



LA DIRECTIVA 2014/23/UE DE CONTRATOS DE CONCESIÓN Y SU INCIDENCIA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE AGUA Y DE GESTIÓN DE RESIDUOS URBANOS

Joan Perdigó Solà. Abogado Socio de Tornos Abogados y Profesor Asociado de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona

1. La Directiva de concesiones

En la ya tercera generación de Directivas sobre contratación pública, la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre los contratos de concesión, regula por vez primera las concesiones de servicios, junto con las de obras, ya reguladas en la Directiva 2004/18/CE. Por lo que se refiere al objeto de esta comunicación, esto es los servicios de abastecimiento de agua potable y los servicios de gestión de residuos urbanos, la Directiva de concesiones tiene una incidencia bien distinta. Por una parte, excluye de su ámbito de aplicación los servicios de abastecimiento de agua; y por otra, su rigor en la exigencia de riesgo operacional hace muy difícil, por no decir imposible, la configuración como concesiones de los contratos de gestión de residuos urbanos, en particular, los de recolección o recogida, sobre todo si su objeto incluye también la limpieza de la vía pública y demás espacios públicos.

La regulación del contrato de concesión de servicios públicos ha permanecido tradicionalmente inédita en el Derecho comunitario europeo, hasta ahora. No obstante, la Directiva 2004/18/CE sí que empezó a regular el contrato de concesión de obra pública como una modalidad del contrato de obras. El contrato de concesión de obras pasa ahora a formar parte la nueva Directiva de concesiones 2014/23/UE, en lugar de seguir en la Directiva 2014/24/CE (obras, suministros y servicios) que sustituye a la Directiva 2004/18/CE.

Este vacío normativo, que ahora pretende llenarse, tenía y sigue teniendo su explicación en una histórica y fuerte oposición de buena parte de los Estados miembros a que las concesiones de servicios públicos, así como las sociedades de economía mixta y demás modalidades de lo que, en nuestro derecho, conocemos como contratos de gestión indirecta de servicios públicos, se incorporaran al Derecho de la Unión en materia de contratación pública.

La explicación de esta fuerte oposición, ajena a nuestro país, es bien sencilla. En España, las concesiones de obras y de servicios públicos se adjudican, previa licitación pública, desde el Real Decreto de 27 de febrero de 1852¹, aprobado por el Consejo de Ministros presidido por Juan Bravo Murillo. Desde entonces y hasta la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 y su Texto Refundido de 2011, pasando por la Ley de Contratos del Estado de 1965, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 y, en la legislación local, desde la Ley Municipal de 1877 y el Estatuto Municipal de 1924, la normativa sobre contratación pública ha incluido las concesiones, sometidas a los principios de igualdad, publicidad y concurrencia como el resto de contratos públicos. Por el contrario, en buena parte de los Estados miembros, los contratos de concesión no

¹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R. op. cit., p. 24.



se adjudican previa licitación sometida a estos principios, sino mediante procedimientos negociados, más o menos informales, cuando no directamente, en los que priman los requisitos de capacidad, idoneidad y solvencia del concesionario, pero muy poco los de igualdad, publicidad y concurrencia. Así, en Francia, la licitación de contratos de concesión no se establece hasta la conocida como Ley *Sapin*, de 29 de enero de 1993².

Como explica Alfonso MATTERA³, con una cita del profesor griego Dimitris TRIANATAFYLLOU⁴, en tiempos de la democracia directa de Atenas, las “liturgias”⁵ o servicios y obras públicas eran encomendados, de forma sucesiva, a los diferentes titulares de las grandes fortunas de la ciudad-estado, a título de imposición honorífica. Pues bien, de una forma u otra algo de ello ha quedado en el régimen jurídico de las concesiones de muchos Estados miembros, en los que la obra o servicio público se confía a un tercero empresario, elegido, sobre todo, por su *savoir-faire*, recursos humanos, financieros y tecnológicos, para que por delegación de la Administración, pero bajo su control, ejecute las obras y preste un determinado servicio de utilidad pública. Según MATTERA⁶:

«Il est essentiel de préciser d'emblée ces traits distinctifs de la concession. Ils permettent de distinguer celle-ci des «marchés publics» tout court, pour lesquels l'État décide d'assurer lui-même la gestion du service concerné tout en faisant appel à des entreprises pour des prestations bien définies dans le cadre d'une mise en concurrence suivant les règles relatives aux marchés publics.»

Esta distinción explica, como veremos, que la Directiva 2014/23/UE se refiere a concesiones de servicios adjudicadas a un determinado operador económico sobre la base de un *derecho exclusivo*, atribuido por la autoridad competente de un Estado miembro en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, de forma ajustada al TFUE, lo que implica la observancia de los principios de igualdad, publicidad y concurrencia. Pues bien, estas “concesiones” quedan excluidas de la Directiva.

² GUGLIEMI, Gilles J. y KOUBI, Geneviève, *Droit du service public*, Montchrestien, Paris, 2007.

³ MATTERA, A. *La communication interprétative de la Commission sur les concessions de services d'utilité publique: un instrument de transparence et de libéralisation*, *Revue de Droit de l'Union Européenne*, 2/2009. El profesor Mattera insistió en la relación entre “liturgias” y servicios públicos en la conferencia que, con el título de *Análisis de las iniciativas presentadas por la Comisión Europea*, impartió en la “Jornada sobre Parteneriados Público-Privados en la Unión Europea”, organizada por el Círculo de Economía, en Barcelona, el 22 de noviembre de 2012.

⁴ TRIANATAFYLLOU, D., *Evolutions de la notion de concession de service public sous l'influence du droit communautaire*, *RMC* n° 411/1987.

⁵ De *leitos*, público, y de *ergon*, tarea. En el cristianismo en general y en la Iglesia Católica en particular, la expresión “liturgia” ha abandonado el sentido original de “servicio público” para adquirir un carácter formal referido a los ritos y las formas que han de adoptar la celebración de los sacramentos y de las demás ceremonias religiosas. Sin embargo, todavía se alude a la misa como el “servicio público”.

⁶ Obra citada, p. 259.



2. Incidencia de la Directiva marco del agua en la Directiva de concesiones por lo que a los servicios de agua se refiere

La exclusión de los servicios de agua del ámbito de aplicación viene en buena parte predeterminado por la consideración del agua en la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000⁷, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, Directiva marco del agua o DMA. Así en su primer considerando (1), el prólogo de la DMA, empieza por declarar de forma solemne que,

“El agua no es un bien comercial como los demás, sino un patrimonio que hay que proteger, defender y tratar como tal.”

El objeto de la DMA es, precisamente, esta protección, defensa y tratamiento adecuado del agua como patrimonio colectivo, cumplimentándose así el mandato contenido en el que ahora es el artículo 11 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE, de que las exigencias de la protección del medio ambiente deben integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, con el objeto de fomentar en particular un desarrollo sostenible.

Ahora bien, más adelante, en el considerando (15), el prólogo de la DMA califica uno de los servicios relacionados con el agua, concretamente el abastecimiento de agua, como un servicio de interés general, en los términos siguientes:

“El abastecimiento de agua es un servicio de interés general, tal y como se define en la Comunicación de la Comisión <Los servicios de interés general en Europa>.”⁸

Esta declaración debe remitirse a la especial consideración que el artículo 14 del TFUE efectúa con respecto a los servicios de interés económico general, en sentido de que a la vista del lugar que ocupan estos servicios “... *entre los valores comunes de la Unión, así como su papel en la promoción de la cohesión social y territorial*”, la Unión y los Estados miembros “... *velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones, en particular económicas y financieras, que les permitan cumplir su cometido*”. Como es sabido, este artículo termina con la remisión a un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que deberá regular tales principios y condiciones, si bien la complejidad de la elaboración de una tal disposición nos lleva a pensar que su aprobación se demorará todavía unos cuantos años.

⁷ Diario Oficial de las Comunidades Europeas, de 22.12.2000, L/327.

⁸ DO C 281, 26.09.1996. Hay que advertir que, con posterioridad a esta Comunicación, de 25 de setiembre de 1996, la Comisión se ha pronunciado sobre los servicios de interés general en la Comunicación que, con el mismo título, fue publicada en el DOCE, C 17, de 19 de enero de 2001, y en el Informe (COM) 2001, núm. 598, de 17 de octubre de 2001. Posteriormente, la Comisión ha efectuado nuevas reflexiones sobre el mismo tema, entre las que, por su relevancia, cabe señalar el llamado *Libro Verde sobre los servicios de interés general*, de 21 de mayo de 2003 (DOCE C 75, 25.03.2004) y, seguidamente, y después de una consulta institucional, el *Libro Blanco sobre los servicios de interés general*, de 12 de mayo de 2003 (Documento COM-2004-374).



En todo caso y dentro de la categoría de servicio de interés general, es claro que el servicio de abastecimiento de agua, entendido en los términos de la Directiva 98/83/CE, de 3 de noviembre de 1998, sobre los criterios sanitarios de la calidad del agua de consumo humano⁹, es un servicio de interés económico. Su configuración como tal no queda del todo clara en la primera Comunicación de la Comisión de 1996, aunque sí que se deduce ya con seguridad de los criterios de los Libros Verde y Blanco de 2003. Además, el carácter de servicio de interés “económico” general se desprende también del mismo considerando (1) en la medida que, a pesar de que se declara que el agua no es un bien comercial “como los demás”, a la postre, sí que es un bien comercial y por lo tanto los servicios a los que da lugar han de ser calificados de servicios de interés económico general.

