



Las novedades de la nueva Ley de Contratos del Sector Público en materia de concesiones de servicios. Una reflexión sobre dos aspectos concretos

Fernando García Rubio

Universidad Rey Juan Carlos – Ayuntamiento de Madrid

fernando.rubio@urjc.es

NOTA BIOGRÁFICA

Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, Colegio universitario San Pablo-CEU año 1990. Doctor en derecho por la Universidad Rey Juan Carlos. Técnico de Administración General, rama jurídica, en diversos Ayuntamientos. Profesor de Derecho Administrativo del Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande, adscrito a la Universidad Complutense de Madrid. Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad Rey Juan Carlos, Ponente de numerosos cursos para personal directivo y funcionarios superiores diversas instituciones nacionales e internacionales. Autor de numerosos artículos en revistas como: “El personal laboral de las entidades locales tras la LRSAL”, *Cuadernos de derecho local* (2015); “La solución al «problema» de las Cajas de Ahorro, una visión comparada hispano-italiana”, *Actualidad administrativa* (2015). Autor y co-autor de libros: *La gestión urbanística en el estado autonómico*, monografía vinculada a la revista Aranzadi de urbanismo y edificación, Aranzadi, 2012; *La reforma del 2013 del régimen local español*, coord. por Juan Alfonso Santamaría Pastor (2014).

SUMARIO

I. Introducción. La regulación del contrato de concesión. Conceptos generales. II. La transferencia del riesgo económico como característica. III. Asunción de riesgo operacional y obligaciones de servicio público ¿se pueden otorgar subvenciones en los nuevos contratos de concesión?. IV. El papel de las denominadas obligaciones de servicio público. V. Los efectos de la nueva LCSP sobre la actividad «remunicipalizadora». VI. Conclusiones. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN. LA REGULACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN. CONCEPTOS GENERALES

La aprobación de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, 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 (LCSP) supone la transposición al ordenamiento jurídico nacional del denominado tercer paquete de directivas comunitarias en la materia, que introduce un «novedoso» contrato de concesión, sobre el que (referido solo a algunos aspectos concretos generados en el Seminario celebrado en el INAP el 18 de octubre de 2017 pretendemos hacer alguna reflexión.

En concreto la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación del contrato de concesión (DOUE L 94, de 28-03-2014), cuyo periodo de transposición finalizó el 18 de abril de 2016 (tal y como recoge esta misma en su art 51.1) supone una importante variación de las determinaciones clásicas de las concesiones administrativas existentes en el derecho positivo hispánico, en buena medida ajenas a la regulación comunitaria hasta este momento, aunque tal y como

destaca HERNÁNDEZ GONZÁLEZ¹ y recuerda el profesor HUERGO LORA en su artículo de esta revista, las incertidumbres en torno a la aplicación y alcance de estos principios llevaron a la Comisión Europea a abordar la problemática de las concesiones en dos *Comunicaciones interpretativas*: una específica sobre la aplicación del Derecho comunitario a las *concesiones*, que contempla las concesiones de obras y de servicios (tengan o no naturaleza contractual), de 24 de febrero de 1999, publicada en el DOUE de 29 de abril de 2000 (2000/C 121/02).

Estas comunicaciones debemos englobarlas dentro de la aspiración comunitaria para la regulación de la colaboración entre el sector público y el sector privado, pero ello no implica, tal y como ha señalado PINTOS SANTIAGO², que no haya habido intentos por incluir las concesiones de servicios dentro del marco jurídico que regula el Derecho de la contratación pública comunitario. Así lo atestigua claramente la STJUE de 7 de diciembre de 2000, *Teleausria y Teelfonadress*³,

No obstante son diversas las manifestaciones previas a la directiva por parte de las autoridades comunitarias, tal y como se encarga de desarrollar en su ponencia el profesor HUERGO LORA, lo que se ha ido plasmando en una doctrina ya consolidada a nivel europeo.

Así en la directiva se entiende por *contrato de concesión* todo contrato oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes, o entidades adjudicadoras confían la ejecución de obras (concesión de obras) o la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras (concesión de servicios) a uno o más operadores económicos, cuya *contrapartida* es bien el derecho a explotar las obras o los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago (considerando 11 y art. 5)

El Derecho comunitario utiliza por tanto un concepto de *concesión de servicios* más amplio que la noción de *concesión de servicio público*, que se refiere exclusivamente a la gestión de aquellos servicios cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración y recogía el ahora derogado art. 8 TRLCSP.

Así la propia exposición de motivos de la LCSP indica que *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.*

Por su parte, la distinción entre *concesión de obras* y *concesión de servicios* no resulta especialmente problemática, más allá de los supuestos de *contratos mixtos* (tal y como recoge el ya indicado HERNÁNDEZ GONZALEZ⁴, que se adjudicarán con arreglo a las normas aplicables al tipo de concesión predominante en función de cuál sea el objeto principal del contrato (art. 20.1 de la directiva y 19 de la nueva LCSP).

La Directiva reguló el régimen jurídico de las concesiones en los arts. 20 a 23, diferenciando entre *concesiones con diversidad de objetos* (contratos mixtos) y *concesiones con diversidad de actividades*. el poder o entidad adjudicadora podrá optar entre adjudicar: a) *contratos separados* para cada parte o actividad o; b) un *único contrato*, en cuyo caso se deben indicar las normas aplicables de acuerdo con los criterios establecidos en la propia Directiva.

Esta fórmula no sólo se desvía de la jurisprudencia comunitaria previa a dicha regulación (por todas, STJUE de 22 de diciembre de 2012, *Mehiläinen Oy*, Asunto C-215/09, apartado 47) sino también de la Propuesta de Directiva (que optaba por aplicar sus disposiciones a la parte del contrato que constituyera una concesión, ex. art. 18.4).

¹ Francisco L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, "La nueva directiva de concesiones. Un largo viaje con final esperado", Ponencia presentada al X congreso de la AEPDA, disponible en <http://www.aepda.es/congresos/ponencias> y "Las nuevas directivas de contratación pública" (ponencias sectoriales del X Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo), 2015, INAP-AEPDA, págs. 169-237.

² Jaime PINTOS SANTIAGO, "Las diferencias teóricas y los criterios diferenciadores de carácter práctico entre el contrato de servicios y el contrato de concesión de servicios públicos con ocasión de la Directiva 2014/23/UE", *Revista Contratación Administrativa Práctica*; Jaime PINTOS SANTIAGO, *Contratación Administrativa Práctica*, Editorial LA LEY 8386/2014.

³ C-324/98, Rec. p. I-10770, que indica: «46. A este respecto procede recordar que, tanto en su Propuesta de 13 de diciembre de 1990 como en su 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, p. 4; en lo sucesivo, "Propuesta de 28 de agosto de 1991"), 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».

⁴ Francisco HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, op. cit., pág. 178.

Uno de los principales objetivos de la directiva era, tal y como expone VILLALBA HERNÁNDEZ⁵ el introducir una nueva regulación en el ámbito de la Unión Europea del contrato de concesión de servicios con la finalidad de dotar de mayor seguridad jurídica al sector. Hasta ahora las concesiones de obra se encontraban sujetas de forma parcial a la Directiva clásica de contratación pública, la Directiva 2004/18/CE34, mientras que las concesiones de servicios estaban sujetas exclusivamente a los principios del TFUE (artículos 43 a 49).

Otro importante objetivo es diferenciar el contrato de concesión del contrato público por el mayor riesgo que la operación implica; por la mayor complejidad jurídica de la relación entablada entre el concesionario y los poderes o entidades adjudicadores como consecuencia de la larga duración de la concesión; y por la mayor flexibilidad que requiere la ejecución de la concesión. Para ello distingue la Directiva entre el «contrato de concesión» y el «contrato público», caracterizando al primero por la asunción por parte del concesionario de los riesgos y responsabilidades que tradicionalmente recaen o son competencia de los poderes y entidades adjudicadoras, señalando que la característica fundamental de la concesión es la transferencia al contratista de la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo operacional de carácter económico de la concesión,. El rasgo esencial que caracteriza a la concesión no es el objeto del contrato, la explotación del servicio, nota que también posee el contrato de servicios, sino la transferencia económica en la prestación del servicio al concesionario que en el contrato de servicios no existe.

