

LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS: SUS CONDICIONANTES DESDE EL DERECHO EUROPEO EN EL CONTEXTO DE LA TRANSPOSICIÓN DE LAS DIRECTIVAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA*

MATILDE CARLÓN RUIZ

Profesora Titular (acreditada al Cuerpo de Catedráticos) de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid

Revista Española de Derecho Europeo 59
Julio – Septiembre 2016
Págs. 45-75

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL CONCEPTO DE SIEG COMO REFORMULACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO Y LA INDIFERENCIA DEL DERECHO EUROPEO RESPECTO DEL RÉGIMEN DE SU GESTIÓN. III. LA GESTIÓN POR TERCEROS DE LOS SIEG: LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO TÉCNICA PARA SU «ENCOMIENDA» A LA LUZ DEL CONTROL DE LAS AYUDAS DE ESTADO. IV. LA CONSIDERACIÓN DE LOS SIEG POR EL DERECHO EUROPEO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. 1. *La prestación de SIEG a través de contratos de servicios: la Directiva 2014/24/CE como referente.* 2. *La transmisión del riesgo operacional al contratista como criterio determinante de que la encomienda de un SIEG se configure como un contrato de concesión: parámetros a la luz de la Directiva 2014/23/CE.* 3. *Las pautas europeas para los contratos públicos y los contratos de concesión «de interés transnacional» no sometidos a las Directivas.* V. CONCLUSIONES: PAUTAS EUROPEAS PARA LA REGULACIÓN DE LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN EL DERECHO INTERNO.

RESUMEN: El Derecho europeo impone, tanto desde la perspectiva de la contratación pública, como desde el control de las ayudas de Estado, severos condicionantes a la gestión de los servicios públicos, por más que parta de un planteamiento neutro respecto de la alternativa gestión directa o mediante el encargo a terceros. El presente trabajo pretende ofrecer algunas

ABSTRACT: European Law imposes deep constraints to the management of public services, either from the public contracts point of view, or as far as the States aids regime is concerned. This is the case although European Law takes a neutral approach re. the option for public authorities to manage public services by themselves or by entrusting them to third

* Este trabajo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación «Los servicios públicos en la encrucijada: ¿crisis o renovación?» (DER2012-39692-C03-02), del que es IP la autora.

pautas al respecto, asumiendo que una primera dificultad pasa por reconocer que el concepto europeo de SIEG y el interno de servicio público no son idénticos.

PALABRAS CLAVE: Servicios públicos – Servicios de Interés Económico General (SIEG) – Contratos públicos – Concesiones – Ayudas Públicas.

parties. This paper aims to offer some clues to the issue, taking into account that the very first obstacle stands on the circumstance that the European concept of SGEI is not identical to the Spanish concept of public service.

KEYWORDS: Public services – Services of General Economic Interest (SGEI) – Public contract – Concessions – Public Aids.

Fecha de recepción del original: 21/06/2016

Fecha de aceptación: 08/07/2016

I. INTRODUCCIÓN

La tradicional cuestión de la gestión –directa o indirecta– de los servicios públicos cobra una nueva dimensión a la luz del Derecho europeo.

Así planteada la cuestión, se encuentra, sin embargo, con una dificultad de partida, ya que el concepto interno de servicio público y su tradicional configuración técnica basada en la titularidad pública omnicompreensiva de una concreta actividad económica –sobre la que apoyar, precisamente, su posible gestión directa o indirecta– no encuentra correlato exacto en el concepto europeo de Servicio de Interés Económico General (SIEG). La falta de identidad plena entre el concepto interno de servicio público y el concepto europeo de SIEG no impide asumir que la ordenación por el Derecho europeo de estos últimos tiene un impacto claro en la ordenación interna de los servicios públicos, que se presenta de forma especialmente intensa en el actual escenario de transposición –retrasada– de las Directivas sobre contratación pública aprobadas en 2014.

El Derecho europeo de la contratación pública condiciona, sin duda, el régimen de los SIEG, respecto de los que es posible tanto su gestión directa por la Administración a cuya *competencia* correspondan, como su gestión indirecta por aquéllos a los que la Administración competente les *encomienda* su prestación. Ambas opciones, como veremos, son contempladas, en efecto, por el Derecho europeo, si bien sometidas a ciertos condicionantes, que no se agotan, en absoluto, frente a lo que una primera impresión contaminada desde una perspectiva interna pudiera dar a entender, en las novedades –relativas– que la Directiva de *concesiones* ha venido a introducir. De ahí la cautela con la que debe abordarse el proceso de transposición de las Directivas de contratación en este punto, por cuanto operan sobre criterios y categorías propios, difícilmente extrapolables, de forma mecánica, al Derecho interno, bien asentado –por lo que hace a la gestión indirecta de los servicios públicos– en la centenaria figura de la «concesión de servicio público» que el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público (RCL 2007, 1964), de incierto futuro, ha hecho desaparecer.

Se trata, sin duda, de una cuestión compleja, que en sede de Derecho europeo no se agota en el régimen de la contratación pública, sino que se ve igualmente condicionado, en planos superpuestos, pero no perfectamente idénticos, por el régimen de

las ayudas de Estado, e, incluso, el de las libertades de establecimiento y prestación de servicios, particularmente según han quedado reflejadas en la famosa –y polémica– Directiva Servicios. Todos estos planos deben ser contemplados para abordar con coherencia la difícil operación de trasladar al ámbito interno los condicionantes que cada uno de ellos impone, proyectados sobre una realidad conceptual consolidada que en absoluto es idéntica –a pesar de lo que la terminología, para complicar aún más las cosas, pudiera dar a entender–. La oportunidad del momento, a pesar de la dificultad del objeto de análisis, nos anima a ofrecer lo que en este momento no pretende ser más que una mera aproximación que permita identificar los elementos claves en presencia.

II. EL CONCEPTO DE SIEG COMO REFORMULACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO Y LA INDIFERENCIA DEL DERECHO EUROPEO RESPECTO DEL RÉGIMEN DE SU GESTIÓN

Como es bien sabido, el Derecho europeo, en su propia dimensión de tal, se sobrepone a la divergencia de tradiciones nacionales en punto a la garantía de determinadas prestaciones a los ciudadanos acuñando un concepto propio, el de Servicios de Interés Económico General (SIEG). De este modo, evita, en particular, asumir de plano la tradición francesa del servicio público y, con ella, toda su carga dogmática e ideológica, lo que no impide, sin embargo, que en Estados que, como el nuestro, han seguido esta tradición, se produzcan problemas de encaje conceptual y de régimen jurídico entre el concepto europeo de SIEG y el concepto interno de servicio público. Así se evidencia, de hecho, en relación con la cuestión que ahora nos ocupa.

A falta de una definición normativa de lo que deba ser considerado un SIEG –por más que el término apareciera ya en el art. 90.2 de la redacción originaria de los Tratados fundacionales, en fórmula que se mantiene en el art. 106.2 TFUE¹–, resulta bien expresiva la Comunicación de la Comisión de 20 de diciembre de 2011 «Un marco de calidad para los Servicios de Interés General en Europa»², que los define como «actividades económicas que producen resultados en aras del bien público general y que el mercado no realizaría (o lo haría en condiciones distintas por lo que respecta a la calidad, seguridad, asequibilidad, igualdad de trato y acceso universal) sin una intervención pública». Siendo así que tal «intervención pública» se concreta en la imposición de Obligaciones de Servicio Público «al prestador mediante una atribución y sobre la base de un criterio de interés general que garantice que el servicio se presta en condiciones que le permitan desempeñar su misión».

1. Ni en este ni en otros artículos que, en la redacción actual del TFUE, se refieren a los SIEG, se ofrece definición alguna de lo que sean estos Servicios: ni en el citado art. 106 TFUE, ni en el 14. Tampoco en el Protocolo 26 que acompaña al Tratado. Como tampoco aparece en el artículo 36 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Sobre el concepto, *vid.* DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «Los servicios de interés económico general en el ordenamiento comunitario», en MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.), *Derecho de la regulación económica*, Vol. I: *Fundamentos e instituciones de la regulación*, 2010; y LAGUNA DE PAZ, C., *Servicios de interés económico general*, Civitas, Madrid, 2009.
2. COM (2011) 900 final.