Que no sólo el abastecimiento de agua, sino también los demás servicios de agua, son servicios de interés económico general, lo confirma uno de los principios más relevantes de la DMA, el principio de recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua, incluidos los costes medioambientales, mediante los correspondientes instrumentos económicos y en virtud del principio más general de quien contamina paga, introducido en el considerando (38) del prólogo de la DMA. En su regulación por el artículo 9 y en el Anexo III de la DMA¹⁰, es claro que el carácter económico se extiende a todos los servicios relacionados con el agua y no sólo su abastecimiento, sino también la evacuación, depuración y saneamiento de las aguas residuales y de lluvia. Y a su vez, se extiende a todos sus usos, con mención expresa de los usos domésticos, los industriales y los agrícolas y ganaderos. Es pues el principio de recuperación de costes el que no deja lugar a dudas sobre la trascendencia que para la actividad económica tienen todos los servicios de agua –no sólo el abastecimiento–, y es por ello por lo que, a su vez, no puede haber duda de que, entre los servicios de interés general, los servicios de agua –no sólo el abastecimiento– son servicios de interés “económico” general.

Debe tenerse en cuenta que en el proceso de aprobación de la DMA, la recuperación de costes tuvo dos momentos claramente diferenciados¹¹. En la propuesta de Directiva de la Comisión, el principio se formulaba en términos estrictos como “*recuperación íntegra de todos los costes de los servicios de aguas, incluidos los de propio recurso*”. Esta rigidez tenía dos factores de ponderación: el principio de *precio asequible del consumo doméstico básico* y las excepciones que, debidamente justificadas, los Estados miembros podían introducir, en función de sus características geográficas, climáticas e hidrológicas, es decir, de la escasez de recursos hídricos, factor que distingue radicalmente los

⁹ Su transposición al Derecho interno español se llevó a cabo mediante el Real Decreto 140/2003, de 7 de febrero.

¹⁰ Sobre la recuperación de costes de los servicios de aguas: *Directiva marco de aguas de 2000. Reflexiones generales*, en “Régimen económico-financiero del agua. Los precios del agua”, Director A. Embid Irujo, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009; y JIMÉNEZ COMPAIRED, Ismael, *La recuperación de costes en la planificación hidrológica en España y el régimen económico-financiero: consideración especial del Plan Hidrológico del Ebro*, en “El segundo ciclo de planificación hidrológica en España (2010-2014)”, Director A. Embid Irujo, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015.

¹¹ TIRADO ROBLES, Carmen, *La política del agua en el marco comunitario y su integración en España*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, p. 122-129.



Estados del centro y norte de Europa de los del sur. Después de un intenso debate, el rigor de la recuperación **íntegra** de costes se sustituyó en el texto aprobado definitivamente, limitándose a una obligación de los Estados miembros de “*tener en cuenta*” este principio. Con esta modificación desapareció el primer factor de ponderación, el de precio asequible del consumo doméstico básico, aunque se mantuvo el geográfico y climático.

Pero en la transposición española de la DMA efectuada, en modificación del Texto Refundido de la Ley de Aguas, TRLA, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, por la Ley 62/2003 y luego por la Ley 11/2005, el nuevo artículo 111 bis TRLA, incorpora el principio, cuya implantación efectiva remite a los planes hidrológicos de cuenca y a sus programas de medidas¹², mantiene sin embargo el criterio de ponderación del precio asequible¹³, estableciendo que:

“... la Administración con competencias en materia de suministro de agua establecerá las estructuras tarifarias por tramos de consumo, con la finalidad de atender las necesidades básicas a un precio asequible y desincentivar los consumos excesivos.”

De todas formas y con carácter general, el Derecho comunitario ha recuperado el principio de precio asequible aplicado a todos los servicios públicos. Así en el artículo 2.1 de la Directiva de concesiones se establece que las autoridades estatales, regionales y locales:

*“... 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.**”*

En cualquier caso, la relativización de la recuperación de costes se pone de manifiesto en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE, de 11 de setiembre de 2014 (C-525/12)¹⁴ que, con respecto a la iniciativa de Alemania de restringir la recuperación de costes a los servicios de abastecimiento de agua potable y al saneamiento de aguas residuales, pero no a otros usos, como la navegación fluvial. Esta Sentencia establece que el artículo 9 de la DMA “... *no impone una obligación generalizada de tarificación de todas las actividades relacionadas con el agua*”; y recuerda que en el Informe de la OCDE de diciembre de 2008, pero publicado en 2010

¹² Al respecto, ver el estudio del Ministerio de Medio Ambiente, *Precios y costes de los Servicios de Agua en España. Artículo 5 y anejo III de la Directiva Marco de Agua*, enero de 2007, Directores Josefina MAESTU y Alberto del VILLAR.

¹³ Al respecto, BERBEROFF AYUDA, Dimitry, *Una visión crítica sobre la Directiva Marco del Agua*, en “Agua: legislación y justicia”, Director Joaquín Huelin Martínez de Velasco, Fundación Agbar – Consejo General del Poder Judicial, 2013, p. 77 a 90.

¹⁴ Sentencia del TJUE comentada por CARO-PATÓN CARMONA, Isabel, en *Sobre la regulación de los servicios del agua*, en “Agua y Derecho. Retos para el siglo XXI”, Director Miguel Ángel Benito López, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.



“Financing and pricing water: the roles of governments policies, the private sector and civil society”, la fórmula para hacer efectivo el principio de recuperación de costes de los servicios de agua, no son únicamente las tarifas o precios, sino la fórmula llamada de las “3T: tariffs, taxes and transfers”, es decir, la posibilidad de combinar las tarifas del servicio, los impuestos y las transferencias o subvenciones públicas. De todas formas, hay que advertir que para Estados desarrollados, como los de la UE, la OCDE se decanta claramente por la progresiva imposición de sistemas estrictamente tarifarios a cargo de los usuarios. No es ajeno a todo ello que, pesar de que los servicios de agua tengan la condición de servicios de interés económico general, su carácter “económico” está sustancialmente modulado por la declaración de la DMA de que el agua “no es un bien comercial como los demás”.

En definitiva, que la incidencia de la DMA en la Directiva de concesiones ha sido considerable, tanto que incluso ha terminado con la exclusión de los servicios de agua de su ámbito de aplicación.

3. La propuesta de la Comisión Europea de Directiva de concesiones y el texto aprobado por el Parlamento Europeo y el Consejo

Las diferencias entre la propuesta aprobada por la Comisión Europea, el 20 de diciembre de 2011 y la aprobada por el Parlamento Europeo, el 15 de enero de 2014 y después, el 26 de febrero, por el Parlamento Europeo y el Consejo, son sustanciales.

Antes de un primer documento de trabajo general, sobre contratación pública, de 27 de junio de 2011, la Comisión ya había redactado la propuesta de Directiva de concesiones, de 20 de enero de 2011, con una oposición muy 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 setiembre de 2012. Esta oposición abierta, aunque precisamente más centrada en la gestión del servicio del abastecimiento de agua de consumo humano y al saneamiento de aguas residuales, se puso de manifiesto en la Iniciativa Ciudadana Europea, ICE que, con más de dos millones de firmas, se promovió a partir del Foro Mundial del Agua, celebrado en Marsella, en marzo de 2012¹⁵. Como respuesta a la ICE y siguiendo la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 64/292, de 29 de julio de 2010, la Comisión Europea aprobó el Documento *El derecho al agua y al saneamiento como derecho humano*, de 19 de marzo de 2014, que, utilizando la expresión de la DMA, lleva el subtítulo *¡El agua no es un bien comercial, sino un bien público!*¹⁶. Es en base a los trabajos preparatorios de ese Documento que, ya a los inicios del proceso de negociación de la propuesta de Directiva de concesiones, entre el Consejo, el Parlamento Europeo y la Comisión Europea, en julio de 2013, se introdujo una modificación relevante.

Los representantes de los tres órganos comunitarios convinieron la exclusión del servicio de abastecimiento de agua potable, así como de alcantarillado y tratamiento de aguas

¹⁵ Esta ICE –la primera en promoverse– tenía un claro precedente en el referéndum celebrado en Italia, el 12 y el 13 de junio de 2011, en virtud del cual se derogó la Ley, del Gobierno de Silvio Berlusconi, que obligaba a los municipios a gestionar los servicios de agua mediante empresas mixtas.

¹⁶ Documento COM (2014) 177 final.



residuales, cuando dichos servicios se presten junto con el de abastecimiento de agua. Esta exclusión abrió la puerta a un régimen de exclusiones mucho más amplio y a un régimen jurídico general de la gestión de los servicios públicos, en el texto finalmente aprobado por el Parlamento Europeo, que la propuesta de Directiva de la Comisión Europea obviaba totalmente.

4. El alcance limitado de la Directiva de concesiones: la exclusión de los servicios de aguas y otras exclusiones

En la propuesta original de la Comisión Europea, el objeto de la Directiva eran las concesiones de obras públicas, las concesiones de obras y las concesiones de servicios. Ahora bien, las definiciones de las dos primeras –de obras públicas y de obras– eran literalmente idénticas y, por el contrario, la dualidad entre concesiones de servicios públicos y concesiones de servicios no se contemplaba, refiriéndose la propuesta sólo a estas últimas, todo lo cual causaba una notable perplejidad. Ahora, el objeto de la Directiva 2014/23/UE son las concesiones de obras y las concesiones de servicios. No se precisa, pues, que se trate necesariamente de obras *públicas* ni de servicios *públicos*, calificativos que hay que entender que se remiten, en su caso, al Derecho interno de los Estados miembros, en la medida que su acervo jurídico tenga asumidas estas instituciones.