La Ley al optar por sistematizar las tipologías contractuales ha recogidos como contratos «públicos» los de obras, servicios y suministros y como contratos de concesión las de obras y servicios.

Esta transferencia del riesgo en las concesiones viene a ser (con los matices que narra en su trabajo el reiteradamente citado HUERGO LORA) lo que en nuestro sistema interno conocemos como principio de «riesgo y ventura» del contratista en la ejecución del contrato administrativo, y que la Directiva y ahora la nueva LCSP conceptúan como «riesgo operacional de carácter económico».

De hecho la nueva LCSP se encarga, como su propio título indica, en incorporar a nuestro ordenamiento jurídico dichas disposiciones comunitarias, incorporando el ámbito de la gestión indirecta de servicios públicos, de manera plena, al ámbito subjetivo del derecho comunitario frente a la situación anterior⁶.

Por tanto independientemente del tipo y materia de la concesión y de las capacidades de las CC.AA, para el desarrollo de las indicadas bases, lo cierto es que existe un concepto y desarrollo legal de la concesión estatal, que la directiva mencionada anteriormente y ahora la LCSP vienen, al menos parcialmente⁷, a precisar.

Esta precisión se viene a incorporar a nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley de Contratos del Sector Público, 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, que en el momento de cerrar este trabajo se acaba de publicar.

Tras los trabajos de un grupo de expertos (tal y como narra GIMENO FELIU en su ponencia) que comenzaron incluso antes de la publicación de la directiva el 29 de enero de 2014 y muy diversos avatares (dictámenes del CES y del Consejo de Estado en la legislatura anterior, paralización por las circunstancias políticas de 2016 y finalmente aprobación del proyecto de Ley, que sufrió la presentación de 1085 enmiendas, de las cuales 975 fueron total o parcialmente transaccionadas) se procedió a la aproba-

⁵ Francisca VILLALBA HERNÁNDEZ, "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 (Nueva época) julio-diciembre 2014.

⁶ Así por todas el Tribunal Constitucional en su STC 84/2015 de 30 Abr. 2015, Rec. 1884/2013, fundamento de derecho 6, que señala: *A este respecto, aun cuando el contrato de gestión de servicios públicos no es un contrato armonizado (art. 13 TRLCSP), esto es, no está sujeto ni a la Directiva 2004/18/CE ni a la Directiva 2014/24/UE, que deroga la anterior y está aún pendiente de transposición, la encomienda por una autoridad pública a un tercero de la prestación de actividades de servicios, debe respetar el principio de igualdad de trato y sus expresiones específicas, que son la prohibición de discriminar en razón de la nacionalidad, y los arts. 43 y 49 del Tratado CE (sobre la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, respectivamente. Así lo ha afirmado la Comisión europea [Comunicación interpretativa relativa a la aplicación del derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (DOUE 12-4-2008) y el Tribunal de Justicia de la Unión europea (por todas, Sentencia 14 de noviembre de 2013, Caso Belgacom NV contra Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (Integan) y Otros).*

⁷ Puesto que algunas de las concesiones y especialmente las demaniales, quedan fuera de su ámbito de aplicación y así sobre dichas exclusiones vid. nuestro trabajo GARCÍA RUBIO, Fernando: "La Directiva de concesiones y su impacto sobre la contratación local en España" publicada en el *Diario del derecho municipal*, lustel y en la web La Administración al día, del INAP, los días 5 y 6 de febrero de 2015.

ción por las Cortes generales de la nueva Ley de Contratos del Sector Público, 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.

Así el artículo 15 de la Ley bajo la rubrica de *Contrato de concesión de servicios* indica:

1. *El contrato de concesión de servicios es aquel 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.*
2. *El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo anterior.*

Por tanto la gran diferencia entre las concesiones y los meros servicios regulados en el art 17 esta en la transferencia del riesgo operacional, esto es en la implicación sobre el futuro gasto público.

II. LA TRANSFERENCIA DEL RIESGO ECONÓMICO COMO CARACTERÍSTICA

Cabe resaltar que la Directiva dispone claramente que la característica principal de una concesión, el derecho de explotar el servicio, implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional⁸ de carácter económico, tal y como se desprende de la determinación del último párrafo del art 5.º.1, lo cual puede llegar a suponer que el concesionario no recupere las inversiones realizadas, ni cubra los costes que haya sufragado en su explotación en condiciones normales de funcionamiento, aunque una parte del riesgo lo asuma el poder o entidad adjudicador.

No obstante esa primera determinación, que se desprende de la lectura literal del texto, debemos considerar siguiendo a GIMENO FELIU⁹ que esta nueva regulación de las concesiones no puede contravenir el principio de equilibrio económico-financiero del propio contrato.

La distribución de riesgos recae por tanto sobre el concepto de «*riesgo operacional de carácter económico*» que incluye el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. El riesgo operacional debe derivarse de factores que escapen al control de las partes. Los riesgos vinculados a una 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 calificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión. Debe entenderse como riesgo operacional el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o de ambos a la vez.

Con ello recogió la Directiva la jurisprudencia consolidada del TJUE sobre esta materia. La STJUE de 10 de marzo de 2011, Asunto C-274/09¹⁰, incluye en «el riesgo de explotación económica del servicio», que

⁸ Una aproximación general al concepto la tenemos en la obra colectiva “La gestión del riesgo operacional. De la teoría a su aplicación”, FERNÁNDEZ LAVIADA, Ana (editora), Universidad de Cantabria-Ediciones 2010.

⁹ Jose María GIMENO FELIU, “Las nuevas directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 159, 2013, págs. 39-106 y en concreto pág. 97.

¹⁰ Ello nos lleva a la STJUE, de 10 de marzo de 2011, asunto C-274/09, *Privater Rettungsdienst*, apartados 37 y 38, que lo define indicando que: «a este respecto, procede señalar que el riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado (véase, en este sentido, la sentencia *Eurawasser*, apartados 66 y 67), que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio [véanse, en este sentido, las sentencias de 27 de octubre de 2005, *Contse y otros*, C-234/03, Rec. p. I-9315, apartado 22, y *Hans & Christophorus Oymanns*, apartado 74]. 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».

Acudiendo entonces a la STJUE de 10 de septiembre de 2009, Asunto C-206/08, ésta afirma que: «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 (véanse, en este sentido las 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, antes citadas). A este respecto procede señalar que el riesgo es inherente a la explotación económica del servicio».

implica según el art 15.2 de la Ley *el derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo anterior*, que son las referidas al contrato de concesión de obras.

Así del estudio de la jurisprudencia comunitaria podemos afirmar que ese riesgo implica:

- La exposición a las incertidumbres del mercado,
- La competencia de otros operadores,
- Los 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
- La responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio.

El adjetivo «operacional de carácter económico» que utiliza la Directiva, pero que la LCSP circunscribe a «operacional», permite excluir la hipótesis de que el concesionario deba soportar todos los riesgos que puedan presentarse en el desarrollo del contrato. El artículo 18 de la directiva establece que la concesión no podrá exceder el tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos. Cuestión esta que el artículo 29 de la Ley resuelve con detalle reglamentario.

En cualquier caso los pliegos de la correspondiente licitación deben obligatoriamente comprender (entre otras cosas) la distribución de riesgos entre la Administración y el concesionario en función de las características particulares del servicio, si bien en todo caso el riesgo operacional le corresponderá al contratista, tal y como preceptúa el art 285.1 c) de la LCSP.

Ello explica que la Directiva contemple el riesgo imprevisible al regular la modificación de la concesión, permitiendo dicha modificación 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.

En cuanto a que tipo de riesgos se encuentran dentro del riesgo operacional, podemos indicar por ejemplo el Informe 9/2016 de la JCCA de Cataluña, que aborda de forma muy concisa esta materia¹¹.