En coherencia con la lógica del propio art. 106.2 TFUE, que asume que la debida prestación de los SIEG puede suponer la excepción de las reglas sobre libre competencia, es rasgo que los cualifica que se trate de actividades económicas, «de mercado», sin que los servicios sociales sean *per se* una categoría distinta a los SIEG³. Es más, si dentro del género «Servicios de Interés General» se integran tanto servicios «de mercado» como «no de mercado»⁴, los llamados «Servicios Sociales de Interés General» (SSIG)⁵ pueden ser considerados SIEG siempre y cuando se correspondan con actividades «de mercado», aun cuando en su prestación no concurra necesariamente ánimo de lucro⁶. La jurisprudencia y la doctrina de la Comisión al conocer de las ayudas de Estado ofrecen una heterogénea casuística, que demuestra un cierto grado de intercambiabilidad entre las categorías. Ha quedado sentado, sin embargo, que quedan extramuros del concepto de SIEG los servicios vinculados con el ejercicio de prerrogativa, como los de seguridad o control⁷, los servicios de seguridad social de afiliación obligatoria basados en el principio de solidaridad y los sistemas nacionales de educación pública financiados y supervisados por el Estado⁸.

3. Así lo han puesto de manifiesto las SSTJ de 12 de septiembre de 2000, as. C-180/98 a C-184-98 *Pavlov y otros*, ap. 118; de 22 de enero de 2002, as. C-218/00 *INAIL*, ap. 37, y de 22 de mayo de 2003, as. C-355/00 *Freskot*, ap. 77.
4. Ya la *Comunicación sobre los Servicios de Interés General en Europa*, de diciembre de 2000, que actualiza la previa de 1996 (DO C 17 de 19.01.2001), contiene una definición del género «servicios de interés general», afirmando que «abarca los servicios de mercado y no de mercado que las autoridades públicas consideran de interés general y a los que imponen determinadas obligaciones de servicio público».
5. Sobre los SSIG la Comisión se ha pronunciado en la Comunicación «Aplicación del Programa comunitario de Lisboa–Servicios sociales de interés general en la Unión Europea» [COM (2006) 177 de 26 de abril de 2006], a la que acompaña un Documento de trabajo de los Servicios de la Comisión [SEC (2006)0516]. La sucesiva Comunicación de 20 de noviembre de 2007, bajo el título «Servicios de interés general, incluidos los sociales: un nuevo compromiso europeo» [COM (2007) 725 final, de 20 de noviembre de 2007], deja claro que los servicios sociales se dirigen a la satisfacción de necesidades de carácter vital, contribuyendo al logro de valores esenciales de la Comunidad como el nivel de empleo, la protección social, la igualdad y la cohesión social y territorial.
6. Este dato se compadece, de forma elocuente, con que la jurisprudencia sobre contratación pública asuma que el contratista puede ser una entidad carente de ánimo de lucro: *vid.*, entre otras, la STJ de 23 de diciembre de 2009, as. C-305/08, *CoNISM*; de 19 de diciembre de 2012, as. C-159/11, *Ordine degli Ingegnerie della Provincia di Lecce y otros*, y de 13 de junio de 2013, as. C-386/11, *Piepenbrock*. Particularmente entidades públicas, en el caso de las dos últimas sentencias, tal y como tendremos ocasión de destacar *infra*.
7. Exclusión que encuentra correlato, en el seno de la Directiva 2006/123/CE (LCEur 2006, 3520), de Servicios, en el concepto de «actividades relacionadas con el ejercicio de la autoridad pública», entre las que la reciente STJ de 23 de diciembre de 2015, as. C-293/14, ha reconocido –a la vista de la legislación austriaca– la función de deshollinador.
8. En CARLÓN RUIZ, M., «¿Crisis de servicio público en tiempos de crisis? Algunas acotaciones a la luz de las novedades en el régimen europeo del control de las ayudas de Estado dirigidas a su financiación», en *Revista de Administración Pública*, nº 189, 2012, pp. 81-84, se

Contrariamente, quedan incluidos en él servicios médicos intra y extra hospitalarios, servicios de colocación de empleo y servicios de transporte de enfermos⁹.

Sea como fuere, los SIEG, siendo actividades económicas, no son actividades económicas cualquiera, puesto que integran en su prestación misma elementos de interés general que, en cuanto no pueden ser garantizados de forma espontánea por el mercado en el que se desenvuelven, exigen a tal fin una intervención pública manifestada, precisamente, en la imposición de las ya mencionadas Obligaciones de Servicio Público, que actúan así, por su propia lógica, como excepciones imprescindibles a las reglas del mercado.

Que los SIEG sean actividades económicas, de mercado, pone, por sí mismo, de manifiesto que el régimen europeo de la contratación pública puede ser relevante en el momento de la imposición de esas Obligaciones de Servicio Público. Y, de forma conexas, que la posible financiación pública de las mismas debe ser contemplada desde el punto de vista del control de las ayudas de Estado. Sobre ambas cuestiones volveremos al tratar del núcleo de este estudio. Pero antes debemos hacer una

analiza la jurisprudencia y la doctrina de la Comisión al conocer de las ayudas de Estado, respecto de los SIEG, particularmente en su proyección sobre los servicios sociales. El extremo casuismo evidencia las dificultades de afinar la distinción, si bien ha quedado sentado que no son SIEG, por no ser actividades económicas, los servicios de seguridad social de afiliación obligatoria y control público basados en el principio de solidaridad y los servicios de asistencia sanitaria a los que aquéllos den cobertura (siendo dato clave el que las prestaciones se ofrezcan con independencia de las cotizaciones: SSTJ de 17 de febrero de 1993, as. C-159/91, *Poucet y Pistre*; de 22 de enero de 2002, as. C-218/00, *INAIL*, y de 16 marzo de 2004, as. C-264/01, C-306/01, C-354/01 y C-355/01, *AOK Bundesverband*); ni los sistemas nacionales de educación pública financiados y supervisados por el Estado (SSTJ de 27 de septiembre de 1988, as. C-263/86, *Humbel*; del 11 de septiembre de 2007, as. C-318/05, *Comisión/Alemania*, y Decisiones de la Comisión relativas a las ayudas N118/00, Subvenciones para los clubes deportivos profesionales, DO C 333/6, de 28.11.2001, y NN54/2006, Colegio de logística Prerov, DO C 291/18, de 30.11.2006.

9. Sí se han reconocido como SIEG los regímenes de seguro facultativos que funcionan según el principio de capitalización, incluso cuando están dirigidos por organismos sin ánimo de lucro (SSTJ de 16 de noviembre de 1995, as. C-244/94, *FFSA*, y de 21 de septiembre de 1999, as. C-67/96, *Albany*); los mismos regímenes, aun cuando sean obligatorios, que gestionen un régimen de pensiones complementarias para profesionales liberales (STJ de 12 de septiembre de 2000, as. C-180/98 a C-184-98, *Pavlov y otros*, ap. 118); los servicios médicos intra o extra hospitalarios (SSTJ de 31 de enero de 1984, as. 286/82 y 26/83, *Luisi y Carbone*; de 4 de octubre de 1991, as. C-159/90, *Society for the Protection of unborn children [IVG]*; de 12 de julio de 2001, as. C-368/98, *Abdon Vanbraekel*, y de 12 de julio de 2001, as. C-157/99, *Smits*, y Sentencia del TPI de 11 de julio de 2007, as. T-167/04, *Asklepios Kliniken*); los servicios de colocación de trabajadores (STJ de 23 de abril de 1991, as. C-41/90, *Höffner y Elser*); los de los de transporte de enfermos (STJ de 25 de octubre de 2001, as. C-475/199, *Glöckner*) y el suministro de infraestructuras auxiliares a las viviendas sociales, Decisión de la Comisión relativa a la ayuda N 395/05 Garantías para préstamo para sistemas de infraestructura social financiados por la agencia de financiación de la vivienda, DOC 77, de 5.4.2007.

advertencia previa, quizás menos evidente: el régimen de gestión de los SIEG queda al entero criterio de los Estados miembros, sin que el Derecho europeo adopte, en vía de principio, opción alguna al respecto.