Antes de entrar en las definiciones y en el ámbito material de estas dos clases de contrato de concesión, la Directiva establece un alcance y unos límites de las materias a las que aplica el régimen de contrato de concesión y de las materias que quedan excluidas. En realidad, la mayor parte del Preámbulo y del mismo articulado constituye un esfuerzo ímprobo para justificar el alcance material de la Directiva y en particular de sus exclusiones que, a pesar de ello, no es precisamente nada claro.

En todo caso, el régimen jurídico de nuestros contratos de concesión de obra pública y de concesión de servicios públicos y, más allá, de las demás modalidades de contrato de gestión de servicios públicos –incluido el de sociedad de economía mixta– es mucho más amplio que el de la Directiva europea. Por otra parte y como veremos, la cantidad de exclusiones expresas –como la de los servicios de agua– o genéricas, que contiene la Directiva, restringe todavía más su ámbito de aplicación con respecto al Derecho español de contratación pública.

La delimitación material de la Directiva se efectúa a partir de dos principios: **libertad de administración** y **libertad de definición de los servicios de interés general**.

4.1 Principio de libertad de administración de las autoridades públicas: libre adopción de la forma de gestión, directa o indirecta

Este principio establecido en el artículo 2.1 de la Directiva viene a ser el equivalente a nuestros artículos 8.2 TRLSCLP y 85.2 Ley 7/1985 reguladora de las bases del Régimen Local, LBRL (en la redacción dada por la Ley 27/2013 de racionalización y sostenibilidad



de la Administración local, LRSAL)¹⁷, en virtud de los cuales las Administraciones públicas tienen libertad para prestar los servicios públicos de su competencia mediante las diferentes modalidades de gestión directa por la propia Administración, por organismo autónomo, entidad pública empresarial o sociedad mercantil íntegramente pública; en colaboración con otras Administraciones públicas, o indirectamente mediante la concesión de servicios, *públicos* en España, al que se añaden las otras modalidades de contrato de gestión de servicios públicos: gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta. Y ello a diferencia de las obras, los suministros y buena parte de los servicios, en que la Administración está obligada a contratar con el sector privado, salvo las contadas excepciones de ejecución de obras y servicios y fabricación de suministros por la propia Administración, en aplicación del artículo 24 TRLCSP (*in house providing*).

Más concretamente, el artículo 2.1 de la Directiva establece que:

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

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

Pues bien, este precepto de la Directiva de concesiones está directamente inspirado en el antes citado Documento de la Comisión Europea *El derecho al agua y al saneamiento como derecho humano*, de 19 de marzo de 2014, que se tramitó en paralelo con la Directiva y en uno de cuyos párrafos se declara que:

“Las autoridades públicas tienen plena libertad para realizar las tareas pertinentes, directamente por sus propios medios o a través de entidades <<internas>> jurídicamente distintas, completamente públicas. También podrán decidir subcontratar parcial o totalmente los servicios relacionados con el agua a empresas de gestión privada o mixtas.”

Este principio de libertad de formas de gestión que no aparecía en la propuesta de la Comisión Europea es imprescindible para disipar la fuerte oposición de muchos Estados miembros y de grupos de ciudadanos interesados a la incorporación de la concesión de servicios al régimen de contratación pública europea. El temor de estos Estados y ciudadanos era que la regulación común de las concesiones podría comportar, para los servicios públicos, la misma obligatoriedad de contratar ordinariamente a terceros, que para las obras, suministros y, en su caso, servicios. Es decir, que pudiera desaparecer la gestión directa de servicios públicos por la propia Administración, por sus organismos y empresas públicas o por sociedades mercantiles de capital íntegramente público. Este

¹⁷ EMBID IRUJO, Antonio. *Reforma de la planta municipal y prestación de servicios locales*, en “Cuadernos de Derecho Local”, núm. 29, junio de 2012, p. 99-118.



temor que queda plenamente disipado con este principio; pero, por si no fuera suficiente se excluyen los servicios de agua del ámbito de aplicación de la Directiva de concesiones¹⁸.

El artículo 2.2 de la Directiva completa este principio estableciendo o más bien recordando el artículo 295 del Tratado, en el sentido que la Directiva no afecta el régimen de propiedad de los Estados miembros. Y subraya también que la Directiva, ni mucho menos, exige la privatización de las empresas públicas que prestan servicios al público. Este otro principio también aparece en el mismo párrafo del Documento de la Comisión Europea antes citado:

“Al mismo tiempo, las normas del Tratado la obligan –a la Unión– a mantener su neutralidad en relación con las decisiones nacionales que regulan el régimen de propiedad de las empresas del sector del agua.”

El contenido de este artículo 2.2 de la Directiva da la justa medida de los temores de muchos Estados miembros con respecto a una Directiva de concesiones. Temores consistentes en pensar que una Directiva en esta materia podría imponer con carácter general la gestión indirecta de los servicios públicos, o la privatización de las empresas públicas. Temores difícilmente comprensibles en España donde, como ya hemos avanzado, estamos acostumbrados, desde el siglo XIX y, en todo caso y por lo que a los servicios locales se refiere –los de agua incluidos–, desde el Estatuto Municipal de 1924, a que la elección de la forma de gestión de servicios públicos, directa e indirecta, y de sus diferentes modalidades, es una decisión discrecional adoptada en el ámbito del principio de auto-organización de cada Administración pública. Y en el bien entendido de que la adjudicación de las diferentes modalidades de contrato de gestión indirecta de servicios públicos, así como el de concesión de obras públicas, siempre ha estado sujeto a los principios de igualdad, publicidad y concurrencia, en su adjudicación, como también hemos visto anteriormente. En fin que toda esta parte del articulado de la Directiva de concesiones y de los considerandos de su Preámbulo no son nada nuevo en España, pero sí imprescindible para que buena parte de los Estados miembros aceptaran la Directiva de concesiones.

4.2. Los servicios de agua y las demás exclusiones específicas

Y entrando ya en el apartado de las exclusiones específicas –artículos 10 a 17–, el alcance de la Directiva de concesiones se delimita todavía más.

En primer lugar, el artículo 10.1 excluye lógicamente las “concesiones” adjudicadas a entidades o empresas públicas o asociaciones de las mismas (mancomunidades, consorcios, etc.). Pero es que el párrafo segundo de este precepto excluye también:

¹⁸ En la actualidad está en marcha una segunda Iniciativa Ciudadana Europea sobre el derecho al agua –www.right2water.eu–, que ya ha sido objeto de la Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de setiembre de 2015. Con respecto a una de los objetivos centrales de esta nueva ICE, la Resolución del Parlamento Europeo recuerda que, tanto con respecto a los servicios de agua como a cualquier otro servicio de interés general, el Derecho comunitario respeta la libertad de los Estados miembros para establecer su régimen de titularidad y para que las autoridades competentes adopten libremente su forma y modalidad de gestión; autoridades que, en España son, esencialmente, los municipios y otras entidades locales.



“... las concesiones de servicios adjudicadas a un operador económico sobre la base de un derecho exclusivo del que dicho operador goce con arreglo a una norma, reglamento o disposiciones administrativas nacionales aplicables y cuya concesión se ajusta al TFUE,...”

En realidad, la exclusión de este segundo párrafo permite regular diferentes regímenes sectoriales de concesiones, no sujetos a la Directiva, siempre que la adjudicación de los contratos de concesión a operadores económicos privados han de observar los principios de igualdad, publicidad y concurrencia. De hecho, al amparo de esta exclusión, en España no sería imprescindible transponer la Directiva, puesto que la adjudicación de concesiones y demás contratos de gestión de servicios públicos está sometida a previa licitación pública, en aplicación de nuestra secular legislación de contratos públicos, perfectamente ajustada al Derecho de la Unión.

Además de esta exclusión genérica, el artículo 10.3 de la Directiva de concesiones contiene exclusiones específicas, entre las que cabe destacar la de los servicios públicos de transporte de viajeros, cuya regulación se remite al Reglamento CE nº 1370/2007. De hecho, en el procedimiento de aprobación de este Reglamento comunitario, en buena parte dedicado a la regulación de las concesiones de este servicio público, ya se anticipó buena parte del debate que luego se ha reproducido con respecto a la Directiva de concesiones en general.

Finalmente, el artículo 12 de la Directiva de concesiones está dedicado, singularmente, a la exclusión del servicio de abastecimiento de agua potable (producción, transporte, distribución y suministro), así como a los servicios de drenaje, alcantarillado y saneamiento de aguas residuales, siempre que se gestionen conjuntamente con el servicio de abastecimiento, es decir, que los servicios de agua se presten con carácter integral. Como ya hemos visto, esta exclusión es el resultado directo de la presión ejercida por la ICE promovida a partir del Foro Mundial del Agua de Marsella, de marzo de 2012, a la que la Comisión Europea respondió con el ya citado Documento “*El derecho al agua y al saneamiento como derecho humano. ¡El agua no es un bien comercial, sino un bien público!*”, de 19 de marzo de 2014.