En similares términos se expresa la STJUE de 10 de noviembre de 2011, asunto C-348/10, Norma-A SIA, apartados 48 y 49, que resuelve una petición de decisión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional de Letonia en relación con la interpretación en el marco de un litigio sobre la atribución a una empresa de la concesión de servicios de transporte colectivo de autobús en una ciudad y en una comarca, cuando el Alto Tribunal indica que *«el riesgo de explotación del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado; sin que sean determinantes a efectos de la distinción riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico, pues tales riesgos son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios»*.

Así, por ejemplo, en la STJUE de 27 de octubre de 2005, asunto C-234/03, 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 dado que *«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»*, ya que cuando la explotación del servicio constituye la forma de retribución del adjudicatario, es evidente que éste asume el riesgo de explotación, tal y como veremos a continuación.

En definitiva y como dice la Resolución de 17 de febrero de 2014, núm. 32/2014, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Madrid: *«El concepto de riesgo de explotación económica del servicio se concreta como aquel riesgo que asume el contratista que excede del que como consecuencia del principio de riesgo y ventura en los contratos administrativos, que establece el artículo 215 del TRLCSP, debe soportar el contratista. Por el contrario el riesgo de explotación es el que tiene lugar por estar sometido el contrato a las incertidumbres del mercado por nuevas tendencias de éste o el riesgo de demanda que se produzca por un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios por variaciones que puedan producirse o que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación»*.

¹¹ Así entiende que existen cuatro tipos de riesgos *Riesgo tecnológico*: «El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (de ahora en adelante, TRLCSP) al “riesgo tecnológico” se encuentra, en relación con los contratos de concesión de obra pública, en el artículo 128, apartado 2, en el cual se establece que el estudio de viabilidad de estos contratos tiene que contener, al menos, los datos, análisis, informes o estudios que procedan sobre, entre otros aspectos, los “riesgos operativos y tecnológicos en la construcción y explotación de la obra” (letra f). En todo caso, y a pesar de que en el ámbito de la normativa de contratación pública no se contiene ninguna definición de “riesgo tecnológico”, se puede entender que este hace referencia, de la misma manera que sucede en otros ámbitos, al riesgo del progreso o del incremento continuo de herramientas y aplicaciones que se vayan adoptando como consecuencia del avance de la tecnología –por ejemplo, el riesgo de incremento de los costes de explotación y de mantenimiento de la infraestructura como consecuencia de la revisión y la adaptación a la normativa

Obviamente la actual regulación de la LCSP desplaza lo indicado por el Dictamen de la Junta consultiva catalana y el riesgo se corresponde al previsto en el art 14.4 de la Ley en relación con el 15.2 y así

Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable.

No obstante, el artículo 43.4 de la directiva, apartado b, prohíbe forma expresa la modificación que altere el equilibrio económico de la concesión a favor del concesionario, cuando no estaba previsto en la concesión inicial.

En el informe 4/2008, de 28 de julio, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado concluye que «los tres contratos sometidos al dictamen de esta Junta Consultiva no tienen la naturaleza jurídica de contratos de gestión de servicios públicos ni, en consecuencia, revisten la modalidad de concesiones toda vez que el riesgo de la ejecución de los mismos no es asumido directamente por el contratista». Por lo tanto, ya en el año 2008 para la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado pasan a ser determinantes en la correcta calificación de estos contratos la asunción de la organización del servicio y del riesgo y ventura derivados del mismo o, dicho en otros términos, la prestación del servicio y la explotación del mismo asumiendo el riesgo, criterio que viene a ser confirmado por el informe 65/2008, de 11 de marzo, de la misma Junta Consultiva: «resulta así que la gestión indirecta de un servicio público puede configurarse tanto siguiendo las líneas que configura la concesión administrativa, cuando existe riesgo en la gestión y ésta sea asumida por el empresario, o como un contrato de prestación de servicios en el que el contratista por así decirlo actúa como mero auxiliar de la Administración titular del servicio en la prestación del mismo. De esta forma queda suficientemente configurada la concesión porque en ella el concesionario actúa sustituyendo a la Administración concedente, actuando por ella, mientras que en el contrato de servicios el

sobre las instalaciones y los sistemas de seguridad; o el riesgo de que los activos utilizados dejen de ser los más adecuados para la prestación del servicio a lo largo de la duración del contrato, por mejoras técnicas alcanzadas en otros equipamientos».

Riesgo de disponibilidad: El TRLCSP únicamente hace mención en el artículo 136, relativo al clausulado del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, estableciendo que este clausulado tendrá que incluir necesariamente estipulaciones referidas a 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». Es el «riesgo de no ser capaz de suministrar la cantidad pactada contractualmente o alcanzar la seguridad o los niveles certificados públicamente», correspondientes a la prestación de servicios a los usuarios finales, definidos en el contrato; y también como el «riesgo de no alcanzar los estándares de calidad relativos al suministro del servicio, determinados en el contrato, produciendo un fallo evidente del servicio». Asimismo, señala que la Administración no está obligada a asumir este riesgo si está legitimada para reducir significativamente (como una especie de penalización) sus pagos periódicos; que «los pagos de la Administración deben depender del nivel efectivo de disponibilidad suministrada por el socio durante un concreto periodo de tiempo»; y que «la aplicación de las penalizaciones cuando el socio incumple sus obligaciones de servicio debe ser automática y tener un efecto significativo sobre los ingresos/beneficios del socio y no ser puramente cosméticas o simbólicas».

Riesgo de demanda: Es el que cubre la variación de la demanda (mayor o menor de la esperada cuando se firmó el contrato) independientemente del comportamiento (gestión) del socio privado, que sólo cubriría un cambio de la demanda que no resulte de una baja o inadecuada calidad de los servicios suministrados por el socio o de cualquier acción que modifique la cantidad/calidad de estos servicios y, en cambio, surgiría de otros factores como el ciclo de los negocios, las nuevas tendencias del mercado, la competencia directa o la obsolescencia tecnológica. Además, se afirma que «la Administración asume el riesgo de demanda cuando se obliga a asegurar un determinado nivel de retribuciones al socio independientemente del nivel efectivo de la demanda expresado por el usuario final, resultando irrelevante las fluctuaciones en el grado de la demanda sobre la capacidad de generar beneficios del socio». El «riesgo de demanda» cubre la variabilidad de la demanda (mayor o menor de la esperada en el momento de la firma del contrato), con independencia del cumplimiento; «en otras palabras, un cambio de demanda no puede estar directamente y totalmente vinculado a una calidad insuficiente de los servicios prestados, aunque los déficits cuantitativos y cualitativos en esta materia pueden tener un impacto en el uso efectivo del servicio y, en algunos casos, ejercen un efecto de desalajo. En cambio, el riesgo de demanda también puede ser el resultado de otros factores, como el ciclo económico, las nuevas tendencias del mercado, un cambio en las preferencias de los usuarios finales o la obsolescencia tecnológica. Ello debe considerarse como parte de lo habitual del 'riesgo económico' soportado por entidades privadas en una economía de mercado».

Riesgo de construcción: incluye acontecimientos relacionados con posibles dificultades en la fase de construcción y con el estado de los activos involucrados en el momento en que se empiezan a proporcionar los servicios y que «en la práctica, se relaciona con acontecimientos tales como el retraso en la entrega, el incumplimiento de las normas especificadas, los costes adicionales y cuestiones ambientales, deficiencias técnicas y efectos negativos externos (incluido el riesgo medioambiental) que genere pagos compensatorios a terceros».

contratista se limita a realizar una serie de prestaciones que sirven a la Administración contratante como instrumento auxiliar en la prestación del servicio».

También, para el Alto Tribunal Europeo si no hay una traslación del riesgo y ventura al contratista no estaremos ante una concesión de servicios, sino ante un contrato de servicios. Lo anterior debe ser entendido en el sentido estricto no de que exista riesgo en el ejercicio de la actividad, sino en que si ese riesgo existe debe ser un riesgo que asuma por completo el contratista, que es lo que, como veremos a continuación, la nueva Directiva de adjudicación de contratos de concesión y por tanto la LCSP de transposición han dado en definir por concepto de «riesgo operacional».

