 8 abril de 2015.

- Sentencia de 20 de abril de 2015.

Audiencia Nacional

- Sentencia de 12 de abril de 2006.

- Sentencia de 26 de mayo de 2011.

Tribunal de Justicia de Cataluña

- Sentencia de 14 de diciembre de 2006.

Tribunal Superior de Justicia de la de Murcia

- Sentencia de 10 de junio de 2013.

RESOLUCIONES Y ACUERDOS DE LOS TRIBUNALES Y ÓRGANOS RESOLUTORIOS DE RECURSOS ESPECIALES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN.

Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

- Resolución núm. 54/2012, de 1 de junio.

- Resolución núm. 2/2015, de 16 de enero.

- Resolución núm. 21/2015, de 19 de febrero.

Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón

- Acuerdo núm. 63/2013, de 4 de noviembre.

- Acuerdo núm. 52/2013 de 11 de septiembre.

- Acuerdo núm. 55/2013, de 1 de octubre.

- Acuerdo núm. 37/2014, de 30 de junio.

- Acuerdo núm. 57/2014, de 1 de octubre.

Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales

- Resolución núm. 107/2011, de 15 de abril.

- Resolución núm. 203/2011, de 7 de septiembre.

- Resolución núm. 235/2013, de 20 de junio.

- Resolución núm. 204/2013, de 5 de junio.

- Resolución núm. 267/2013, de 10 de julio.

- Resolución núm. 76/2014, de 5 de febrero.

- Resolución núm. 299/2014, de 11 de abril.

- Resolución núm. 492/2014, de 27 de junio.

- Resolución núm. 690/2014, de 23 de septiembre.

- Resolución núm. 695/2014, de 23 de septiembre.

- Resolución núm. 748/2014, de 3 de octubre.

- Resolución núm. 141/2015, de 13 de febrero.

- Resolución núm. 1.111/2015, de 4 de diciembre.

- Resolución núm. 331/2016, de 29 de abril.

- Resolución núm. 351/2016, de 6 de mayo.

- Resolución núm. 569/2016, de 15 de julio.
- Resolución núm. 795/2016, de 7 de octubre.
- Resolución núm. 135/2017, de 12 de febrero.

Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León

- Resolución núm. 56/2014, de 31 de julio.

Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía

- Resolución núm. 122/2013, de 17 de octubre.
- Resolución núm. 18/2014, de 12 de febrero.
- Resolución núm. 180/2014, de 3 de octubre.
- Resolución núm. 214/2014, de 10 de noviembre.
- Resolución núm. 95/2015, de 11 de marzo.
- Resolución núm. 139/2015, de 21 de abril.

Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

- Resolución núm. 48/2014, de 19 de marzo.
- Resolución núm. 60/2014, de 2 de abril.

- Resolución núm. 103/2014, de 25 de junio.
- Resolución núm. 92/2014, de 25 de junio.
- Resolución núm. 93/2014, de 25 de junio.
- Resolución núm. 94/2014, de 25 de junio.
- Resolución núm. 95/2014, de 25 de junio.
- Resolución núm. 96/2014, de 25 de junio.
- Resolución núm. 97/2014, de 25 de junio.
- Resolución núm. 98/2014, de 25 de junio.
- Resolución núm. 99/2014, de 25 de junio.
- Resolución núm. 100/2014, de 25 de junio.
- Resolución núm. 101/2014, de 25 de junio.
- Resolución núm. 102/2014, de 25 de junio.
- Resolución núm. 103/2014, de 25 de junio.
- Resolución núm. 104/2014, de 25 de junio.
- Resolución núm. 105/2014, 25 de junio.
- Resolución núm. 74/2015, de 21 de mayo.
- Resolución núm. 79/2015, de 3 de junio.

- Resolución núm. 185/2015, de 18 de noviembre

Tribunal Catalán Contratos del Sector Público

- Resolución núm. 24/2013, de 1 de febrero.

- Resolución núm. 50/2013, de 25 de marzo.

- Resolución núm. 24/2015, de 6 de febrero.

- Resoluciones núm. 123/2015, de 2 de julio.

- Resolución núm. 194/2015, de 29 de octubre.

- Resolución núm. 237/2015, de 20 de enero.

- Resolución núm. 15/2016, de 16 de febrero.

- Resolución núm. 70/2017, de 24 de abril.

INFORMES PLCSP

- Informe Consejo General del Poder Judicial de 11 de junio de 2015.

- Informe del Consejo Económico Social de 25 de junio de 2015.

- Informe del Tribunal de Cuentas de 6 de julio de 2015.

- Informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 16 de julio de 2015.

- Informe de la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) de 12 de mayo y 16 de julio de 2015.

- Informe de la Comisión Nacional de Administración Local (CNAL) de 13 de julio de 2015.

OTROS DOCUMENTOS DE INTERÉS

- OCDE (2008), Les partenariats públic-privé. Partager les risques et optimiser les ressources, págs. 53 a 56.

- (2010) Transport Infrastructures Investment: Options for efficiency. Transport Research Centre.

- Plan Extraordinario de Infraestructuras (PEI) del Ministerio de Fomento de 7 de abril de 2010.

- Informe emitido por el *Center for Strategy & Avaluation Services*.

- ASOCIACIÓN FORO PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIP INFRAESTRUCTURA: “Recomendaciones para el desarrollo sostenible de la colaboración privada en infraestructuras”, disponible en la página web www.foroppp.com

- CEOE “La inversión en infraestructuras públicas en España”, *Propuesta de mejora en el marco legal y la práctica de la contratación pública en materia de contrataciones y colaboración público-privada, de la Comisión de Concesiones y servicios de la Confederación Española de organizaciones Empresariales*, CEOE, octubre 2013.

- Documento de trabajo de los tribunales administrativos de recursos contractuales de 1 de marzo de 2016 “*Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público*”, de 1 de marzo de 2016 www.obcp.es

*Esta tesis fue acabada en Barcelona,
el día doce de junio de 2017.*