Con todas estas exclusiones y con la libertad que el párrafo segundo ofrece a los Estados miembros para regular concesiones sectoriales de servicios, como derechos exclusivos adjudicados a empresas privadas, siempre que se observen los principios de igualdad, publicidad y concurrencia, más bien parece que la Directiva de concesiones aplica, con carácter general a las concesiones de obras –como de hecho ya ocurría con la anterior Directiva 2004/18/CE–, mientras que para los servicios no excluidos tendrá un carácter supletorio o residual, a falta de una regulación de concesiones sectoriales. Pero es que, como vamos a ver seguidamente, la dificultad de encuadrar la exigencia estricta de riesgo operacional, que figura en la definición, hace más patente la dificultad de aplicar la Directiva a la gestión indirecta de servicios públicos y, en particular, a los de gestión de residuos urbanos.

De hecho y por lo que a los servicios de agua se refiere, además de la legislación general en materia de contratos de gestión de servicios públicos, el ordenamiento jurídico español ya contempla una legislación sectorial específica para las concesiones de obras y



servicios públicos de agua. Se trata de los contratos de concesión de obras hidráulicas, regulados en los artículos 133 a 135 del TRLA, modificado por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, de concesiones de obra pública. Previamente, los artículos 122 a 130 del TRLA definen el concepto y la naturaleza jurídica de las obras hidráulicas; y, en el concepto de obra hidráulica, del artículo 122 TRLA se incluyen todas las construcciones de bienes de naturaleza inmueble destinadas los servicios de agua: abastecimiento a poblaciones (captación, extracción, potabilización, depósitos y redes de transporte, distribución y suministro), incluida la desalinización, alcantarillado, drenaje urbano y saneamiento de aguas residuales. En la medida que la concesión de obras hidráulicas comprende la ejecución de estas construcciones y la explotación de las mismas, las concesiones de obras hidráulicas son, en realidad, concesiones de servicios de agua, perfectamente encuadrables en la exclusión del segundo párrafo del artículo 10.1 de la Directiva de concesiones; es decir, las concesiones de servicios adjudicadas a un operador privado y constitutivas de un derecho exclusivo. Ciertamente, el artículo 133 TRLA remite la regulación de la concesión de obras hidráulicas a la regulación general de la concesión de obras públicas, contenida en la legislación general de contratos públicos. Así pues, si la transposición de la Directiva de concesiones a nuestro Derecho interno excluye los servicios de agua, –que más bien parece que no– las concesiones de obras hidráulicas deberían ser objeto de una regulación específica completa en la legislación de aguas, con una especial atención a los servicios locales de agua y, a ser posible, favoreciendo el carácter integral de estos servicios.

5. La definición de concesión de obras y de concesión de servicios, el riesgo operacional y su particular incidencia en los contratos de gestión de residuos urbanos

El objeto formal de la Directiva son los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios, ambos a partir de un valor igual o superior a los 5.186.000 €. Pero es que, a parte de las exclusiones por materias, la definición de concesión sugiere notables dudas sobre la aplicación de la Directiva a buena parte de los servicios públicos. Y son precisamente los de gestión de residuos urbanos los que más pueden verse afectados, sobre todo los de recolección o recogida, en particular, si incluyen –como es habitual– el servicio de limpieza de la vía pública.

Y antes de entrar en la delimitación que se deriva de la definición, es claro que la Directiva sólo podrá afectar a nuestros contratos de concesión de obra pública, de concesión de servicios públicos y, como mucho, al de gestión interesada, por su similitud con la concesión. En cualquier caso, la Directiva en nada puede afectar a la sociedad de economía mixta o contrato de colaboración público privado institucional, ni al concierto que, por otra parte, se usa habitualmente en la gestión de servicios no económicos de interés general (educación, sanidad, cultura, servicios sociales) excluidos, como hemos visto, del ámbito de aplicación de la Directiva.

Como hemos avanzado, las actuales definiciones de concesión de obras y de concesión de servicios tenían ya una versión anterior en la Directiva 2004/18/CE, establecidas ambas a partir de las definiciones respectivas del contrato de obras y de contrato de servicios. En el caso de la concesión de obras públicas, porque era objeto de esa Directiva; y en la de concesión de servicios, precisamente para distinguir entre el contrato



de servicios objeto de la Directiva y el de concesión de servicios que estaba excluido. Así, el artículo 1.3 de la referida Directiva establecía que:

“3. La <<concesión de obras públicas>> es un contrato que presente las mismas características que el contrato público de obras, con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio.”

Y el 1.4 que:

“3. La <<concesión de servicios>> es un contrato que presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio.”

La definición de concesión de obra pública sí que permite remitirse el contrato de obras, puesto que el objeto es el mismo. Pero la definición de la concesión de servicio público por remisión al contrato de servicios no es sostenible ni razonable puesto que el objeto del contrato de servicios nada tiene que ver con el de servicios públicos. Los contratos de servicios difícilmente admiten una explotación a cargo del contratista y, mucho menos, una retribución, ni que sea parcial, a cargo del usuario.

Es cierto de todas formas que, al pasar a la nueva Directiva de concesiones, la definición de las concesiones de obras y de servicios –que no se califican de *públicas* o *públicos*– adquiere substantividad propia y deja de relacionarse con el contrato de obras y con el contrato de servicios.

Como introducción a la definición, el Considerando 4 de la nueva Directiva constata 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 jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que si embargo aborda solo en parte determinados aspectos de la adjudicación de contratos de concesión”.

Con el fin de disipar estas discrepancias, los apartados a) y b) del artículo 5.1 establecen las definiciones siguientes:

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

La definición de concesión de servicios sigue esta misma pauta:

“concesión de servicios: un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la prestación



y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a) a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago.”

El problema es el mismo que con la definición anterior, que la referencia a la concesión de servicios, comprensiva tanto de servicios del contrato de servicios como servicios públicos, no es de recibo puesto que son objetos que nada tienen en común, como hemos visto antes.

Haciendo abstracción de que los contratos de servicios difícilmente admiten su explotación por parte del contratista y la retribución por el usuario, se establece que la contraprestación del concesionario sea la explotación, es decir, sólo el precio satisfecho por el usuario de la obra o servicio, un precio contractual abonado por la Administración concedente, o bien una combinación de ambas modalidades de retribución. En los dos segundos supuestos se trata del precio “*subvencionado*” por la Administración, en los términos de los artículos 115 y 129 RSCL 1955, y 253 a 256 y 281 TRLCSP 2011. Sin embargo, y por lo que respecta a las posibles aportaciones económicas de la Administración, este régimen retributivo no acaba de encajar con el resto de la definición.

Efectivamente, al final del artículo 5.1 se añade un párrafo, común a ambas definiciones, con precisiones directamente entresacadas de la jurisprudencia del TJUE, es decir de las Sentencias que han ido fijando las diferencias entre el contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios, aplicadas también ahora a la concesión de obras:

“La adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable.”

En principio, el concepto de riesgo operacional vendría a coincidir con el de riesgo y ventura en nuestro Derecho¹⁹, sin embargo presenta diferencias notables²⁰. Sus manifestaciones como riesgo de demanda y riesgo de suministro no se definen en la actual propuesta de Directiva aprobada por el Parlamento Europeo, pero sí que lo eran en la propuesta original de la Comisión Europea. Así el riesgo de demanda sería el riesgo relacionado con la utilización de las obras o la demanda de prestación de servicios; mientras que el riesgo de suministro sería el relacionado con la disponibilidad de las infraestructuras proporcionadas por el concesionario o utilizadas, junto con medios y

¹⁹ De nuevo ver BLANQUER CRIADO, D., obra citada, págs. 264 a 284.

²⁰ Con respecto a la delimitación conceptual entre contrato y concesión, ver GIMENO FELIU, J. M^a., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 140 a 168.



recursos, para la prestación de servicios a los usuarios. Ambas manifestaciones de riesgo operacional se compadecen poco con el principio de continuidad del servicio público, en particular con los servicios mínimos obligatorios de los municipios (art. 26 LBRL) y con los servicios esenciales reservados a los entes locales (art. 86.2 LBRL), así como con el principio de mantenimiento del equilibrio económico que actúa como contrapartida del principio de continuidad.

La jurisprudencia del TJUE establece, de forma reiterada, que el riesgo del concesionario no tiene porqué ser absoluto y que se admite que sea sólo parcial o incluso muy reducido, lo que deja espacio a los principios de continuidad del servicio público y de restablecimiento del equilibrio económico en aras de la continuidad del servicio, regulado en nuestros contratos de concesión de obra pública y de gestión de servicios públicos. Sin embargo, el origen y el fin de esta jurisprudencia arrojan considerables dudas sobre que su doctrina pueda generalizarse en forma de definiciones de concesión de obras y de concesión de servicios.

Esta jurisprudencia del TJUE –en resolución de recursos por incumplimiento interpuestos por la Comisión o en cuestiones prejudiciales planteadas por jueces o tribunales nacionales– tiene por objeto combatir contratos adjudicados como concesiones de servicios y, por lo tanto, sin licitación o con una negociación más o menos informal. A estos efectos, el TJUE establece los supuestos en que no se trata de concesiones, sino de contratos de servicios, sujetos por lo tanto a la Directiva 2004/18/CE o, en su caso, a la anterior Directiva 92/50/CEE y consecuentemente sometidos a licitación previa.