Como ya se apuntaba anteriormente, las dificultades relacionadas con la interpretación de los conceptos de concesión y de contrato público de servicio han dado lugar a numerosas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por ello, la Directiva 2014/23/UE vincula directamente la concesión al concepto de riesgo operacional. Esto es, la característica principal de una concesión, el derecho de explotar las obras o los servicios, implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico que supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento.

De este modo, indica Directiva en sus Considerandos 18 a 20 que la reglamentación de la adjudicación de concesiones mediante normas específicas no estaría justificada si el poder adjudicador 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, teniendo en cuenta que pueden considerarse concesiones aquellos casos en que la remuneración del operador económico procede exclusivamente del poder adjudicador, siempre que la recuperación de las inversiones y costes que hubiera satisfecho el operador para la prestación de los servicios dependa de la demanda o del suministro efectivos de esos bienes o servicios, lo que viene a ratificar lo explicado posteriormente y contemplado por nuestro artículo de la LSCP.

Así, cuando la reglamentación específica del sector o servicio elimina el riesgo estableciendo una garantía en beneficio del concesionario en virtud de la cual se compensen las inversiones y costes sufragados para la ejecución del contrato, este último no debería considerarse en ningún caso concesión a efectos de la nueva Directiva, por que no se asume ese, al menos parcial, riesgo operacional.

Además y a efectos de qué entender por riesgo operacional, éste debe derivarse de factores que escapen al control de las partes. Los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato. Un riesgo operacional debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro.

En cualquier caso la Ley limita claramente la duración de estos contratos a los efectos de calcular el periodo en que asumir el riesgo, así el art 29.6 especifica que tanto en los contratos de concesión de obras, como de concesión de servicios su duración será limitada, calculándose en función de las obras y de los servicios que constituyan su objeto y se hará constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Si la concesión de obras o de servicios sobrepasara el plazo de cinco años, la duración máxima de la misma no podrá exceder del tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos. Las inversiones que se tengan en cuenta a efectos del cálculo incluirán tanto las inversiones iniciales como las realizadas durante la vida de la concesión.

En cualquier caso, la duración de los contratos de concesión de obras o de concesión de servicios a la que se refiere el segundo párrafo del art 29.6, no podrá exceder, incluyendo las posibles prorrogas, de:

- a) Cuarenta años para los contratos de concesión de obras, y de concesión de servicios que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio.
- b) Veinticinco años en los contratos de concesión de servicios que comprendan la explotación de un servicio no relacionado con la prestación de servicios sanitarios.
- c) Diez años en los contratos de concesión de servicios que comprendan la explotación de un servicio cuyo objeto consista en la prestación de servicios sanitarios siempre que no estén comprendidos en la letra a).

Los plazos fijados en los pliegos de condiciones sólo podrán ser ampliados en un 15 por ciento de su duración inicial para restablecer el equilibrio económico del contrato en las circunstancias previstas en los artículos 270 y 290. No se tendrán en cuenta a efectos del cómputo del plazo de duración de la concesión y del establecido para la ejecución de las obras aquellos períodos en los que éstas deban suspenderse por una causa imputable a la Administración concedente, o debida a fuerza mayor. Si el concesionario fuera responsable del retraso en la ejecución de las obras se estará a lo dispuesto en el régimen de penalidades contenido en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en la Ley, sin que haya lugar a la ampliación del plazo de la concesión.

III. ASUNCIÓN DE RIESGO OPERACIONAL Y OBLIGACIONES DE SERVICIO PÚBLICO ¿SE PUEDEN OTORGAR SUBVENCIONES EN LOS NUEVOS CONTRATOS DE CONCESIÓN?

Así para concretar el concepto de «riesgo operacional» deberemos de tomar la legislación positiva y teniendo en cuenta el origen de la LCSP, tomaremos los conceptos de la directiva de directa aplicación y lo previsto en la Ley.

Así como señaló el Dictamen del Consejo de Estado de 10 de marzo de 2016, el resultado del diseño normativo de la Ley en este apartado es que *«la contratación de prestaciones de hacer diferentes de una obra o un suministro, solamente puede articularse a través del contrato de servicios, salvo que sobre el adjudicatario pese la asunción del riesgo operacional, en cuyo caso debe hablarse del contrato de concesión de servicios. A partir de las premisas de las Directiva 2014/23/UE y 2014/24/UE, no parece factible concebir una figura contractual prestacional que escape a una u otra categoría»*.

Esta consecuencia es muy relevante en orden a determinar el régimen de prestación de los servicios públicos,, por cuanto todo servicio cuya prestación se encargue por un poder adjudicador a un particular, merezca o no la consideración de servicio público y con independencia de que sea sufragado por la Administración, o los particulares que lo utilicen, si no implica la transferencia de un riesgo significativo, tendrá la consideración de contrato de servicio a los efectos del derecho europeo de contratos públicos.

El resultado es que toda prestación de hacer distinta de una obra o un suministro encargada por una Administración a un contratista, tanto represente una utilidad exclusiva para la Administración como para la colectividad, implica la existencia de un contrato de servicio, salvo que se transfiera el riesgo operacional al contratista en cuyo caso se tratará de un contrato de concesión de servicios. No existe, pues, en el ámbito europeo, la correlación existente en nuestro Derecho entre servicio público y contrato de gestión de servicios públicos y por tanto la nueva Ley no lo concreta (aunque hace diversas referencias a concesiones cuando impliquen «servicios públicos»).

Si se recoge en la Ley que en los contratos de concesión de servicios la tramitación del expediente irá precedida de la realización y aprobación de un estudio de viabilidad de los mismos, o en su caso, de un estudio de viabilidad económico-financiera, que tendrán carácter vinculante en los supuestos en que concluyan en la inviabilidad del proyecto. En los casos en que los contratos de concesión de servicios comprendan la ejecución de obras, la tramitación de aquel irá precedida, además, de la elaboración y aprobación administrativa del anteproyecto de construcción y explotación de las obras que resulten precisas, con especificación de las prescripciones técnicas relativas a su realización; así como de la redacción, supervisión, aprobación y replanteo del correspondiente proyecto de las obras.

Es especialmente interesante la precisión del art 285.2 in fine sobre los supuestos en que para la viabilidad de la concesión se contemplen ayudas a la construcción o explotación de la misma, el estudio de viabilidad se pronunciará sobre la existencia de una posible ayuda de Estado y la compatibilidad de la misma con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Para determinar si existe una implicación sobre el gasto público de los contratos públicos derivados de concesiones debe recogerse lo que 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.

Así debe tenerse en cuenta como regla básica, que los activos de la colaboración público-privada se deben computar como activos no públicos y, por lo tanto, se deben contabilizar en el balance del socio privado si éste asume los «*riesgos de construcción*» (inversión, costes financieros, retrasos,...) y, al menos, el «*riesgo de disponibilidad*» (cantidad y calidad alcanzada) o el «*riesgo de demanda*» (número de usuarios), o ambos, tal como fue diseñado en el contrato. Por el contrario, considera riesgos que pueden recaer en los Gobiernos los derivados de fuerza mayor, de acontecimientos excepcionales o de las acciones del Gobier-

no que modifican las condiciones acordadas previamente (Decisión Eurostat 18/2004, de 11 de febrero de 2004, *Treatment of public-private partnerships*).

Cabe resaltar que la Directiva y ahora la LCSP disponen claramente que la característica principal de una concesión, el derecho de explotar el servicio, implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico, lo cual puede llegar a suponer que el concesionario no recupere las inversiones realizadas, ni cubra los costes que haya sufragado en su explotación en condiciones normales de funcionamiento, aunque una parte del riesgo lo asuma el poder o entidad adjudicador.

No obstante esa primera determinación, que se desprende de la lectura literal del texto, debemos considerar siguiendo a GIMENO FELIU¹² que esta nueva regulación de las concesiones no puede contravenir el principio de equilibrio económico-financiero del propio contrato.