Efectivamente, tal y como los Servicios de la Comisión Europea ha tenido ocasión de aclarar, «queda al pleno criterio de las autoridades públicas la decisión de si prestan un servicio por sí mismas o lo encomiendan a un tercero (externalización)», siendo así que «las reglas sobre la contratación pública sólo resultan aplicables si la autoridad pública decide externalizar la prestación del servicio mediante su encomienda a un tercero a cambio de remuneración»¹⁰. En esta sencilla afirmación se pone de manifiesto uno de los tres principios que inspiran el régimen de los SIEG: el de libertad, cuya primera expresión es la libertad de los Estados miembros para determinar cuáles sean estos Servicios y, de forma sucesiva, su propio alcance en cuanto a las concretas técnicas en las que encuentren materialización –a salvo los «errores manifiestos» y las precisiones del Derecho derivado–. En definitiva, así queda expresado en el propio art. 14 TFUE, cuando prescribe que la competencia del Parlamento y del Consejo para establecer, mediante reglamentos, los «principios y condiciones, en particular económicas y financieras», que permitan a los SIEG cumplir su cometido, se ejercerá «sin perjuicio de la competencia que incumbe a los Estados miembros, dentro del respeto a los Tratados, para prestar, encargar y financiar dichos servicios». «Prestar» o «encargar», pues, son expresiones que se utilizan indistintamente, lo que supone concebir tanto la gestión directa como la indirecta de los SIEG, sin condicionantes. En ello abunda, sin duda, el art. 1.1 del Protocolo 26 anexo al Tratado, afirmando que cuando el citado art. 14 apela a los valores comunes de la Unión en relación con los SIEG incluye, entre otros, «el papel esencial y la amplia capacidad de discreción de las autoridades nacionales, regionales y locales para *prestar, encargar* y organizar los servicios de interés económico general lo más cercanos posible a las necesidades de los usuarios».

Queda, pues, en principio, a criterio de los Estados miembros –léase, en nuestro caso, del Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades locales, aun con los matices que después veremos– identificar qué concretas actividades económicas merecen la consideración de SIEG. Siempre a salvo los supuestos en los que el propio Derecho derivado sectorial identifique determinadas actividades bajo esta categoría –como en el caso de las telecomunicaciones o el sector postal–, fijando estándares europeos de garantía en su prestación a través de la imposición de técnicas específicas *ad hoc*¹¹. Fuera de estos casos, la libertad de los Estados miembros para identi-

10. En el documento de trabajo de los servicios de la Comisión titulado «Guía sobre la aplicación de las reglas de la Unión Europea sobre ayudas de estado, contratación pública y mercado interior a los servicios de interés económico general, y en particular a los servicios sociales de interés general» [SWD(2013) 53 final, pp. 30 a 32]. La traducción del título es nuestra, si bien la versión en español del documento está disponible en http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/new_guide_eu_rules_procurement_es.pdf.

11. Vid. epígrafes 22 y 55 de la Comunicación de 2000. De hecho, la ya citada Comunicación de la Comisión de 20 de noviembre de 2007 (LCEur 2007, 2330), «Servicios de interés

car sus propios SIEG sólo encuentra límite en el control de los «errores manifiestos» que puedan evidenciar la Comisión o el Tribunal de Justicia para evitar los abusos de los Estados a la hora de identificar actividades como SIEG con su efecto exceptuador de las reglas de la libre competencia¹². La práctica ha venido a mostrar, con todo, supuestos discutibles¹³, como ha sido recientemente el caso de la negativa a considerar como SIEG los programas de extensión de la Televisión de Banda Ancha en España aplicados por autoridades españolas, que el Tribunal General ha refrendado en varias sentencias de noviembre de 2015 que están pendientes de casación ante el TJUE¹⁴.

general, incluidos los sociales: un nuevo compromiso europeo», habla, respecto de la identificación de los SIEG, de «responsabilidad compartida».

12. En los términos del apartado 63 de la Sentencia del Tribunal General de 28 de noviembre de 2015 que transcribiremos en la nota 14, «la capacidad de un Estado miembro para definir los SIEG no es ilimitada y no puede ejercerse de forma arbitraria con el único fin de evitar que a un sector concreto se le apliquen las normas sobre competencia (sentencia *BUPA y otros/Comisión*, citada en el apartado 60 *supra*, EU:T:2008:29, apartado 168). Para poder ser calificado de SIEG, el servicio en cuestión debe revestir un interés económico general que posea características específicas respecto al de otras actividades económicas (sentencias de 10 de diciembre de 1991, *Merci convenzionali porto di Genova*, C-179/90, Rec, EU:C:1991:464, apartado 27, y de 17 de julio de 1997, *GT-Link*, C-242/95, Rec, EU:C:1997:376, apartado 53)».
13. El documento de trabajo de la Comisión de 2013, p. 24, ofrece ejemplos al respecto.
14. Se trata del caso de las medidas adoptadas por las autoridades públicas españolas para garantizar que la señal de televisión digital terrestre (TDT) llegase a las zonas remotas del territorio en las que solo vive un 2,5% de la población, respecto de las que la Comisión rechazó que se tratase de SIEG a los efectos de aplicarles el régimen especial de las ayudas de Estado al que volveremos en el texto, puesto que, por más que la Comisión reconoció que, desde un punto de vista material, el mercado no ofrecería dicho servicio en ausencia de intervención pública, rebate, desde un punto de vista formal, que el pretendido SIEG fuera «claramente» definido y encomendado por las autoridades públicas. Tal planteamiento ha sido refrendado por el Tribunal General, entre otras, en la Sentencia de su Sala Quinta de 26 de noviembre de 2015 (asunto T-465/13, Comunidad Autónoma de Cataluña y CTTI/Comisión), contra la que se interpuso recurso de casación. De la misma fecha es la sentencia dictada en el asunto T-461/13, Reino de España c. Comisión, en cuyo Fundamento 61 se afirma que «según reiterada jurisprudencia, los Estados miembros disponen de un amplio margen de apreciación a la hora de definir lo que consideran un SIEG y, en consecuencia, la definición de estos servicios por parte de un Estado miembro sólo puede ser cuestionada por la Comisión en caso de error manifiesto (véanse las sentencias de 15 de junio de 2005, *Olsen/Comisión*, T-17/02, Rec, EU:T:2005:218, apartado 216; de 22 de octubre de 2008, *TV2/Danmark y otros/Comisión*, T-309/04, T-317/04, T-329/04 y T-336/04, Rec, EU:T:2008:457, apartado 101, y de 6 de octubre de 2009, *FAB/Comisión*, T-8/06, EU:T:2009:386, apartado 63). En efecto, al no existir una normativa de la Unión armonizada en la materia, la Comisión no está facultada para pronunciarse sobre la amplitud de la misión de servicio público que incumbe a la entidad explotadora pública, a saber, el nivel de los costes vinculados a dicho servicio, ni sobre la oportunidad de las opciones políticas que las autoridades nacionales asuman al respecto, ni sobre la eficacia económica de la

El alcance del principio de libertad no se agota, como esta jurisprudencia pone de manifiesto enlazando con el art. 1.1 del Protocolo 26, más arriba transcrito, en la identificación de qué actividades deban ser consideradas como SIEG, sino que alcanza a la configuración misma del Servicio, particularmente en punto al régimen de su gestión –y financiación–.