Así, en STJUE, de 10 de noviembre de 1998 (Asunto C-360/96, *BFI Holding BV*), se establece que una concesión del servicio de recogida de residuos domésticos es un contrato de servicios, habida cuenta que la retribución del contratista consiste en un precio y no en el rendimiento de la explotación de dicho servicio; y que por lo tanto debía haber adjudicado previa licitación, conforme a la Directiva 92/50/CEE en aquel momento aplicable a los contratos de servicios. En STJUE, de 13 de octubre de 2005 (Asunto C-458/03 *Parking Brixen*, la explotación de aparcamientos públicos constituye una concesión de servicios, con suficiente *riesgo operacional* del concesionario, habida cuenta de que la retribución por la explotación de los aparcamientos la percibe de los usuarios de los mismos, por lo que su adjudicación puede escapar de la licitación previa²¹.

Y de nuevo con respecto a la gestión de residuos urbanos, aunque no con respecto a su recogida, sino su tratamiento mediante incineración con recuperación de energía, la STJUE, de 18 de julio de 2007, (Asunto C-382/05 *Comisión contra Italia*) sobre unas concesiones o “*convenios*” adjudicados directamente, por razones de urgencia, por el Presidente de la Región de Sicilia, para el tratamiento mediante incineración con recuperación de energía de la fracción residual de los residuos urbanos recogidos selectivamente, establece que son contratos de servicios por inexistencia de riesgo

²¹ De todas formas, la Sentencia *Parking Brixen* es mucho más relevante con respecto a que una empresa municipal de gestión de aparcamientos y otros servicios públicos, convertida en sociedad mercantil que, junto con la actividad de servicio público, puede actuar en otros sectores privados en régimen de mercado, no puede ser considerada un medio propio al que la Administración le pueda adjudicar directamente la gestión de aparcamientos, sino que habría tenido que recurrir a una previa licitación pública.



operacional y que, por lo tanto, deberían haberse adjudicado previa licitación pública y no directamente. No hace falta insistir en él, digamos que peculiar trasfondo de esta adjudicación directa de las incineradoras de residuos de Sicilia más tiene que ver con la lucha contra el crimen organizado y la corrupción que con la delimitación entre contrato de servicios y contrato de concesión de servicios.

Sin embargo, en la STJUE, de 10 de setiembre de 2009 (Asunto C-2006/08 *Eurawasser*), prevalece la concesión a pesar de que el riesgo es muy limitado, cosa que el Tribunal justifica **por el carácter esencial de los servicios de abastecimiento de agua y de alcantarillado, objeto de la concesión**. Así, efectúa el planteamiento general según el cual en la concesión de servicio se caracteriza por el hecho de que el concesionario asume la explotación del servicio junto con el riesgo operacional, riesgo que puede ser más o menos limitado y normalmente con una retribución satisfecha por los usuarios, mientras que en el contrato de servicios el contratista se limita prestar el servicio y a ser retribuido por la Administración mediante el precio estipulado contractualmente y, por lo tanto, sin riesgo operacional. Sin embargo matiza que este planteamiento no puede acogerse en términos absolutos, por lo menos con respecto a determinados servicios y así establece que:

“Es corriente que algunos sectores de actividad, en particular en los sectores relativos a actividades de utilidad pública, como es el caso del suministro de agua y evacuación de aguas residuales, sean objeto de una reglamentación que puede tener como resultado limitar los riesgos económicos que se corren.

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

*Por otro, 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.***

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

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

En línea con la Sentencia *Eurawasser*, nuestro Tribunal Supremo, en Sentencias de 6 de abril de 2005, establece que *“el principio de riesgo y ventura a que ha de someterse el contratista debe cohonestarse con la necesidad de mantener el equilibrio financiero de la concesión (...)”*, habida cuenta de que el desequilibrio económico o la incorrecta determinación del precio puede ocasionar un grave perjuicio al interés público. Y en Sentencia de 19 de setiembre de 2000 que:



“... el equilibrio económico de la concesión debe entenderse como la búsqueda de una igualdad entre las ventajas concedidas al concesionario y las obligaciones que le son impuestas, compensando así los beneficios probables y las pérdidas previsibles, persiguiendo una honesta equivalencia entre lo concedido y lo exigido al mismo”.

En la STJUE, de 10 de marzo de 2011 (Asunto C-274/09 *Privater Stadler*) y con respecto a un servicio igualmente esencial como el de ambulancias de una mancomunidad de municipios de Baviera (RFA), se entiende que se impone la calificación de concesión de servicio público por encima de la de contrato de servicios porqué, a pesar de que sea muy parcialmente, el concesionario asume un cierto riesgo operacional. Riesgo parcial que la Sentencia funda en el hecho de que, si bien la mayor parte de los servicios son abonados por la Seguridad Social, el resto son de usuarios cubiertos por seguros privados o sin seguro, que no garantizan, por tanto, el pago efectivo del transporte en ambulancia. Pero, la verdad, es que se encuentra a faltar un razonamiento en el sentido de que el servicio de ambulancias debe mantenerse con independencia de la demanda del mismo y del grado de riesgo del contratista que lo presta que, ni que sea teóricamente, debería percibir de la Administración una contraprestación suficiente, incluso en ausencia total de demanda de ambulancias.

Contradictoriamente con esta Sentencia, unos meses después se dicta la STJUE de 10 de noviembre de 2011 (Asunto C-348/10 *Norma-Dekom*) sobre el servicio de transporte urbano de viajeros de la ciudad y la comarca de Ludza, en Letonia, en la que se entiende que los contratistas no asumen suficiente riesgo operacional como para poder calificarse el contrato como de concesión, puesto que la Administración contratante asume prácticamente todas las pérdidas derivadas de la explotación, así como la diferencia entre las tarifas ordinarias y las especiales bonificadas de las que disfruten determinadas categorías de pasajeros. Es por esta razón que entiende que el contrato debe calificarse como de servicios y no como concesión. Y ello a pesar de que la Sentencia admite las explicaciones del Gobierno letón y de la empresa concesionaria, en el sentido de que ésta sí que asume una parte de riesgo, derivado de la eventual disminución de recursos públicos destinados a cubrir pérdidas, de la modificación de itinerarios y de trayectos o de la incertidumbre en cuanto a la demanda de los usuarios, motivos que bien hubiesen podido llevar al TJUE a dictar una sentencia en contrario, en línea con la anterior sobre el servicio de ambulancias. Lo curioso es que, en el supuesto de esta Sentencia, la adjudicación de la concesión de la gestión del transporte urbano de viajeros sí que se había adjudicado previa licitación, por lo que el objeto de la misma ya no es el de velar por la concurrencia pública sino, estrictamente, por la naturaleza del contrato, en función de la existencia o no de suficiente riesgo y ventura por parte del contratista.

De todas formas, habida cuenta de que la mayoría de estas sentencias se dictan a partir de cuestiones prejudiciales, planteadas por jueces o tribunales nacionales, en las Sentencias *Parkin Brixen*, *Privater Stadler* y *Norma Dekom*, entre otras, el TJUE pone énfasis en que:

“No obstante, no corresponde al Tribunal de Justicia calificar en concreto la operación controvertida en el procedimiento principal. Tal calificación es competencia exclusiva del juez nacional. La función del Tribunal de Justicia se limita a proporcionar al juez nacional una interpretación en Derecho de la Unión



útil para la resolución a éste corresponde adoptar en el litigio del que está conociendo (véase, en particular, la Sentencia de 13 de octubre de 2005, Parkin Brixen, C-458/03, Rec. P. I-8585, apartado 32).

El juez nacional es el único que puede, por una parte, interpretar las disposiciones del Derecho nacional y, por otra parte, evaluar la parte del riesgo que asume concretamente el contratante en función de ese Derecho y de las disposiciones contractuales controvertidas. No obstante, el examen de la operación controvertida a la luz de las disposiciones normativas y contractuales, ..., conduce a primera vista a la conclusión de que dicha operación presenta las características de un contrato de servicios.”

En definitiva, que las sentencias del TJUE que resuelven cuestiones prejudiciales, planteadas por los jueces y tribunales nacionales en los litigios de los que conocen, no son estrictamente vinculantes, sino que ofrecen al órgano jurisdiccional nacional un notable margen para apreciar que, en aplicación del Derecho nacional, una determinada categoría de contratos, por razón del interés público de su objeto, deben calificarse como concesiones, o que pueden mantener esa calificación, y no la de contratos de servicios, a pesar de que el riesgo que asume el contratista sea muy parcial. Así, como en la Sentencia de 10 de setiembre de 2009, *Eurawasser*, se excepciona el abastecimiento de agua de los rigores del riesgo operacional, en materia de gestión de residuos, los jueces y tribunales nacionales también pueden excepcionar de tal exigencia servicios igualmente mínimos y esenciales, como los de gestión de residuos urbanos, alcantarillado y saneamiento de aguas residuales urbanas, y transporte urbano de viajeros.

Por otra parte hay que tener en cuenta de que la prestación de determinados servicios públicos como los de agua, pero también los de recogida de residuos urbanos y limpieza de vías públicas constituyen obligaciones de salud pública en aplicación de los artículos 42.3 a) de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y 12 y 13 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, por su exposición al mercado y el riesgo operacional del contratista que preste estos servicios será inevitablemente limitado.