Así de forma expresa el art 290.2 LCSP dispone que cuando las modificaciones del contrato afecten al régimen financiero del contrato, se deberá compensar a la parte correspondiente de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato.

La distribución de riesgos recae por tanto sobre el concepto de «*riesgo operacional de carácter económico*» que incluye el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos, tal y como se especifica en el artículo 285.1 c) de la LCSP que al referir el contenido de los pliegos:

Regularán también la distribución de riesgos entre la Administración y el concesionario en función de las características particulares del servicio, si bien en todo caso el riesgo operacional le corresponderá al contratista.

El riesgo operacional debe derivarse de factores que escapen al control de las partes. Los riesgos vinculados a una 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 calificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión. Debe entenderse como riesgo operacional el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o de ambos a la vez.

Con ello recogía la Directiva y ahora la Ley la jurisprudencia consolidada del TJUE sobre esta materia. La STJUE de 10 de marzo de 2011, Asunto C-274/09, incluye en «el riesgo de explotación económica del servicio» que tal y como hemos anunciado anteriormente supone:

- La exposición a las incertidumbres del mercado,
- La competencia de otros operadores,
- Los desajustes 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
- La responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio.

El adjetivo «operacional» que utiliza la Ley en el art 15.2 en relación con el 14.4 permite excluir la hipótesis de que el concesionario deba soportar todos los riesgos que puedan presentarse en el desarrollo del contrato. El artículo 29.6 en desarrollo del art 18 de la Directiva establece que la concesión no podrá exceder el tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos.

No obstante, el artículo 43.4 apartado b de la Directiva y el art. 290 LCSP prohíben de forma expresa la modificación que altere el equilibrio económico de la concesión a favor del concesionario cuando no estaba previsto en la concesión inicial.

En cualquier caso el contratista tendrá derecho a desistir del contrato cuando este resulte extraordinariamente oneroso para él, como consecuencia de una de las siguientes circunstancias:

- a) La aprobación de una disposición general por una Administración distinta de la concedente con posterioridad a la formalización del contrato.
- b) Cuando el concesionario deba incorporar, por venir obligado a ello legal o contractualmente, a las obras o a su explotación avances técnicos que las mejoren notoriamente y cuya disponibilidad en el

¹² Jose María GIMENO FELIU, «Las nuevas directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública», ..., pág. 97.

mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la formalización del contrato.

Se entenderá que el cumplimiento del contrato deviene extraordinariamente oneroso para el concesionario cuando la incidencia de las disposiciones de las Administraciones o el importe de las mejoras técnicas que deban incorporarse supongan un incremento neto anualizado de los costes de, al menos, el 5 % del importe neto de la cifra de negocios de la concesión por el período que reste hasta la conclusión de la misma. Para el cálculo del incremento se deducirán, en su caso, los posibles ingresos adicionales que la medida pudiera generar.

Ahora bien esta asunción de riesgo económico en la explotación de la concesión no puede hacer olvidar, que aunque sometido a un régimen económico nos encontramos ante un supuesto de la explotación de un servicio público y este puede resultar en determinados aspectos antieconómico.

De hecho en los contratos de concesión de obras se especifica bajo la rúbrica aportaciones públicas a la explotación y en el artículo 268. de la LCSP que las Administraciones Públicas podrán otorgar al concesionario las siguientes aportaciones a fin de garantizar la viabilidad económica de la explotación de las obras, que, en todo caso, tendrán que estar previstas en el pliego de condiciones y no podrán incrementarse con posterioridad a la adjudicación del contrato, sin perjuicio del reequilibrio previsto en el artículo 270:

- a) *Subvenciones, anticipos reintegrables, préstamos participativos, subordinados o de otra naturaleza, para ser aportados desde el inicio de la explotación de las obras o en el transcurso de las mismas. La devolución de los préstamos y el pago de los intereses devengados en su caso por los mismos se ajustarán a los términos previstos en la concesión.*
- b) *Ayudas, incluyendo todo tipo de garantías, en los casos excepcionales en que, por razones de interés público, resulte aconsejable la promoción de la utilización de las obras antes de que su explotación alcance el umbral mínimo de rentabilidad.*

IV. EL PAPEL DE LAS DENOMINADAS OBLIGACIONES DE SERVICIO PÚBLICO

Debemos destacar en relación con las denominadas «obligaciones de servicio público» que tal y como recuerda ZIANI¹³ que la obligación de Servicio Público es un acto de autoridad pública, porque a través suyo «*El Estado se impone al mercado, pero menos para dictarle lo que debe hacer, que para decirle donde y como debe utilizar su libertad*». No debe llegar, a través de medios desmesurados, a trastocar el equilibrio real o potencial. Finalmente, el derecho que se aplica a la actividad del Estado ya no es la de servicio público sino el de autoridad pública. Se distingue fundamentalmente de el ideal original y finalista de servicio público en Francia tal como había sido conceptualizado por DUGUIT y se distingue de la idea vitalista y personalista del poder público tal como había sido explicado por HAURIUO, porque limita primero y banaliza después el uso de los medios públicos. Proporciona así un fundamento conceptual nuevo y una razón de ser al derecho público en la sociedad de mercado, mientras le hace perder, poco a poco, su carácter exorbitante.

En efecto, el estado está así asimilado a una entidad dictante de actos, y hoy, un casi operador económico que no debe, por su posición dominante, perturbar la economía o beneficiar de un poder de mercado injustificado. Desde un punto de vista normativo, (Hans Kelsen) «mandar es el equivalente de prescribir, a diferencia de describir». Describir es un acto de conocimiento. Mandar o prescribir es un acto de voluntad. Se describe algo enunciando lo que es, y se prescribe algo expresando lo que debe ser. Sin embargo, el encargo de un servicio o prestación, reposa sobre la apreciación y la delimitación de una necesidad y también sobre la expresión de una voluntad que tienen el carácter de una elección política y una traducción normativa, a pesar de que puedan tener una justificación o una incidencia que se califica en primer lugar como económica. La autoridad debe comprenderse por lo tanto no solo como poder, sin como Auctoritas, el poder de atribuir un valor superior a algo, de elevarlo. En derecho público, la noción de Auctoritas se ha transformado en la capacidad de la que disponía el Senado, en el momento de la República de Roma, para garantizar el orden y la continuidad de las instituciones, en particular durante los periodos de crisis. (Mommesen, romanista: Auctoritas es menos que una orden y más que un consejo).

¹³ ZIANI, Salim, "Du service public à l'obligation de service public", LGDJ, Paris, 2015.

Partiendo de dicho concepto jurídico es posible obligar al contratista a la realización de actividades que sean antieconómicas, de hecho el art 289.1 de la LCSP permite que el concesionario tenga derecho a las *contraprestaciones económicas previstas en el contrato*, entre las que se incluirá, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración.

Se entenderá conforme al artículo 290.6 que el cumplimiento del contrato deviene extraordinariamente oneroso para el concesionario cuando la incidencia de las disposiciones de las Administraciones o el importe de las mejoras técnicas que deban incorporarse supongan un incremento neto anualizado de los costes de, al menos, el 5 % del importe neto de la cifra de negocios de la concesión por el período que reste hasta la conclusión de la misma. Para el cálculo del incremento se deducirán, en su caso, los posibles ingresos adicionales que la medida pudiera generar.

Ahora bien esas obligaciones deben tener su contraprestación o incurriríamos en la vulneración del principio de enriquecimiento injusto.

No obstante la Ley tan solo contempla estas posibilidades de reequilibrio económico:

4. *Se deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:*
 - a) *Cuando la Administración realice una modificación de las señaladas en el apartado 1 del presente artículo concurriendo las circunstancias allí establecidas.*
 - b) *Cuando actuaciones de la Administración Pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.*

Fuera de los casos previstos en las letras anteriores, únicamente procederá el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 237 de la presente Ley.

5. *En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios, la reducción del plazo de la concesión y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Así mismo, en los casos previstos en la letra b) y en el último párrafo del apartado anterior, podrá ampliarse el plazo del contrato por un período que no exceda de un 15 por ciento de su duración inicial, respetando los límites máximos de duración previstos legalmente.*

Por tanto el estudio económico previo a la licitación de la concesión debe establecer claramente las condiciones de estas y en su caso en los términos del art 14,4 de la Ley las condiciones en que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable.