Las autoridades nacionales, regionales y locales, disponen, en efecto, de un amplio margen para decidir si *prestar* o *encargar* los SIEG. En ello abunda, no casualmente, la Directiva 2014/23/UE (LCEur 2014, 535) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, *relativa a la adjudicación de contratos de concesión*, y lo hace también –lo cual es revelador– la Directiva 2014/24/UE (LCEur 2014, 536) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, *sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE* (LCEur 2004, 1837, 3331 y LCEur 2005, 2862), en cuyo sentido y alcance tendremos ocasión de detenernos. Baste ahora con poner de manifiesto que el cdo. 5 de la primera afirma que la Directiva «reconoce y reafirma el derecho de los Estados miembros y las autoridades públicas a determinar los medios administrativos que consideren más adecuados para (...) la prestación de servicios. En concreto, la presente Directiva no debería menoscabar en modo alguno la libertad de los Estados miembros y de las autoridades públicas para (...) *prestar servicios directamente al público o para externalizar tal suministro mediante delegación a terceros*». Para concluir que unos y otras «deberían continuar siendo libres para definir y especificar las características de los servicios que hayan de prestarse, incluidas las eventuales condiciones relativas a la calidad o el precio, de conformidad con el Derecho de la Unión, con el fin de lograr sus objetivos de interés público», con carácter previo a recordar, en el cdo. 6, que, aplicándose como se aplica la Directiva a los SIEG, la misma «se entiende sin perjuicio de la libertad de las autoridades nacionales, regionales y locales para definir, de conformidad con el Derecho de la Unión, los servicios de interés económico general, su ámbito de aplicación y las características del servicio, incluidas las eventuales condiciones relativas a la calidad del servicio, con el fin de lograr sus objetivos de interés público» y sin menoscabo de la competencia de dichas autoridades para «*prestar, encargar y financiar los SIEG, de acuerdo con el art. 14 TFUE y el Protocolo nº 26*». En términos similares se pronuncian los cdos. 5 a 7 de la Directiva sobre contratación pública.

La opción por *prestar* los SIEG pasa, en definitiva, por la gestión directa del correspondiente servicio, sea con la propia organización o a través de una estructura «in-house»¹⁵. La viabilidad de esta opción viene a refrendarse con la apelación, respecto de los SIEG, al principio de neutralidad entre operadores públicos y privados,

entidad explotadora pública (véanse, en este sentido, las sentencias de 27 de febrero de 1997, FFSA y otros/Comisión, T-106/95, Rec, EU:T:1997:23, apartado 108, y de 1 de julio de 2010, M6 y TF1/Comisión, T-568/08 y T-573/08, Rec, EU:T:2010:272, apartado 139 y jurisprudencia citada).

15. Así se destaca en la Guía de 2013 más arriba citada, aps. 198 y 199, haciendo referencia a la jurisprudencia sobre las estructuras «in-house» a los efectos de la exclusión de las exigencias del Derecho europeo de la contratación pública. Sobre ello volveremos *infra*.

algo que, por otra parte, encaja propiamente en las previsiones del artículo 345 TFUE (antiguo 295 TCE [LCEur 1986, 8]) cuando afirma que los Tratados no juzgan en modo alguno el régimen de propiedad de los Estados miembros¹⁶. Sólo la entrada en juego del tercer principio aplicable, el de proporcionalidad, pudiera llegar a condicionar el alcance de una libertad de criterio, en lo que hace a las opciones de gestión, que ni la Comisión Europea en sus documentos, ni las propias Directivas de contratos públicos y de concesiones, parecen querer limitar¹⁷.

La opción alternativa –y libre– por *encargar* los SIEG viene condicionada, como advertíamos, por el régimen de contratación pública y el de las ayudas de Estado –en conexión, inexorable, con la cuestión de su financiación–. En ello nos detendremos a continuación.

III. LA GESTIÓN POR TERCEROS DE LOS SIEG: LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO TÉCNICA PARA SU «ENCOMIENDA» A LA LUZ DEL CONTROL DE LAS AYUDAS DE ESTADO

La excepcionalidad del régimen de los SIEG respecto de las reglas de la libre competencia encuentra una particularísima manifestación en relación con el régimen de las ayudas de Estado. La tradicional opción por financiar, con fondos públicos, la prestación de los SIEG pone el foco en la necesidad de controlar, desde la lógica del mercado –se trata de actividades económicas, no lo olvidemos– tales flujos de financiación pública, para evitar que constituyan ayudas prohibidas en aras a la libre competencia. Desde esta perspectiva, el *encargo* de la prestación de un SIEG queda evidentemente condicionado.

La particularidad de los SIEG vis a vis el control de las ayudas de Estado ha dado lugar a un régimen específico que, derivado en último término del propio art. 106.2 TFUE, ha quedado constituido por un Paquete regulatorio *ad hoc* aprobado por la Comisión Europea entre finales de 2011 y principios de 2012¹⁸ para orientar

16. Es expresiva la Guía recién citada cuando afirma taxativamente que «las autoridades públicas no están sometidas a ninguna obligación de privatizar los prestadores de los SIEG» (p. 39).
17. Los tres principios son descritos en la Comunicación de la Comisión de 2000 (aps. 21 a 23), citada en la nota 4. En lo que hace al principio de proporcionalidad, se afirma que «implica que los medios utilizados para cumplir la misión de interés general no crearán distorsiones innecesarias al comercio. Concretamente, hay que asegurar que ninguna restricción a las normas del TCE y, en especial, las restricciones de la competencia y las limitaciones de las libertades del mercado interior excedan lo necesario para garantizar el cumplimiento efectivo de la misión (de servicio público)». Por más que un tal planteamiento pudiera traducirse en una preferencia por la gestión indirecta –cuando menos, en convivencia con la directa– ni la Comisión ni la jurisprudencia avanzan ningún argumento al respecto.
18. El Paquete, al que acompaña la Comunicación a la que haremos referencia inmediatamente en el texto, está compuesto por la Decisión nº 2012/21/UE de la Comisión, de 20 de diciembre de 2011, *relativa a la aplicación de las disposiciones del art. 106, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las Ayudas estatales en forma de*

sobre su propia labor en aplicación de los cuatro criterios acuñados por la «histórica» sentencia *Altmark*, de 24 de julio de 2003¹⁹. Y ello en el bien entendido de que sólo concurriendo todos y cada uno de estos criterios existe *compensación* por la prestación de un SIEG y no propiamente ayuda pública.

De entre estos cuatro criterios identificados de forma inexorablemente conexas, el primero supone que la empresa beneficiaria debe estar efectivamente *encargada* de Obligaciones de Servicio Público claramente definidas²⁰. De una «misión específica de servicio público» en los términos del art. 106.2 TFUE, lo que implica la prestación de servicios que por sí mismos o por las condiciones en que se prestan se escapen de la lógica puramente empresarial. Juega aquí, pues, el principio de subsidiariedad, que ha de inspirar el escrutinio de los errores manifiestos, de modo que, tal y como se expresa la Comisión en su *Comunicación relativa a la aplicación de las normas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales a las compensaciones concedidas por la*

compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general (C[2011] 9380 final); el *Marco de la Unión Europea sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público*, también de 20 de diciembre de 2011 (C(2011) 9406 final [SEC (2011) 1581. SEC (2011) 1582], y el Reglamento (UE) n° 360/2012 de la Comisión de 25 de abril de 2012 (LCEur 2012, 547) *relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas «de minimis» concedidas a empresas que prestan servicios de interés económico general* (DOCE L 114/8, de 26.4.2012). Al alcance de cada uno de estos instrumentos nos referiremos *infra*, nota 30. Sobre el Paquete regulatorio de referencia, *vid.* CARLÓN RUIZ, M., «¿Crisis de servicio público en tiempos de crisis?», *op. cit.*