Al mismo tiempo, tanto la Directiva Marco del Agua, 2000/60/CE, como la de Residuos, 2008/98/CE tienen como principios generales básicos los de ahorro de agua y de reducción de los residuos. Estos principios, digamos que de progresiva limitación del *negocio*, son totalmente ajenos y contrarios a la esencia de las actividades en régimen de mercado, que es el incremento de las ventas y del margen de beneficio. Y como avanzábamos con respecto a la Sentencia de las ambulancias, la continuidad de estos servicios públicos ha de ser independiente tanto de la demanda –por más que ésta disminuya, **que es lo que deber hacer** en el consumo del agua y en la generación de residuos–, como de la disponibilidad de suministro cuyos mínimos han de estar permanentemente garantizados, por el concesionario. Pero es que, además, el abastecimiento de agua de consumo humano y el saneamiento de las aguas residuales urbanas constituyen un derecho humano, como ya hemos visto.

En definitiva, a pesar de que el riesgo operacional de estos servicios públicos tienda a ser mínimo, no por ello los contratos que tengan por objeto su prestación pueden calificarse de simples contratos de servicios. Así, la STJUE, de 10 de setiembre de 2009 (Asunto C-



2006/08 *Eurawasser*) relativiza el riesgo que ha de asumir el concesionario, en el sentido de que no ha de ser ni mucho menos absoluto sino que, mientras exista, puede ser perfectamente un riesgo muy reducido. En este sentido, se establece que:

“72. Es corriente que algunos sectores de actividad, en particular en los sectores relativos a actividades de utilidad pública, como es el caso del suministro de agua y de la evacuación de aguas residuales, sean objeto de una reglamentación que puede tener como resultado limitar los riesgos económicos que se corren.”

En definitiva, la Sentencia no hace más que afirmar lo que es obvio en Derecho francés y español, en el sentido de que el riesgo del concesionario no puede ser absoluto sino que siempre, estará más o menos limitado por los principios de continuidad en la prestación del servicio público y de mantenimiento y, en su caso, restablecimiento del equilibrio económico del contrato, si se ve alterado por alguna causa legalmente prevista. Frente a esta evidencia, la Sentencia precisa que:

“77. En todo caso, incluso si el riesgo que corre la entidad adjudicadora es muy limitado, es necesario que se 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.”

En el mismo sentido se pronuncia la STJUE, de 10 de noviembre de 2011 (*Asunto C-348/10 Norma A Deskom*) sobre el que también en aplicación de la Directiva 2004/17/CE a un contrato de transporte por autobús, otorgado por lo que vendría a ser un Consejo Comarcal de Letonia.

La definición del artículo 5.1 parece acoger este riesgo parcial, cuando se refiera a la “... **parte** de los riesgos transferidos al concesionario...”. Sin embargo, no se incluye cautela alguna con respecto a la continuidad del servicio y al restablecimiento del equilibrio económico. Más bien todo lo contrario, se exige que el riesgo, o la parte del mismo, asumido por el concesionario suponga

*“... 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.”*

Es precisamente esta alusión al mercado y la nula preocupación de la Directiva por las garantías de continuidad del servicio y la inexistencia de un concepto parecido al del restablecimiento del equilibrio económico, lo que nos hace dudar, seriamente, de que la Directiva de concesiones sea aplicable a la mayoría de los servicios públicos. Y como ya hemos avanzado, parece claro que el rigor del riesgo asumido por el concesionario se compadece poco con la prestación de los servicios mínimos que el artículo 26 LBRL declara obligatorios para los municipios y con la prestación de los servicios esenciales reservados a los entes locales del artículo 86.2 LBRL.

Más bien parece que esta *exposición real a las incertidumbres del mercado* reserve lo que daríamos en llamar “*concesión comunitaria*” a actividades que no son propiamente servicios públicos y cuya utilización por parte de los usuarios/ciudadanos es absolutamente libre. Ahora bien, si de estas actividades hay que excluir los servicios no



económicos de interés general, como por ejemplo los culturales o deportivos, excluidos por la propia Directiva, así como los de abastecimiento de agua y de transporte de viajeros también excluidos, y los de gestión de los servicios de alcantarillado y saneamiento de aguas residuales no vinculados a al abastecimiento de agua potable, y los de gestión de residuos, con una jurisprudencia comunitaria reacia a aceptar la concesión por inexistencia de riesgo operacional suficiente, ¿qué nos quedará? Puede que quizá, por ejemplo, los aparcamientos públicos de vehículos a motor.

En particular, resulta sorprendente que la Directiva pretenda que esa “*exposición real a las incertidumbres del mercado*” pueda aplicarse a concesiones de servicios públicos en general o, en particular, las de “servicios sociales y específicos” que luego se relacionan en el Anexo IV.

5.1 Incidencia de la jurisprudencia del TJUE y ahora de la Directiva de concesiones en los órganos consultivos y de recursos contractuales españoles

Sin tener en cuenta su carácter no vinculante y que la última palabra la tiene siempre el órgano jurisdiccional nacional y que la Directiva no ha sido todavía transpuesta, la jurisprudencia del TJUE ha hecho fortuna en nuestro país, tanto entre la doctrina académica²² como entre la de los órganos consultivos y los de resolución de recursos contractuales. Y ello, en particular, con respecto a contratos de recogida de residuos municipales, limpieza de la vía pública y alcantarillado, calificados como concesión de servicios públicos por la Administración concedente y que estos órganos, en repetidas ocasiones, pasan a calificar de contratos de servicios, por entender que no trasladan al contratista el riesgo y ventura suficientes sino que, por el contrario, garantizan en exceso que no sufran pérdidas y que mantengan su beneficio industrial.

Así, entre otras, las Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC, 154, 203 y 220/2011, y 284/2012; los Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, JCCAE, 65/2008, 22/2009, 64/2009 y 12/2010; el Informe 11/2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, JCCAC; y las Resoluciones del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, TCCSP 131/2014 y de su antecesor el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña, OARCC, 24/2013.

En su Resolución 284/2012, el TACRC establece que:

“... en la concesión de servicios la cesión de la gestión del servicio se hace siempre a cambio de asumir la explotación del servicio, mientras que en el caso del contrato de servicios la contrapartida a la prestación del servicio consiste exclusivamente en el abono de un precio. Esto significa que mientras en la concesión de servicios el concesionario asume el riesgo de la explotación del mismo, de tal forma que su mayor o menor retribución, dependerá en todo caso del mayor o menos uso que del servicio hagan los destinatarios, en el contrato de

²² Por ejemplo, BLANQUER CRIADO, David, en un, por otra parte, exhaustivo y excelente trabajo, *La concesión de servicios públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 264 a 284.



servicios la retribución del empresario se fija en el contrato y no depende de ninguna circunstancia vinculada a la utilización del servicio”.

Por su parte, en Informe 65/2008, la JCCAE afirma que:

“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 un mero auxiliar de la Administración titular del servicio en la prestación del mismo..

Pues bien, el análisis de las características del contrato analizado nos lleva a la conclusión de que, cualquiera que sea la configuración dada por el órgano de contratación, evidentemente en él no hay asunción de riesgo en los términos que son característicos de la concesión, pues ni se exigen inversiones al contratista, ni asume la gestión del servicio como propia, ni se hace depender la retribución de la intensidad del uso del contrato, limitándose el pliego a fijarlo en el abona de una cantidad fija (3,10 €) por metro cuadrado objeto de conservación.”

Y en Informe 22/2009, de 25 de setiembre, la misma JCCAE señala que:

“... de conformidad con lo establecido en nuestra Ley de Contratos del Sector Público, el requisito esencial exigido para que la modalidad de gestión indirecta del servicio público pueda ser considerada como concesión es que el empresario gestione el servicio a su propio riesgo y ventura.

Esta expresión sólo puede ser entendida en el sentido de que el empresario asuma el riesgo de pérdida entendida en el sentido de que el empresario asuma el riesgo de la pérdida que pueda derivar de la gestión del servicio, del mismo modo que es consubstancial al sistema que perciba los beneficios que deriven de ella.”

De todas formas, en este mismo Informe 22/2009, se añade una precisión relevante:

“En ningún momento se exige que la retribución a percibir por el concesionario se abone por el órgano que otorga la concesión, sino que su cuantía está directamente ligada con la mejor o peor gestión que del servicio haga el concesionario.

Claro está que siendo así las cosas, nada puede obstar a que la retribución al concesionario se abone por el órgano que otorga la concesión, siempre que su importe se vincule directamente con la demanda o la disponibilidad del servicio.”

Por su parte la JCCAC, en su Informe 11/2010, de 26 de noviembre, establece que:

“Es pot afirmar, doncs, una vegada més, que l’element determinant per a la qualificació d’aquests contractes està en l’exigència o no d’assumpció de risc d’explotació, de manera que en cas que aquest sigui inexistent, el contracte s’haurà de qualificar com a contracte de serveis. En cas contrari, és a dir, quan la forma de remuneració consisteixi en l’explotació del servei, encara que pugui anar



acompanyada de la percepció d'un preu, i aquesta explotació porti associada, d'alguna manera, un risc, el contracte podrà ser qualificat com de gestió de serveis públics.

En un principio, el OARCC y después el TCCSP advertían que, si el Pliego de cláusulas económico-administrativas particulares no regulaba debidamente el riesgo y ventura del concesionario, el contrato no se podía calificar como de concesión de servicio público, pero no pasaban a calificarlo de contrato de servicios.