Por otra parte, tal y como reseña la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su informe 15/2015, puede afirmarse que no existirá la posibilidad de concesión en los supuestos en que 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 a los costes que el operador económico deba asumir en relación con la ejecución del contrato*» (considerando 18 de la Directiva 2014/23/UE), ni «*cuando la reglamentación específica del sector elimina el riesgo estableciendo una garantía en beneficio del concesionario en virtud de la cual se compensen las inversiones y costes sufragados para la ejecución del contrato*» (considerando 19 de la citada Directiva).

Por el contrario, estaremos en presencia de una 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 de la citada Directiva).

Como precisan, tanto la Directiva como los criterios del *Eurostat* en aplicación de las normas SEC 2010, el riesgo operacional debe derivarse de «factores externos que escapen del control de las partes» (considerando 20) y, por lo tanto, ajenos a las condiciones en las que el concesionario ejecuta el contrato. Es decir, que se trata de un riesgo que, aunque previsible, debe ser incierto.

Y nada impide que, aun calificado 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. Así lo ha admitido, por lo demás, dicha Junta de la Comunidad de Aragón en su Informe 2/2014, de 22 de enero, donde se analiza la posibilidad de incorporar cláusulas propias del régimen jurídico del contrato de gestión de servicio público a los pliegos que han de regir la ejecución de un contrato de servicios.

¿Cual será por tanto el ámbito de las obligaciones de servicio público la posibilidad con respecto al contrato?, obviamente deben contemplarse en el estudio de viabilidad previa y es perfectamente posible en este incorporar una subvención parcial que manteniendo una parte de riesgo económico por el operador, garantice en la otra la correcta prestación de ese servicio público.

V. LOS EFECTOS DE LA NUEVA LCSP SOBRE LA ACTIVIDAD «REMUNICIPALIZADORA»

Con la nueva LCSP la legislación española, haciendo uso de la libertad de opción que el derecho comunitario le otorga, ha impuesto algunos criterios rectores para la toma de las decisión que afecten a la gestión de los diferentes servicios públicos concedidos y entre ellos los locales, así el artículo 294 c) de la Ley establece como una de las causas de resolución del contrato de concesión de servicios :

- c) El rescate del servicio por la Administración para su gestión directa por razones de interés público. El rescate de la concesión requerirá además la acreditación de que dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional.*

Este precepto debe ponerse en relación con el artículo 85.2 de la ley de bases de régimen local, en la redacción dada al mismo por la ley 57/2003, de 16 de diciembre, de modernización del gobierno local y más recientemente por la ley 27/2013, de 27 de diciembre de racionalización y sostenibilidad de la administración local cuyo texto indica que «los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación¹⁴ ...: Siendo este el marco legal¹⁵.

Igualmente debemos recordar que posteriormente a la LRSAL¹⁶ el legislador estatal volvió a fijar una nueva precisión a tener en cuenta a la hora de tramitar el correspondiente expediente y a fijar la decisión que

¹⁴ «A) Gestión directa:

a) Gestión por la propia Entidad Local.

b) Organismo autónomo local.

c) Entidad pública empresarial local.

d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.».

¹⁵ Es cierto que frente a la plena libertad decisoria del sistema anterior, ahora la Ley precisa «Solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) y d) cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b), para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Además, deberá constar en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al Pleno para su aprobación en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como, el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados. A estos efectos, se recabará informe del interventor local quien valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

B) Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

La forma de gestión por la que se opte deberá tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 9 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, en lo que respecta al ejercicio de funciones que corresponden en exclusiva a funcionarios públicos».

¹⁶ La ley ha sido objeto de diversos estudios y así por orden cronológico: "La reforma de 2013 del régimen local español", Fundación Democracia y Gobierno Local, 2014, obra colectiva coordinada por Juan Alfonso SANTA MARÍA PASTOR, "La reforma del régimen jurídico de la administración local. El nuevo marco regulatorio a la luz de la ley de racionalización y sostenibilidad de la administración local", obra colectiva coordinada por Juan Antonio CARRILLO DONAIRE y Pilar NAVARRO RODRIGUEZ, *La ley-El Consultor*, 2014, igualmente colectiva y dirigida por Tomás QUINTANA LÓPEZ, "La reforma del régimen local. Comentario a la ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la administración local", Tirant lo Blanch, 2014. Igualmente Lorenzo MELLADO RUIZ

se desee entre las diferentes opciones de las diversas formas de gestión directa e indirecta de los servicios públicos, si bien en este caso la norma se refiere a los servicios de titularidad estatal, en el artículo 86.2 de la ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público.

Pariendo de ello debe resaltarse que estos servicios que *«habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación»* y al encontramos ante contratos existentes (otra cosa desde el punto de vista contractual que aquí nos ocupa son los supuestos de finalización de las concesiones) *requerirá además la acreditación de que dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional*. Por tanto, vincula ya al ente local, como acertadamente apuntó TORNOS, a tener que buscar la fórmula no sólo más eficiente sino también más sostenible, es decir, aquella que responda a los criterios económicos de no incremento de la deuda, déficit y periodo de pago a proveedores y posibilidad de gestión con un presupuesto equilibrado. Se apela de esta forma al principio constitucional de eficiencia, introduciendo la necesidad de buscar el equilibrio entre el criterio económico de los costes y el objetivo general de una prestación eficaz de los servicios públicos (artículo 31.2 de la Constitución).

Bajo dicho prisma las correspondientes autoridades locales deben ponderar libremente la opción por una fórmula de gestión directa o indirecta, y estas razones deberán quedar acreditadas en el expediente que finalice con la opción por una determinada forma de gestión, puesto que pese a la alegación a la naturaleza de la autonomía local y su cualidad política, las entidades locales aún en su vertiente de la potestad de autoorganización son AAPP y se encuentran supeditadas a la Ley.

El mismo precepto establece relatado recoge a su vez una cierta preferencia de entre las fórmulas posibles en la propia modalidad de gestión directa al afirmar: *«Solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) y d)(EPE's y Empresas locales de capital íntegro público) cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b)(opor la propia corporación y organismo autónomo)»*¹⁷.

Esta tendencia se culmina por ahora en la nueva redacción de la LCSP que no solo es básica para el mundo local como la LRRL, sino que también afecta a las CC.LL, puesto que el Estado ya se encontraba constreñido por la apuntada LRRL.

Así la LCSP aún cuando mantiene la figura del rescate como fórmula de resolución en relación con los contratos de concesión de servicios existentes introduce dos garantías.

Por una parte el sometimiento de este procedimiento de resolución a la tutela del recurso especial en materia de contratación.

Y por otra parte la necesidad de la acreditación de que la gestión directa que se pretende implantar es más eficaz y eficiente que la concesional. Lógicamente no es factible el uso de la potestad de rescate concesional para una nueva licitación.

De hecho el aún formalmente vigente reglamento de servicios de las corporaciones locales, tal y como recuerda CALVO GONZÁLEZ¹⁸, establece unas causas objetivas de secuestro y así según el indicado RSCL, son causas del secuestro del servicio las que siguen:

- La no prestación por parte del concesionario, por imposibilidad o no, y «por circunstancias imputables o no al mismo» (Art. 127.1.3.º RSCL).
- La «desobediencia sistemática del concesionario a las disposiciones de la Corporación sobre conservación de las obras e instalaciones o (...) (la) mala fe en la ejecución de las mismas» (Art. 131.2 2.º RSCL).