19. STJ de 24 de julio de 2003 (as. C-280/00, *Altmark Trans*), calificada por la propia Comisión Europea como «histórica» en su *Libro Blanco sobre los Servicios de Interés General*, aprobado por la Comisión el 12 de mayo de 2004 [COM(2003) 270 final]. Ha sido, de hecho, objeto de múltiples comentarios, como los de SANTAMATO, S. y PESARESI, N., «Compensation for services of general economic interest: some thoughts on the *Altmark* ruling», en *Competition Policy Newsletter* 1/2004, pp. 17-21, quienes ofrecen una interpretación cualificada desde su condición de miembros de la Dirección General de la Competencia de la Comisión Europea; BOISSARD, B., «Les compensations de service public consacrées par la Cour de justice des Communautés européennes Commentaire des affaires *Altmark trans*, Gemoet Enirisorse», en *Revue du Droit public et de la science politique en France et a l'étranger* 4/2004, pp. 1173-1190, y, en esta misma Revista, ACIERNO, S. y BAQUERO CRUZ, J., «La sentencia *Altmark* sobre ayudas de Estado y servicios públicos», n° 9, 2004, pp. 169-190, quienes advierten que la sentencia deja abiertas no pocas cuestiones. Más recientemente, ALBUQUERQUE MATOS, N., «The Role Of The BUPA Judgement In The Legal Framework Of The Services Of General Economic Interest», *Tilburg Law Review*, 16 (2011), p. 84.
20. Así lo venía requiriendo ya la jurisprudencia: *vid.* Sentencias de 30 de enero de 1974, as. 127/73 *BRT v. Sabam*, en la que se descarta que este sea el caso respecto de una empresa gestora de derechos de autor (ap. 24), y de 11 de abril de 1989, as. C-66/86, *Ahmed Saeed*, en la que se traslada a las autoridades nacionales la responsabilidad de verificar si a una compañía aérea se le ha encomendado efectivamente la explotación de líneas no rentables «mediante un acto propio del poder público».

prestación de servicios de interés económico general, de 20 de diciembre de 2011²¹, «no resultaría adecuado vincular obligaciones específicas de servicio público a una actividad que ya efectúan, o pueden efectuar satisfactoriamente y en condiciones, tales como el precio, las características de calidad objetivas, la continuidad y el acceso al servicio acordes con el interés público, definido por el Estado, empresas que operan en condiciones normales de mercado».

Bajo estos parámetros, el encargo de las misiones de servicio público debe producirse a través de un *acto de atribución* específico. Tal *acto de atribución* de un SIEG puede ser legal o regulatorio, si bien será prioritariamente contractual²². De hecho, la atribución específica mediante el procedimiento contractual exime, por sí misma, del cumplimiento del cuarto requisito, que exige la ponderación *ex post* de la compensación como alternativa, precisamente, a la selección mediante un procedimiento de contratación²³; y facilita –que no garantiza, sobre ello volveremos– el cumplimiento de los otros dos: la predefinición de los criterios de cálculo de la compensación, que deben quedar establecidos de forma objetiva y transparente, y la prohibición de sobrecompensación.

En rigor, para la selección de la empresa encargada de la prestación del SIEG, la jurisprudencia Altmark contempla, prioritariamente, un procedimiento de contratación pública, en el entendimiento de que este procedimiento puede permitir seleccionar al prestador a menor coste posible para la colectividad, lo que, en todo caso, se configura como exigencia ineludible²⁴. Por ello, no ha de extrañar que la Comisión de prioridad a este procedimiento: la Comunicación más arriba citada afirma que

21. C(2011) 9404 final. DOUE C 8/4, de 11 de enero de 2012.

22. El control de los errores manifiestos, en los términos del apartado 63 de la Sentencia del Tribunal General de 26 de noviembre de 2015, citada *supra*, también alcanza al «acto del poder público que haya encargado al operador de que se trate de una misión de SIEG y al carácter universal y obligatorio de esta misión (véase la sentencia de 7 de noviembre de 2012, CBI/Comisión, T-137/10, Rec, EU:T:2012:584, apartados 100 y 101 y jurisprudencia citada)». De hecho, a partir de este planteamiento, la sentencia descarta que en el caso del despliegue de las redes de TDT en España se haya dado cumplimiento al primer criterio Altmark.

23. Según este criterio, la compensación deberá calcularse *ex post* sobre la base de un análisis de los costes que, obviando la referencia al concreto prestador, introduzca criterios de eficiencia, calculando dichos costes según los que habría soportado una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable. En ello ha insistido, no sin matices, la jurisprudencia posterior, entre la que destaca la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de febrero de 2008, dictada en el as. T-289/03, BUPA. Vid. al respecto BUENDÍA SIERRA, J. L., *Finding the Right Balance: State Aid...*, *op. cit.*, p. 200, y ALBUQUERQUE MATOS, N., *The Role Of The BUPA Judgement...*, *op. cit.*, p. 84.

24. Según se afirma en la Comunicación de continua referencia, ap. 65, «según jurisprudencia del Tribunal de Justicia, un procedimiento de contratación pública solo descarta la existencia de ayuda estatal cuando haga posible la selección del licitador capaz de prestar el servicio originando «el menor coste para la colectividad». En ello redundan el ap. 68.

llevar a cabo un procedimiento de contratación pública abierto, transparente y no discriminatorio acorde con las Directivas 2004/17/CE (LCEur 2004, 1836, 3402 y LCEur 2005, 2637) y 2004/18/CE (RCL 1978, 2836) –vigentes en el momento de su aprobación– es «la forma más sencilla de que las autoridades públicas cumplan el cuarto criterio Altmark», incluso aunque no exista obligación legal. A tales efectos, la Comisión precisa seguidamente que son aceptables tanto un procedimiento abierto como, potencialmente, un procedimiento restringido si se ofrecen motivos válidos para impedir concurrir; mientras que los procedimientos de diálogo competitivo y negociado con publicidad sólo serían aceptables excepcionalmente; a lo que se añade que el precio más bajo, en todo caso, y la oferta económicamente más ventajosa, aplicada incorporando criterios –incluidos, en su caso, los medioambientales y sociales–, que permitan igualar el valor de mercado²⁵, son criterios de adjudicación coherentes con la jurisprudencia Altmark (aps. 63 a 67).

De hecho, la conexión de la evaluación de la financiación de los SIEG desde la perspectiva de las ayudas de Estado con el régimen de contratación pública se evidencia en el dato revelador de que la aprobación del nuevo paquete Altmark se produjo en paralelo con la presentación de la Propuesta de Directiva de contratación pública²⁶ que finalmente ha sido aprobada como Directiva 2014/24 (LCEur 2014, 536). No en vano, objetivo confesado de lo que entonces era Propuesta de Directiva –según hizo expreso la Comunicación «Un marco de calidad para los Servicios de Interés General en Europa», ya citada– era promover una mejor calidad en la provisión de los SIEG²⁷.

Con todo, la utilización de un procedimiento contractual no es, por sí misma, garantía de cumplimiento de los requisitos *Altmark*. A través del procedimiento deben quedar perfectamente delimitadas las Obligaciones de Servicio Público impuestas, esto es evidente²⁸. Lo que supone concretar, como mínimo, según especifica la

25. Se trata, en definitiva, según aclara la Comisión, de hacer posible que la competencia efectiva minimice las ventajas para el licitador seleccionado.

26. *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Public Procurement* [COM(2011) 896 final, de 20.12.2011].

27. Según explica la Comunicación, p. 7, las reformas propuestas se concentran en cuatro pautas: el sometimiento de los servicios sociales y de salud a un régimen más suave que, a su vez, incentive el uso del criterio de oferta económicamente más ventajosa en vez de la del precio más bajo; especial consideración a las relaciones contractuales entre autoridades públicas; introducción de reglas específicas, en términos de procedimiento y criterio de adjudicación, en relación con los contratos relativos a la prestación de SIEG e introducción de un régimen propio para las concesiones. De todos estos objetivos el tercero ha quedado finalmente desatendido.