Así y sin entrar todavía en la cuestión del riesgo y ventura, en la Resolución del OARCC 16/2013, en relación con la adjudicación de un contrato de servicios de residuos, limpieza viaria y de playas, y alcantarillado de Torroella de Montgrí. Esta Resolución advierte de que el Pliego califica el contrato como de servicios, con expresa remisión al artículo 10 del TRLCSP. Sin embargo, la duración del contrato se establece en once años, con posibilidad de prórrogas anuales. La contradicción es flagrante, puesto que como es bien sabido la duración máxima ordinaria del contrato de servicios, en el artículo 303 del TRLCSP es de cuatro años sin que, con las prórrogas previstas pueda exceder de seis años. Esta contradicción la resuelve el OARCC estableciendo que, habida cuenta de que, conforme al artículo 67 del Texto Refundido todos los servicios objeto del contrato son servicios mínimos obligatorios, a prestar por todos los ayuntamientos, por lo que concluye que:

“Por tanto y de la documentación librada a este Órgano, debe concluirse que estamos ante un contrato de gestión de servicios públicos.

Por todo ello, este OARCC entiende que en la redacción de los pliegos se habrían de redactar y especificar von más detalle las actuaciones preparatorias del contrato de gestión de servicios públicos (artículo 133 TRLCSP), la modalidad de gestión de que se trata: concesión, gestión interesada, concierto o sociedad de economía mixta y, en general, al resto de los artículos previstos en el Capítulo III del Título II.”

A su vez, en la Resolución del OARCC 24/2013, de 1 de febrero, sobre la adjudicación de un contrato de gestión del servicio público municipal de recogida de residuos del municipio de Arenys de Mar, se hace notar que, a pesar de que en el Pliego se indica que dicho servicio puede ser objeto de gestión indirecta, por no comportar ejercicio de autoridad:

“Sin embargo, a este OARCC sorprende que en los pliegos no exista ninguna cláusula que haga mención del riesgo y ventura del concesionario durante la explotación del contrato (artículo 277 a TRLCSP) así como el derecho de explotación del servicio de manera que su retribución dependa en todo caso del mayor o menor uso que del servicio haga los destinatarios.

(...)

Además, en el caso que nos ocupa, tampoco queda recogido en la cláusula 29ª, sobre régimen de pago, la existencia del riesgo asumido por el contratista habida cuenta de que el adjudicatario presentará facturas mensuales y su pago se



realizará en el plazo de 40 días para el ejercicio 2012 i 30 días máximo a partir del año 2013.

Es preciso, pues, que el órgano de contratación adecue los pliegos del contrato al verdadero carácter del contrato objeto del presente recurso.”

Es decir, habida cuenta de que el servicio de recogida de residuos es, efectivamente, un servicio público municipal, el contrato de concesión ha de recoger y concretar el principio de riesgo y ventura, pero sin afirmar que, de contrario y tal y como están redactados los pliegos, estamos ante un contrato de servicios.

Este paso sí que se da ya en la Resolución 131/2014, de 1 de agosto, en relación con la concesión de la recogida y transporte de residuos limpieza viaria pública y de playas del municipio de Salou.

“De la lectura de los pliegos, este Tribunal no aprecia que el contratista asuma el riesgo de la explotación del servicio.”

(...)

Atendido todo lo anterior, este Tribunal aprecia que el contrato e de referencia es un contrato de servicios ...”

Ciertamente, esta calificación como contrato de servicios no llega a ser determinante para la estimación del recurso especial y para la anulación de la adjudicación, que se efectúa por otros motivos, pero ahí está.

Esta aplicación ciega a nuestro régimen de contratación pública de esta jurisprudencia del TJUE, tanto por Juntas Consultivas de Contratación, tribunales y otros órganos de resolución de recursos especiales en materia de contratación, que bien puede pasar a los Juzgados y Salas de lo Contencioso-Administrativo, **es manifiestamente ilegítima**. Efectivamente, el objetivo del TJUE y ahora el de la Directiva de concesiones es que, mediante la calificación de un contrato como de concesión, no se burlen los principios de igualdad, publicidad o concurrencia exigibles de un contrato de servicios.

Ahora bien, como hemos insistido desde el principio, en España, la adjudicación de concesiones y demás contratos de gestión de servicios públicos, mediante licitación pública previa está plenamente garantizada, desde el Estatuto Municipal de 1924 y el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955, y generalizada en la Ley de Contratos del Estado de 1965, pasando por las de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 y de Contratos del Sector Público de 2007, hasta el vigente Texto Refundido de esta última de 2011.

En particular, la irreflexiva pero relativamente habitual cita de la ya aludida STJUE, de 18 de julio de 2007, (Asunto C-382/05) sobre la adjudicación directa de los “*convenios*” para la construcción y explotación de plantas de tratamiento residuos, en Sicilia –más bien vinculada a la lucha contra el crimen organizado que relacionada con la contratación pública–, es especialmente desafortunada y ejemplifica la desviada aplicación que algunos han hecho, en España, de esta jurisprudencia europea y que no parece que se ajuste a las reglas de interpretación de las normas y también de las sentencias en el



sentido de que se han de interpretar en el sentido propio de sus palabras sí, pero también y como precisa el artículo 3.1 de nuestro Código Civil:

“... en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”

Pero es que, además, entendemos que nuestro ordenamiento jurídico, particularmente el de Régimen Local, es reacio a esta jurisprudencia comunitaria. Los servicios públicos prestados por la Administración General del Estado y por las Administraciones de las Comunidades Autónomas acostumbran a estar regulados por Leyes sectoriales que ya se pronuncian sobre una determinada forma de gestión, directa o indirecta, adoptándose también desde la Ley la modalidad específica de una u otra forma de gestión.

Es en la Administración local donde los ayuntamientos y demás ente locales tienen una amplia libertad para adoptar formas y modalidades de gestión en la gran variedad de servicios públicos, en el marco de un régimen jurídico general. Y, por lo tanto, en la Administración local donde se pueden producir discrepancias y, en su caso, infracciones puntuales del ordenamiento jurídico a aplicar. En cualquier caso, hay un límite y es el de que los servicios públicos locales solamente pueden adoptar formas y modalidades de gestión propias de tales servicios públicos. Y entre las modalidades de gestión indirecta únicamente es posible acudir a las que se corresponden con los contratos de servicios públicos previstos en el artículo 277 del TRLSCP, tal y como estipula el artículo 284.2 B) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del Régimen Local, LBRL. Lo que no es admisible y, de efectuarse, no sería conforme a Derecho y, en particular, constituiría una infracción del referido artículo 284.2 B) LBRL, es gestionar un servicio público local mediante un contrato de servicios de los artículos 10 y 301 a 312 del TRLSCP. En su caso, la gestión directa por la propia entidad local o por un organismo autónomo, puede contratar actuaciones parciales, mediante contrato de servicios, como por ejemplo es habitual cuando la gestión del alcantarillado o saneamiento en baja de aguas residuales urbanas es de gestión directa. Pero, si se opta por la gestión indirecta de la explotación íntegra de un servicio público local, las modalidades de dicha gestión quedan limitadas a la concesión, la gestión interesada, la sociedad de economía mixta y el concierto y ésta última modalidad sólo si concurren las circunstancias que le son propias.

Y entre los servicios públicos municipales están, en todo caso, los servicios mínimos de obligatoria prestación por todos los ayuntamientos, regulados por el artículo 26 de la LBRL, sin perjuicio de que, en la nueva redacción dada a dicho precepto por la LRSAL, la Diputación pueda coordinar y, en su caso, asumir la prestación de estos servicios en los municipios de menos de 20.000 habitantes, supuesto en el que la gestión indirecta también se remitirá a las modalidades de contrato de gestión de servicios públicos del artículo 277 TRLCSP. Pero es que, además, estos servicios mínimos obligatorios vienen a coincidir con los servicios esenciales, reservados a los entes locales por el artículo 86.2 de la LBRL, de nuevo en la redacción dada por la LRSAL, servicios esenciales que esta Ley declara tales en aplicación del artículo 128.2 de la Constitución española.

Entre estos servicios, a la vez mínimos y esenciales se encuentran, precisamente, la recogida de residuos urbanos, la limpieza viaria y el alcantarillado que son los más



susceptibles de ser afectados por la jurisprudencia del TJUE comentada. Su régimen de retribución del contratista, mediante un precio a cargo del ayuntamiento²³ y no del usuario por la imposibilidad de aplicar un régimen de tarifas que el contratista ingresa como propias. Es precisamente, este régimen de tarifas el que salva al servicio de suministro domiciliario de agua potable de la aplicación de la comentada jurisprudencia del TJUE, puesto que la contraprestación, satisfecha directamente por los usuarios, genera un riesgo y ventura del concesionario suficiente, por más limitado que sea²⁴.

Por otra parte, esta limitación de la gestión indirecta de los servicios municipales mínimos y esenciales a las modalidades de contrato de gestión de servicios públicos –esencialmente, concesión y empresa mixta–, no es una cuestión meramente formal, sino especialmente sustantiva. Los contratos de gestión de servicios públicos un elemento esencial de los mismos como es el de su necesaria continuidad, con independencia del uso que del servicio hagan los usuarios. E incluso con independencia del cumplimiento, en su caso, del precio por parte de la Administración, que en un contrato de servicios puede dar lugar a la suspensión (4 meses) por parte del contratista y, finalmente, a la resolución del contrato (8 meses), según dispone el artículo 216.5 del TRLCSP. Esta obligación de continuidad que asume el concesionario la impone tanto el artículo 128.1.1^a del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955, RSCL, y el Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de los Entes locales de Cataluña, DE 1995, ROAS, como una reiterada jurisprudencia nacional y le es inherente la adecuación a toda clase de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles, a los progresos de la técnica y a los mandatos de la Administración concedente (*ius variandi*), así como a los cambios legislativos que se puedan producir durante el período concesional. A esta obligación de continuidad se corresponde el derecho al mantenimiento y en su caso el restablecimiento del equilibrio económico, regulado también por estos Reglamentos²⁵, lo que hace que el riesgo y ventura del concesionario y de la empresa mixta sea necesariamente muy limitado. Incluso en el supuesto de incumplimiento contractual por parte de la Administración la consecuencia ordinaria no es la resolución del contrato, sino la indemnización y el restablecimiento del equilibrio económico.