¹⁶ "Génesis y realidad de la ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y Sostenibilidad de la administración local: ¿una nueva reforma local?", CEMCI, 2014, Manuel MEDINA GUERRERO, "La reforma del régimen local", Tirant lo Blanch, 2014, CAMPOS DAROCA, José María, "La reforma de la Ley de bases de régimen local: Ley 27/2013, de 27 de diciembre", Bosch, 2014, CEBRIÁN ABELLÁN, Manuel, "El régimen local tras la reforma de la Ley de racionalización y sostenibilidad", Bosch-Wolters Kluwer, 2014, GARCÍA RUBIO, Fernando (dir.), "El análisis de las repercusiones de la reforma local sobre la organización, competencias y servicios de las entidades locales", INAP, 2015 y RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime y SARMIENTO ACOSTA, Manuel J. (dirs.) "Comentarios a la ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la administración local", Comares, 2014.

¹⁷ Al respecto vid. nuestra aportación GARCÍA RUBIO, Fernando, "Pros y contras jurídico-administrativos de la "reinternalización" (remunicipalización) de servicios locales" dentro de *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión: Actas del XXI Congreso de la Asociación Italo-Española de Profesores de Derecho Administrativo*. Benidorm-Alicante, 26 a 28 de mayo de 2016, coord. por Tomás FONT I LLOVET y Juan José Díez SÁNCHEZ, Iustel 2017, pág. 173 y ss.

¹⁸ Francisco Javier CALVO GONZÁLEZ, "La concesión de servicio público: un estudio sobre su secuestro y su caducidad" disponible en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11441-la-concesion-de-servicio-publico-un-estudio-sobre-su-secuestro-y-su-caducidad/>.

- La incursión del concesionario “en infracción de carácter leve que pusiera en peligro la buena prestación del servicio público, incluida la desobediencia a órdenes de modificación “ (Art. 133 RSCL).

A la vista de las causas relacionadas, especialmente de la primera, cabe afirmar que la procedencia del secuestro no depende del elemento subjetivo subyacente al incumplimiento. Es decir, la inexistencia de culpa del concesionario no empece, como exigencia de la regla de oro de la concesión de servicio público, tendente al mantenimiento del mismo en unas condiciones de continuidad, regularidad y calidad razonables y/o determinadas, a la intervención administrativa del servicio. A esta conclusión llega el TS en, entre otras, la sentencia de 21 de enero de 1983. El sostenimiento de una postura contraria a esta, añadido, no encuentra apoyo alguno en nuestro Ordenamiento, pues no existe más que un régimen jurídico del secuestro y este es de aplicación independiente a la causa concreta que haya determinado la intervención de la gestión del servicio público.

Por tanto si bien en teoría las diferentes corporaciones locales pueden optar libremente entre la gestión directa e indirecta y sus modalidades la lógica autonomía municipal no debe hacer olvidar la competencia estatal para garantizar el ejercicio de las condiciones de igualdad de todos los españoles ante la Ley entre los que los servicios públicos esenciales como el transporte, la recogida de residuos y el suministro de agua potable domiciliaria, no pueden menoscabarse por una u otra forma de prestación de entre las diferentes posibilidades de configuración legal.

Esta circunstancia debe de hacer valorar, no solo el coste de los servicios, único paradigma que tras la firma del pacto de estabilidad europeo parece ser la guía de las políticas públicas comunitarias y por ende (más el empujoncito del MoU) españolas, sino también y en especial el de la calidad en la prestación de los servicios, puesto que si no nos veremos irremediamente avocados a una diferente prestación de servicios en términos cualitativos en cada municipio, lo que en algunos ámbitos ya se produce en el marco de los servicios prestados por las CCAA y que en nuestra opinión contraviene las determinaciones del art 14 de la CE y que el Estado en base al citado Art 149.1.1.^ª debe evitar.

Ahora bien esta igualdad en la prestación ¿implica una igualdad en la fórmula organizativa? en ningún caso puesto que la potestad de auto organización de los servicios públicos forma parte del núcleo esencial de la autonomía local que el Art 140 de la Carta Magna consagra y que tiene plasmación legal incluso en el franquismo (art 30 RSCL)

Pero igual que en el anteproyecto de LRSAL se introdujo el concepto de coste estándar centralizado para los servicios (felizmente sustituido tras el Dictamen del Consejo de Estado por el de coste efectivo calculado por cada corporación) podría haberse intentado el diseño e incluso implantación de unas ratios de calidad mínimas para la diferente prestación de los servicios públicos (frecuencia del paso de los autobuses, condiciones de estos, calidad y potencia del suministro de agua, número de días semanales para la recogida de residuos sólidos urbanos, etc),

Esta cuestión hoy casi idílica, podría evitar si se estableciera a nivel normativo (no se si básico dada la contundencia del Tribunal Constitucional en la STC 61/1997, de 20 de marzo sobre la falta de habilitación del art 149.1.1.^ª como fuente normativa directa o de los titulares de los respectivos títulos competenciales sectoriales en cada una de las materias objeto del correspondiente servicio publico local) esos estándares mínimos cualitativos para la prestación del servicio, haría que la decisión política de opción entre las diferentes fórmulas organizativas fuera (además de ideológica) meramente de ahorro o no para las arcas públicas con los correspondientes condicionantes de los arts 31 y 135 CE, circunstancia que no resuelve la LCSP al ahondar en la vía economicista.

Una cuestión esencial a tener en cuenta a la hora de la opción entre diferentes fórmulas en la organización de los servicios públicos locales es la denominada sostenibilidad, tan en boga tras la LRSAL y que en buena medida se desprende de los términos de la LOEPSF, al someter la concreta fórmula de prestación del servicio no solo a la situación de la hacienda local en el momento concreto de la elección sino en el futuro, mediante la preceptiva tramitación de un expediente que lo justifique y que debe ser preceptivamente informado por el interventor.

Así los ahorros, o no de una fórmula de gestión directa frente a una homónima de gestión indirecta, no pueden ser circunstanciales sino permanente.

Esta circunstancia por si misma no limita la capacidad de elección de la corporación local, pero obliga a que en caso de elección de una fórmula con mayor coste para las arcas públicas, el conjunto de la hacienda pública debe cumplir con las tres reglas de la LOEPSF y por tanto preveer las correspondientes subvenciones o partidas financieras que permitan que el servicio concreto no afecte a la estabilidad y permanencia saneada del conjunto de la hacienda local.

Para abordar cualquier planteamiento de reinternalización de servicios públicos la primera cuestión que debe resolverse, tal y como destaca el reiteradamente aludido TORNOS¹⁹, es si para la toma de la decisión acerca del modo de gestión de un servicio público municipalizado existe algún marco normativo que condicione dicha decisión. Obviamente toda decisión administrativa debe perseguir el interés general, debe adecuarse a los principios de buena administración, y debe tratar de conseguir al mismo tiempo que se cumplan los principios de eficacia y eficiencia (entendiendo este en el marco del equilibrio presupuestario conforme a lo anteriormente aludido). El logro de estos fines deberá tratar de alcanzarse dentro de la tramitación del preceptivo procedimiento administrativo. Además, la decisión deberá motivarse.

Tras esos requisitos extensibles a cualquier actividad administrativa ya desde un punto de vista de la estricta «remunicipalización», debemos con el ya indicado TORNOS señalar que la normativa comunitaria no establece ningún criterio rector. La Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero, que es legislación positiva de directa aplicación en España desde el 18 de abril de 2016 por su falta de trasposición, limita esto en su artículo 2,1²⁰, pero igualmente la Resolución del Parlamento Europeo de 8 de septiembre de 2015 sobre el seguimiento de la Iniciativa ciudadana Europea Right water²¹, recuerda que la elección del método de gestión del agua se basa en el principio de subsidiariedad (la decisión corresponde a los Estados miembros), que aunque no son fuente de derecho pueden ser de interés en lo que nos afecta.

En cualquier caso en España la gestión de servicios públicos y los servicios auxiliares se fundamentan en contratos y por tanto su variación se debe ajustar a los términos de esta legislación.

Por tanto y bajo el principio de «pacta sum servanda» los diferentes contratos sean de meros servicios, sean de gestión de servicios públicos y ahora las nuevas concesiones de servicios deben ser respetados, o proceder al uso de los mecanismos de resolución anticipada, que si se producen por el uso de meros criterios de oportunidad (el rescate de la concesión) no parecen muy amparados por la actual legislación comunitaria y tras la LCSP debe justificarse en criterios económicos y no subjetivos.