28. En los términos de la Sentencia de 26 de noviembre de 2015, ya citada, «con respecto a los contratos públicos celebrados entre la Administración pública y los operadores concernidos, es cierto que, según la jurisprudencia, la atribución de la misión de servicio público puede nacer también de actos convencionales, siempre que emanen del poder público y sean obligatorios, *a fortiori* cuando esos actos concretan las obligaciones impuestas por la legislación (véase la sentencia CBI/Comisión, citada en el apartado 63 *supra*,

Comisión en su Comunicación sobre las ayudas de Estado (ap. 52), el contenido y la duración de dichas obligaciones; el territorio afectado; la naturaleza de cualesquiera derechos exclusivos o especiales atribuidos a las empresas por la autoridad en cuestión; los parámetros aplicados al cálculo, control y revisión de la compensación; y las modalidades para evitar y recuperar las posibles compensaciones excesivas.

Estas dos últimas precisiones –claves– conectan con los requisitos segundo y tercero de la jurisprudencia Altmark, cuyo cumplimiento, como quedó anunciado, se ve facilitado, pero no garantizado, por el procedimiento contractual. Para evitar que se confiera una ventaja económica que pueda favorecer a la empresa beneficiaria respecto a sus competidoras, el cálculo de la compensación por las obligaciones de servicio público impuestas debe quedar predeterminado en el proceso contractual, según parámetros objetivos y transparentes, asegurando que no se supera el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de dichas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable, entendido como el coeficiente de rendimiento de capital que requeriría una empresa media que estuviera considerando si prestar o no el SIEG a lo largo de toda la duración del periodo de atribución, teniendo en cuenta el nivel de riesgo –lo que cobrará, en relación con las concesiones, especial relevancia–, con la posibilidad de introducir criterios incentivadores relativos, en particular, a la calidad del servicio prestado y a los incrementos de la eficiencia productiva²⁹. Para poder concluir que no hay ayuda en los términos de la jurisprudencia Altmark, la configuración económico-financiera del contrato debe asegurar estas pautas al cuantificar los flujos públicos que, en su caso, estén previstos para la financiación de las correspondientes Obligaciones de Servicio Público. De no ser así, entrarán en juego los distintos instrumentos del Paquete del régimen de ayudas sobre los SIEG, determinando o no la exigencia de notificación³⁰.

EU:T:2012:584, apartado 109 y jurisprudencia citada)», lo que enlaza con la afirmación de que «en el presente asunto, el Reino de España no ha aportado ningún contrato que permita respaldar su afirmación», para concluir con la advertencia de que «por el mero hecho de que un servicio sea objeto de un contrato público, tal servicio no reviste automáticamente, sin ninguna precisión de las autoridades correspondientes, la calidad de SIEG en el sentido de la sentencia Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg, citada en el apartado 17 *supra* (EU:C:2003:415)».

29. Siendo así que el coeficiente de rendimiento de capital se identifica como la tasa interna de rentabilidad (IIR) que la empresa logra sobre su capital invertido en toda la duración del proyecto, es decir, el IIR sobre los flujos de efectivo del contrato. Ap. 61 de la Comunicación de diciembre de 2011.
30. Tal y como hemos adelantado, sólo si se cumplen las cuatro condiciones Altmark no existe ayuda, sino *compensación* por la prestación de un SIEG; situación que se asimila, aún no cumpliéndose tal cuádruple requisito, cuando la financiación pública no supere el umbral que se fija en el Reglamento *de minimis* aprobado en 2012. A falta de alguno de los requisitos y por encima del umbral *de minimis*, existirá ayuda, si bien no se requerirá su notificación previa, en el caso de que se trate de los tipos de servicios fijados en la Decisión de 2011 o, en todo caso, que las compensaciones no superen el umbral fijado en la misma

Hemos concluido, pues, que acudir a un procedimiento contractual para materializar el «acto de atribución» de un SIEG puede suplir las exigencias del Derecho europeo sobre las ayudas de Estado. El Derecho europeo de la contratación pública no ofrece, sin embargo, una respuesta única cuando se proyecta sobre los SIEG. En estos términos, el nuevo Paquete de la contratación pública, al incluir como novedad una Directiva de Concesiones, no ha venido a integrar en la misma, frente a lo que una aproximación simplista –influida por la propia terminología leída en clave interna– pudiera dar a entender, una consideración única para los SIEG desde la perspectiva de la contratación pública. De hecho, sigue abierta la posibilidad de que los SIEG sean objeto de una concesión o de un contrato de servicios, en función de un criterio distintivo ya consolidado –la asunción o no del riesgo por el concesionario/contratista– y ello siempre y cuando se cumplan los criterios objetivos y cuantitativos que marcan el ámbito de las correspondientes Directivas. Veamos en qué términos.

IV. LA CONSIDERACIÓN DE LOS SIEG POR EL DERECHO EUROPEO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

El Derecho europeo de la contratación pública no presta una atención específica a los SIEG. Ni lo ha hecho en los anteriores Paquetes de Directivas, ni lo hace en el vigente Paquete de «cuarta generación»³¹, por más que entre las Directivas que integra incorpore por primera vez una Directiva de concesiones, que regula las de obras junto con las de servicios. Esto ha supuesto, antes y ahora, que no existiendo un tipo contractual específico para los SIEG, se hace necesario partir del carácter servicial de las prestaciones que están en la base de los mismos –obviando sus connotaciones de «interés general», que los cualifican, sin que desde el Derecho europeo de la contratación se extraiga efecto alguno al respecto– para asumir que las mismas pueden ser objeto bien de una *concesión* de servicios, bien de un *contrato* de servicios, en función de si se transfiere o no el riesgo operacional al contratista. Elemento común es que el servicio se preste a cambio de remuneración; elemento distintivo, la caracterización de tal remuneración.

Uno y otro supuesto, con todo, se presentan con matices, dado que las respectivas Directivas de aplicación –la Directiva 2014/23 (LCEur 2014, 535), respecto de las

Decisión, siempre y cuando se cumplan sus condicionantes específicos. Fuera de estos supuestos, la ayuda deberá ser notificada, si bien se considerará compatible a la luz de los criterios establecidos en el Marco de 2011.

31. Una visión general sobre el nuevo paquete de Directivas, que responde a objetivos como el de garantizar la mayor eficiencia en el gasto público y profundizar en el mercado interior del sistema público de compras, en GIMENO FELIÚ, J. M^a, «Las nuevas Directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en la compra pública», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n^o 159, 2013, cuando todavía eran propuestas; y «La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad», Ponencia al IX Congreso de la AEPDA, febrero de 2015. Así como en RAZQUÍN LIZÁRRAGA, M. M^a, «Las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos claves y propuestas para su transposición en España», en *Revista de Administración Pública*, n^o 196, 2015.

concesiones; la Directiva 2014/24 (LCEur 2014, 536), respecto del contrato de servicios— tienen su ámbito de aplicación delimitado en función de criterios cuantitativos y materiales. Si bien esto no supone que todos los contratos que queden extramuros sean indiferentes para el Derecho europeo de la contratación —no lo serán los «de interés transnacional»—, al menos en vía de principio, debemos asumir, desde este momento, que no todos los SIEG quedan, en todo caso, sometidos al Derecho europeo de la contratación. Y ello en el bien entendido de que, como es bien sabido, el Derecho europeo no es exhaustivo en la regulación de los regímenes contractuales, por más que las nuevas Directivas hayan dado un paso en punto a la ordenación de la ejecución de los contratos, particularmente en lo que hace al régimen de su modificación.

La complejidad de la cuestión merece el análisis detenido de cada uno de los supuestos, partiendo del más asentado contrato de servicios³².