Todo ello establecido, si un servicio público, como el de recolección o recogida de residuos urbanos, junto con la limpieza viaria o por separado, un lugar de gestionarse indirectamente por concesión u otra modalidad de contrato de gestión de servicios públicos, es objeto de un contrato de servicios, el servicio público prestado pierde la garantía esencial de su necesaria continuidad, habida cuenta de que el contratista tiene limitadas sus obligaciones a las estrictamente contractuales y la resolución por

²³ Ya sea una tasa, como es habitual para la gestión de residuos y para el alcantarillado, o recursos generales en el caso de servicios municipales de prestación gratuita, como los de limpieza viaria o alumbrado público.

²⁴ En este sentido es particularmente recomendable el servicio integral de abastecimiento de agua, alcantarillado y saneamiento de aguas residuales urbanas

²⁵ La Ley de Economía Sostenible y el consiguiente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público han alterado extraordinariamente el régimen de modificación de los contratos en general y, en particular, el del mantenimiento del equilibrio económico de los contratos de gestión de servicios públicos, abocando a una resolución de contratos que es manifiestamente contraria a la necesaria continuidad de los servicios públicos.



incumplimiento de la Administración se impone por encima del principio de continuidad del servicio público. He aquí la razón material, más que formal, de que la formalización de un contrato de servicios para la explotación de un servicio público, en lugar de una concesión u otra modalidad de contrato de gestión de servicios públicos se contraría a Derecho.

Las primeras resoluciones del OARCC, antes comentadas, iban en este sentido. Así, la Resolución del OARCC 16/2013, en relación con la adjudicación de un contrato de servicios de residuos, limpieza viaria y de playas, y alcantarillado de Torroella de Montgrí, advierte de que el Pliego califica el contrato como de servicios, con expresa remisión al artículo 10 del TRLCSP; pero la duración se establece en once años, con posibilidad de prórrogas anuales y todos los servicios objeto del contrato son servicios mínimos obligatorios, por lo que concluye que:

“Por lo tanto y de la documentación librada a este Órgano, hay que concluir que estamos ante un contrato de gestión de servicios públicos.

Y la Resolución del OARCC 24/2013, de 1 de febrero, sobre la adjudicación de un contrato de gestión del servicio público municipal de recogida de residuos del municipio de Arenys de Mar, hace notar que, a pesar de que en el Pliego se indica que dicho servicio puede ser objeto de gestión indirecta, por no comportar ejercicio de autoridad, habida cuenta de que el servicio de recogida de residuos es, efectivamente, un servicio público municipal, el contrato de concesión ha de recoger y concretar el principio de riesgo y ventura, pero sin afirmar que, de contrario y tal y como están redactados los pliegos, estamos ante un contrato de servicios.

Este paso sí que se da ya en la Resolución del ya TCCSP 131/2014, de 1 de agosto, en relación con la concesión de la recogida y transporte de residuos limpieza viaria pública y de playas del municipio de Salou, en la que la supuesta inexistencia de suficiente riesgo y ventura, la permite a dicho Tribunal que estamos ante un contrato de servicios y no ante una concesión de servicio público. Esto es sencillamente inadmisibile. Tanto en vía de recurso administrativo, especial u ordinario, como en vía judicial contencioso-administrativa, podrá anularse un contrato de concesión por no prever en su Pliego el riesgo y ventura del concesionario, propio de la gestión indirecta de servicios; pero lo que no es posible es que una servicio público y, además, mínimo, obligatorio y esencial, se convierta en un mero servicio, con la pérdida de garantías de prestación que ello comporta, indefectiblemente.

5.2 Riesgos de una transposición mecánica de la Directiva de concesiones

Es obvio que la recepción de esta jurisprudencia europea, de momento a nivel administrativo, pero que bien pronto puede pasar al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, sobre todo si se transpone la Directiva de concesiones de forma literal, mecánica e irreflexiva, es totalmente infundada y contraria a Derecho. Por múltiples razones, entre ellas, las siguientes:

1. Nuestro ordenamiento ya garantiza los principios de igualdad, publicidad, concurrencia y capacidad en la adjudicación de los contratos de concesión de



servicios públicos, con el mismo rigor y en las mismas normas que el resto de los contratos públicos.

2. Las modalidades de gestión indirecta de servicios públicos –concesión, gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta– están tasadas por nuestra legislación de contratos y, por lo tanto, es contrario a Derecho que un servicio público se gestione mediante un contrato de servicios.
3. La concesión y los demás contratos de gestión de servicios públicos garantizan la continuidad en la prestación del servicio frente a las vicisitudes que la puedan amenazar, con la contrapartida del mantenimiento del equilibrio económico para que el concesionario les pueda hacer frente. En cambio, un contrato de servicios no tiene estas garantías.
4. Mediante la modalidad de contrato de servicios no se llegará a modificar la naturaleza del servicio público, pero habida cuenta de que tal naturaleza no es simplemente teórica, sino que se hace efectiva mediante su prestación, el contrato de servicios desvirtúa el servicio público cuando éste pasa a constituir su objeto.
5. La corta duración ordinaria de un contrato de servicios, cuatro años –los otros dos no están asegurados, no garantiza la amortización de la inversión en equipos, vehículos y demás recursos materiales que el contratista ha de asumir en un contrato de gestión de servicios públicos. Ciertamente, el artículo 305 del TRLCSP autoriza al Gobierno del Estado y a los de las Comunidades Autónomas a establecer plazos más largos, con carácter excepcional o para determinadas categorías de contratos. Pero esta solución no es una alternativa válida a las cuatro primeras objeciones.
6. Las prescripciones en materia de salud pública, medio ambiente y derechos humanos hacen incompatibles los servicios públicos de abastecimiento de agua, alcantarillado, saneamiento de aguas residuales y limpieza de vías públicas con un riesgo operacional significativo.

7. Conclusión

Establecido lo anterior, genera una notable incertidumbre el alcance que pueda llegar a tener la transposición de la Directiva a nuestro ordenamiento interno. A una conclusión similar llega Mercedes FUERTES LÓPEZ, en el “Observatorio de Contratos Públicos 2012”²⁶:

*“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***

²⁶ FUERTES LÓPEZ, Mercedes. *Los riesgos del riesgo de explotación (crítica a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre las concesiones de servicio público y los contratos de servicios)*, en “Observatorio de Contratos Públicos 2012”, José María Gimeno Feliú (Director), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pág. 224.



prudencia para no enredar ningún ovillo en este tejer y destejer de la integración europea.”

Sería de esperar, pues, que en la trasposición de la Directiva de concesiones que, junto a la de obras, suministros y servicios, ha de dar lugar a una nueva Ley de Contratos del Sector Público, se tenga muy en cuenta esta reflexión²⁷. Reflexión que, seguramente, nos puede llevar a la conclusión de que, sencillamente, la Directiva de concesiones no requiere transposición en España, particularmente, por lo que se refiere a la definición de este tipo de contratos de concesión. En definitiva, que puede mantenerse perfectamente nuestra regulación de contratos de gestión de servicios públicos, en sus distintas modalidades, habida cuenta de que no es en absoluto contraria al Derecho de la Unión.

Cuestión distinta son los aspectos más generales, como por ejemplo el de la modificación de los contratos de concesión. Por otra parte, este régimen de modificaciones tiene en la Directiva de concesiones una regulación idéntica a la de la Directiva 2014/24/UE de contratación pública general (obras, suministros y servicios), por lo que sí que es acertada una transposición común. En principio, la modificación de los contratos de servicios públicos, habida cuenta de su larga duración, debiera ser más flexible que la de los demás contratos públicos, pero la regulación común de las Directivas UE 23 y 24, de 28 de febrero de 2014 ya cumplimenta este requisito.

Y por lo que a la aplicación directa de la Directiva de concesiones, una vez transcurrido el plazo del 18 abril de 2016, entendemos que no es posible con respecto a las definiciones de concesión de obras y de concesión de servicios. Y ello porque, con respecto a nuestras concesiones de obras públicas y, en particular, de concesión de servicios públicos –como modalidad de un contrato de gestión de servicios públicos–, la Directiva no reúne los requisitos de precisión, claridad e incondicionalidad que exige la jurisprudencia comunitaria europea, desde la Sentencia de 5 de febrero de 1963 (C-26/62). En este sentido, disiento de las reglas contenidas en el Decreto-Ley 3/2016, de 31 de mayo, con el fin de que la Directiva de concesiones se aplique, directamente, no sólo a las concesiones, sino a todas las demás modalidades de contrato de gestión de servicios públicos, algo que es manifiestamente contrario a los requisitos de precisión, claridad e incondicionalidad, que exige la jurisprudencia del TJUE para que se produzca la aplicación directa de las Directivas no transpuestas en plazo.

Barcelona, 26 de octubre de 2016.

²⁷ PERDIGÓ SOLÀ, J., *Aproximación a la Directiva 2014/23/UE de concesiones*, en “Observatorio de los Contratos Públicos 2014”, Director José María Gimeno Feliu, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 89 a 122.