En primer lugar y tal y como señala TORNOS²² hay que recordar que la posibilidad de llevar a cabo una verdadera vuelta a la gestión directa de un servicio que se está gestionando de forma indirecta cuenta con serios problemas. Esta remunicipalización requiere un rescate indemnizatorio²³, justificarse por razones de mayor eficacia, y demostrar que no incide aunque sea sólo inicialmente en un mayor déficit. Además, se enfrentará a los límites que impone la nueva LCSP sobre las concesiones para la resolución anticipada de los contratos. Por ello creemos que en la práctica tan sólo se llevarán a cabo, en su caso, las remunicipalizaciones sucesivas, esto es, aquellas que suponen asumir la gestión directa de servicios que se venían prestando de forma indirecta cuando la concesión se extingue. Y aún así, habrá que demostrar la mayor eficacia del

¹⁹ TORNOS MAS, J.; op. cit., pág. 36.

²⁰ Recoge que: «la presente Directiva reconoce el principio de libertad de administración de las autoridades nacionales, regionales y locales, de conformidad con el Derecho nacional y de la Unión. Dichas autoridades tienen libertad para decidir la mejor forma de gestionar la ejecución de obras o la prestación de servicios, en particular garantizando un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios en los servicios públicos. Dichas autoridades podrán optar por realizar sus funciones de interés público con recursos propios o en colaboración con otras autoridades o confiarlas a operadores económicos».

²¹ Así estos señalan: «44. Observa que en países de toda la UE, como España, Portugal, Grecia, Irlanda, Alemania e Italia, la posible o efectiva pérdida de la titularidad pública de los servicios de aguas se ha convertido en motivo de gran preocupación para los ciudadanos; recuerda que la elección del método de gestión del agua se basa en el principio de subsidiariedad, tal como se contempla en el artículo 14 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y en el Protocolo (núm. 26) sobre los servicios de interés general, lo que pone de relieve la especial importancia de los servicios públicos para la cohesión social y territorial en la Unión; recuerda que las empresas públicas del sector del abastecimiento de agua y del saneamiento de aguas son servicios de interés general y tienen la misión general de garantizar que se suministre a toda la población agua de alta calidad a precios aceptables socialmente y de reducir al mínimo los efectos de las aguas residuales perjudiciales en el medio ambiente; 45. Destaca que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, la Comisión debe mantenerse neutral en relación con las decisiones nacionales sobre el régimen de propiedad de los servicios de aguas, por lo que no debe de ningún modo promover la privatización de estos servicios ni por vía legislativa ni de ningún otro modo; 46. Recuerda que la posibilidad de remunicipalización de los servicios agua debe seguir garantizada sin limitaciones y que estos servicios deben seguir siendo de gestión pública si así lo ha decidido la autoridad local responsable; recuerda que el agua es un derecho humano básico que debe ser accesible y asequible para todos; destaca que los Estados miembros tienen el deber de velar por que el agua esté garantizada para todos, con independencia del operador, y asegurarse al mismo tiempo de que los operadores proporcionen agua potable salubre y mejoren el saneamiento».

²² TORNOS MAS, Joaquín, «La remunicipalización de los servicios públicos locales», págs. 21 a 80 de *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión: Actas del XXI Congreso de la Asociación Italo-Española de Profesores de Derecho Administrativo*. Benidorm-Alicante, 26 a 28 de mayo de 2016. coord. por Tomás FONT I LLOVET y Juan José DíEZ SÁNCHEZ, Iustel 2017.

²³ O una nueva organización tras la finalización del contrato, o la extinción y transformación de una empresa mixta.

nuevo modo de gestión teniendo en cuenta todos los elementos a considerar: costes generales, incremento del capítulo primero, problemas de personal, gastos de inversión, gestión de las tasas y su cobro, problemas en la implantación y transitoriedad, etc.

Cuestión distinta es la asunción desde los propios servicios municipales de servicios ya sean servicios públicos en el sentido estricto de un servicio de los sometidos a publicatio, e igualmente los servicios auxiliares de la propia actividad administrativa, con los correspondientes procedimientos y consecuencias sobre los medios humanos, cuando finalicen los contratos²⁴.

VI. CONCLUSIONES

El nuevo contrato de concesión de servicios viene a sustituir al ahora extinto (salvo las lógicas situaciones transitorias) contrato de gestión de servicios públicos, puesto que entre los servicios que pueden ser objeto de explotación económica y por tanto de concesión, también pueden incorporarse los que tengan la naturaleza de servicios públicos.

En ellos y pese a la necesidad de que el gestor privado del servicio asuma al menos una parte del riesgo operacional se deben respetar las obligaciones de servicio público que se impongan por parte de la administración titular del servicio.

Para ello es perfectamente posible establecer una subvención que cubra el coste de dicha obligación de servicio público, siempre que en el conjunto global del contrato y las prestaciones de servicios de el derivadas, se establezca al menos una parte de «riesgo» en la gestión económica del riesgo que pueda generar pérdidas al contratista.

Por otra parte la nueva LCSP supone un aldabonazo final a los procesos «remunicipalizadores» al menos desde el punto de la absoluta discrecionalidad de la potestad de autoorganización de los servicios, puesto que cuando existan contratos, estos deben resolverse previa justificación de que el servicio «rescatado» será más eficaz y eficiente.

BIBLIOGRAFIA

- CALVO GONZÁLEZ, Francisco Javier, “La concesión de servicio público: un estudio sobre su secuestro y su caducidad”, disponible en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11441-la-concesion-de-servicio-publico:-un-estudio-sobre-su-secuestro-y-su-caducidad>.
- CASTILLO BLANCO, Federico, “Remunicipalización de servicios locales y situación del personal de los servicios rescatado”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59, 2016, págs. 72-95.
- FERNÁNDEZ LAVIADA, Ana (editora), *La gestión del riesgo operacional. De la teoría a su aplicación*, Universidad de Cantabria-Ediciones 2010, 2017.
- GARCÍA RUBIO, Fernando, “Pros y contras jurídico-administrativos de la «reinternalización» (remunicipalización) de servicios locales”, dentro de *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión: Actas del XXI Congreso de la Asociación Italo-Española de Profesores de Derecho Administrativo*. Benidorm-Alicante, 26 a 28 de mayo de 2016, coord. por Tomás FONT I LLOVET y Juan José Díez SÁNCHEZ, Iustel 2017, pág. 173 y ss.
- GIMENO FELIU, Jose María, “Las nuevas directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 159, 2013, págs. 39-106.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco L., “La nueva directiva de concesiones. Un largo viaje con final esperado”, ponencia presentada al *X congreso de la AEPDA*, disponible en <http://www.aepda.es/congresos/ponencias> y “Las nuevas directivas de contratación pública” (ponencias sectoriales del *X Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*), 2015, INAP-AEPDA, págs. 169-237.
- PINTOS SANTIAGO, Jaime, “Las diferencias teóricas y los criterios diferenciadores de carácter práctico entre el contrato de servicios y el contrato de concesión de servicios públicos con ocasión de la Directiva 2014/23/UE”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, Editorial LA LEY, 8386/2014.
- TORNOS MAS, Joaquín, “La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales”, págs. 32 a 49 de *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59, febrero-marzo 2016. Iustel.

²⁴ Al respecto vease CASTILLO BLANCO, Federico, “Remunicipalización de servicios locales y situación del personal de los servicios rescatado”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59, 2016, págs. 72-95.

- “La remunicipalización de los servicios públicos locales”, págs. 21 a 80 de *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión: Actas del XXI Congreso de la Asociación Italo-Española de Profesores de Derecho Administrativo*. Benidorm-Alicante, 26 a 28 de mayo de 2016, coord. por Tomás FONT I LLOVET y Juan José Díez Sánchez, Iustel 2017.
- VILLALBA HERNÁNDEZ, Francisca, “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. Nueva época*, núm. 2, julio-diciembre 2014.
- ZIANI, Salim, “Du service public à l’obligation de service public”, LGDJ, Paris, 2015.