1. LA PRESTACIÓN DE SIEG A TRAVÉS DE CONTRATOS DE SERVICIOS: LA DIRECTIVA 2014/24/CE COMO REFERENTE

La encomienda de la prestación de un SIEG a cambio de una remuneración fija encuentra, en principio, acomodo, en el seno de la Directiva 2014/24/CE. Lo determinante será, en todo caso, que se superen los umbrales establecidos en la Directiva, que son distintos para los servicios sociales, de salud, de educación y de cultura, sin que se incorpore ya, como en su antecedente inmediato, en su Anexo II, un listado tasado de servicios sometidos a la Directiva, vinculados con distinto alcance según estuvieran incluidos en sus apartados A o B, por más que la nueva Directiva excluya de su ámbito de aplicación algunos servicios en particular, como los de protección civil o los servicios públicos de transporte por ferrocarril o metro (art. 10). El umbral ordinario de los 134.000 euros para los organismos centrales y 207.000 para los subcentrales se amplía a los 750.000 en el caso de los servicios cualificados. Y ello en el bien entendido de que, aun cuando un contrato para la encomienda de un SIEG no supere los umbrales fijados por la Directiva 2014/24/EC, y siempre que en él concurra «interés transnacional», el contrato quedará sometido a las normas y principios de la legislación de la UE en los términos que explicaremos posteriormente.

Que la prestación de un SIEG puede encontrar perfecto encaje en la Directiva de contratos públicos, se confirma, por vía de exclusión, a la vista de una de las

32. A estos efectos, pueden servir de referencia las precisiones de la Guía de los Servicios de la Comisión referenciada en la nota 10, por más que por su fecha, 2013, se refiera a la Directiva 2004/18 (LCEur 2004, 1837, 3331 y LCEur 2005, 2862) y no incorpore la Directiva de concesiones. Obsérvese, al respecto, que la Guía se refiere, de forma un tanto impropia, a «contratos de servicio público», si bien es una categoría que, como tal, no existía en el seno de la Directiva de 2004, como no existe en las Directivas de 2014. El término aparece, no obstante, en el Reglamento (CE) 1370/2007, de 23 de octubre de 2007 (LCEur 2007, 2015), sobre los Servicios Públicos de Transporte de Viajeros por Ferrocarril y Carretera, sin que necesariamente se corresponda con un proceso propiamente contractual.

novedades que –matizando la jurisprudencia previa– introduce la Directiva respecto de su antecesora, en relación con lo que podríamos calificar de operaciones de cooperación entre poderes adjudicadores a los efectos de «garantizar los servicios públicos que les incumben» (*sic*)³³. Siendo este el fin de un contrato celebrado exclusivamente entre dos o más poderes adjudicadores, sin que se exija adoptar «una forma jurídica particular»³⁴, cuando «el desarrollo de dicha cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público», incluidas las transferencias financieras entre los poderes adjudicadores participantes, y siempre que los poderes cooperantes realicen en el mercado abierto un máximo del 20% de las actividades objeto de la cooperación³⁵, el referido contrato quedará fuera del ámbito de aplicación de la Directiva, tal y como establece su art. 12.4 –y, en términos equivalentes, lo cual es bien significativo, el art. 17.4 de la Directiva de concesiones, que analizaremos en el siguiente epígrafe–.

Es de advertir que esta fórmula de cooperación para la prestación de «servicios públicos» es distinta de las relaciones «in-house», que igualmente se contemplan –para excluirlas– en el mismo artículo de la Directiva, bajo parámetros de «control análogo» más restrictivos que los previstos en la Directiva precedente³⁶. La proyección de estas previsiones sobre el particular ámbito de la gestión de los SIEG cobra especial interés respecto del requisito de que «no exista participación

33. *Vid.*, entre otras, las SSTJ de 19 de diciembre de 2012, dictada en el as. C-159/11, *Ordine degli Ingegnerie della Provincia di Lecce y otros*, y de 13 de junio de 2013, as. C-386/11, *Piepenbrock*. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L., «La nueva Directiva de concesiones. Un largo viaje con final esperado», Ponencia X Congreso de la AEPDA, Madrid, febrero de 2015, pp. 26-27, respecto de las previsiones, idénticas, de la Directiva de concesiones, da cuenta de los criterios *flexibilizadores* de la jurisprudencia previa que introduce la Directiva, llamando la atención, lo cual es revelador, sobre el dato de que no se excluye que pueda haber participación privada en cualquiera de los dos poderes adjudicadores.

34. Según precisa el cdo. 33 de la Directiva –y, en términos equivalentes, el 47 del de la de concesiones–. Los mismos considerandos precisan, sucesivamente, que la cooperación en cuestión «puede abarcar todo tipo de actividades relacionadas con la ejecución de los servicios y responsabilidades que hayan sido asignadas a los poderes participantes o que estos hayan asumido, como las tareas obligatorias o facultativas de las autoridades locales o regionales o los servicios conferidos a organismos específicos de Derecho público», siendo así que los servicios prestados por cada parte no han de ser necesariamente idénticos, «pudiendo ser complementarios». Por otra parte, «mientras se hayan contraído compromisos de contribuir a la ejecución cooperativa del servicio público de que se trate, no es necesario que todos los poderes participantes asuman la ejecución de las principales obligaciones contractuales».

35. Ateniéndonos a las aclaraciones de los cdos. de sendas Directivas, esta última condición tiene como fin evitar que «ninguna empresa de servicios privada se encuentre en una situación ventajosa frente a sus competidores».

36. Particularmente el requisito del control análogo puede ser ejercido en vía indirecta o interpuesta a través de una personificación intermedia controlada por el poder adjudicador, tal y como prevé el último párrafo del mismo art. 17.1.

directa de capital privado en la persona jurídica controlada»³⁷. Esta exclusión de la excepción de las operaciones «domésticas» de las empresas de economía mixta –con la consecuencia de su sometimiento a la Directiva–, es coherente con el sentido de la *Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada*, de abril de 2008³⁸, que asume que puede integrarse en una sola operación contractual –sea por la vía de un contrato público o una concesión, conviene advertirlo– la selección del inversor privado y la adjudicación del correspondiente contrato o concesión así creada, si bien no puede excluirse de la aplicación de las reglas de la contratación que resulten aplicables las adjudicaciones sucesivas, de otros contratos o concesiones, a la entidad de economía mixta en su momento creada³⁹.

Con todo, la excepción de la excepción queda excluida –en un nuevo bucle que implica la aplicabilidad de la Directiva– respecto de las «formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por las disposiciones legales nacionales, de conformidad con los Tratados, y que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada», en supuesto que el cdo. 32 de la Directiva identifica con «órganos públicos con afiliación obligatoria, tales como las organizaciones encargadas de la gestión o la prestación de determinados servicios públicos» (*sic*). De nuevo, en términos equivalentes, se pronuncia la Directiva de concesiones que posteriormente analizaremos.

Sea como fuere, de aplicarse en plenitud la Directiva, los correspondientes contratos deben cumplir las exigencias en punto a los procedimientos de adjudicación, que incluyen un nuevo procedimiento, el de «asociación para la innovación», y, como novedad sustancial frente a la anterior Directiva, al régimen de su ejecución –en lo que se refiere a la subcontratación (art. 71), la modificación (art. 72) y la rescisión (art. 73)–, quedando sometidos al régimen de recursos, algo que diferenciaba, hasta la aprobación de la Directiva de concesiones, el régimen de éstas frente a los contratos públicos.

37. El tercer requisito en cuestión, formulado en el apartado b) del mismo art. 12.1 de la Directiva de contratos, exige que «más del 80% de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador».

38. 2008/C 91/02.

39. En los términos literales de la Comunicación, apartado 3, «el TJCE ha observado que las empresas abiertas, incluso parcialmente, al capital privado no se pueden considerar estructuras de gestión “interna” de un servicio público por cuenta de las entidades territoriales a las que pertenecen», con cita de las sentencias dictadas en los as. C-231/03, *Coname*, ap. 26 y C-410/04, *ANAV*, ap. 32. Para proseguir: «De ello se desprende que las normas aplicables a los contratos públicos y las concesiones, tanto si emanan del Tratado CE (RCL 1978, 2836) como de las directivas sobre los contratos públicos, deben cumplirse a la hora de adjudicar a las entidades de capital mixto contratos públicos o concesiones distintos de los licitados en el marco del procedimiento que ha dado lugar a la creación de la CPPI en cuestión».

En relación con la gestión de los SIEG, dentro del régimen de ejecución de los contratos merece la pena destacar dos cuestiones. Particularmente en relación con las modificaciones del contrato, la Directiva distingue según las modificaciones estuvieran o no previstas en la documentación inicial, con la consecuencia de que las modificaciones *sustanciales* –entre las que se encuentran las que alteren, no las que *restablezcan*, el equilibrio económico del contrato a favor del concesionario– exigen una nueva licitación. No la exigirá, en los términos del art. 72.1.d).iii), el supuesto en que el propio poder adjudicador asuma las «obligaciones del contratista principal para con sus subcontratistas»⁴⁰, lo que conduce a interpretar que la asunción de las obligaciones del contratista para con los usuarios del servicio –lo que en Derecho interno se contempla como «intervención» del servicio público– tiene difícil encaje en Derecho europeo.

Caso distinto es el del «rescate» en sentido propio, que no necesariamente queda descartado por las previsiones sobre la rescisión del contrato contenidas en el art. 71, cuya lógica es facilitar la rescisión de los contratos cuando sobrevenidamente se tenga constancia de circunstancias que haya vulnerado o puedan vulnerar el principio de igualdad de trato entre los operadores. A pesar de lo que se ha llegado a defender, su formulación en términos potestativos y abiertos no permite descartar *a radice* que el Derecho interno asuma que la rescisión pueda producirse por razones de interés público⁴¹.

40. Siempre que esta posibilidad esté prevista en la legislación nacional con arreglo al artículo 71.

41. En los términos literales del precepto, «los Estados miembros velarán por que los poderes adjudicadores tengan la posibilidad de rescindir un contrato público durante su período de vigencia, *al menos en las circunstancias que se indican a continuación* y con arreglo a las condiciones determinadas por el Derecho nacional aplicable», cuando el contrato haya sido objeto de una modificación sustancial que hubiera exigido un nuevo procedimiento de contratación; en el caso de que el contratista debiera haber sido excluido del procedimiento de contratación por incurrir en alguno de los motivos de exclusión previstos, o cuando no hubiera debido adjudicarse al contratista en vista del incumplimiento grave de las obligaciones derivadas del Derecho europeo declarado por el Tribunal de Justicia en un procedimiento del art. 258 TFUE. El art. 44 de la Directiva de concesiones introduce unas previsiones equivalentes para la «resolución» de aquéllas, si bien no incorpora expresamente la precisión de que los supuestos contemplados son ampliables. Lo que no ha de ser determinante, sin embargo, para concluir, como, de hecho, ha sostenido GIMENO FELIÚ, J. M^a., «Remunicipalización de servicios locales y Derecho comunitario», *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, n^o 58-59, 2016, pp. 50-71, en opinión de la que se hace eco TORNOS MAS, J., «La remunicipalización de los servicios públicos locales», Ponencia al XXI Congreso Hispano-italiano de Derecho Administrativo, mayo de 2016, basándose en este último artículo, que el Derecho europeo impide la *remunicipalización* de las concesiones. Es revelador a este respecto que en la ficha de impacto del proyecto de *Ordonnance relative aux contrats de concession* publicada el 22 de julio de 2015, pp. 48-50, se afirma que las nuevas disposiciones europeas no ponen en entredicho el régimen de «résiliation unilatérale» definido por el Consejo de Estado francés.

2. LA TRANSMISIÓN DEL RIESGO OPERACIONAL AL CONTRATISTA COMO CRITERIO DETERMINANTE DE QUE LA ENCOMIENDA DE UN SIEG SE CONFIGURE COMO UN CONTRATO DE CONCESIÓN: PARÁMETROS A LA LUZ DE LA DIRECTIVA 2014/23/CE

La Directiva 2014/23/CE (LCEUR 2014, 535), positivizando lo que ya era un criterio asentado en la jurisprudencia, ha venido a establecer reglas específicas para una figura contractual que su predecesora llegó a definir, sin regularla⁴². Lo que cualifica al contrato de concesión⁴³ –que puede ser, en el seno de la nueva Directiva, no sólo de servicios, sino también de obras– frente al contrato público, es el criterio de remuneración del contratista, que ya no se establece con carácter fijo, sino incorporando total o parcialmente el derecho a explotar la obra o servicio, con la consiguiente –y esto es lo clave– traslación al *concesionario* del llamado «riesgo operacional»⁴⁴. Sólo en el caso de que el concesionario asuma, sustancialmente, el riesgo operacional, que puede concretarse en el riesgo de demanda, en el de suministro, o en ambos, el correspondiente contrato podrá ser considerado como «concesión» y no como contrato de servicios. Lo determinante es, en definitiva, que el concesionario quede expuesto a las incertidumbres del mercado o, lo que es lo mismo, que en la configuración económico-financiera del contrato no quede garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el concesionario vaya a recuperar las inversiones realizadas.

42. En los términos del art. 2.4 de la Directiva 2004/18/CE (LCEur 2004, 1837, 3331 y LCEur 2005, 2862), la «concesión de servicios» se reconocía como «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». Con todo, el art. 17 de la misma norma excluía de su ámbito de aplicación las concesiones de servicios así definidas, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones previstas en el artículo 3, que se limitaba a incorporar una cláusula de no discriminación por nacionalidad en relación con los contratos de suministros que pudieran entablar las entidades a las que los poderes adjudicadores hubieran otorgado «derechos especiales o exclusivos para el ejercicio de una actividad de servicio público» (*sic*). Es esta, con todo, la primera vez que se definen las concesiones de servicios en el Derecho positivo, como algo distinto al contrato de servicios, descartando la opción de quienes quisieron ver en la definición de estos contenida en la precedente Directiva 92/50/CE (LCEur 1992, 2431) un espacio para las propias concesiones.

El art. 1.3 incluía una definición equivalente de «concesión de obras públicas», siendo así que a las mismas se les aplicaban algunas reglas específicas, las contenidas en el Título III de la Directiva de referencia. Con todo, la Directiva 89/440/CCE ya había introducido el concepto.

43. Téngase en cuenta que el concepto europeo de concesión abarca tanto un contrato (que es lo que ahora nos interesa), como un acto unilateral. *Vid.* al respecto, la *Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en Derecho comunitario*, de 29 de abril de 2000 (2000/C 121/02), ap. 2.4, a la que posteriormente haremos mención en el texto.

44. *Vid.* STJ de 25 de marzo de 2010 en el asunto C-451/08, *Helmut Müller*, citada por la Guía de 2013.

En estos términos, la Directiva de 2014 no hace sino cristalizar una visión de las concesiones ya asentada en el Derecho europeo⁴⁵, en línea de continuidad con la caracterización expresada en la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en Derecho comunitario de abril de 2000, en la que se conciben las concesiones como una fórmula hábil para integrar las capacidades financieras –y la experiencia– del sector privado en la gestión de los «servicios prestados al público», lo que justifica su «resurgimiento» –*sic*– en un contexto de restricciones presupuestarias⁴⁶. En este contexto, y por lo que al objeto de este trabajo incumbe, es de advertir que en la Comunicación late, sin que se introduzcan precisiones taxativas al respecto, una cierta consideración particular de los SIEG como objeto posible de las concesiones: de hecho, se refiere a los «servicios de interés general» como objeto propio de las mismas y asume que «incide normalmente en actividades que, por su naturaleza, por su objeto y por las normas a las que están sujetas, pueden ser competencia del Estado y para las cuales pueden existir derechos exclusivos o especiales», a la par que afirma taxativamente que se aplica a las relaciones entre poderes públicos y empresas públicas «que tengan encomendadas misiones de interés económico general»⁴⁷. No en vano, y esto es definitivo, se cita el entonces artículo 86 como referente «para orientar a la hora de determinar la legitimidad de la concesión

45. Tal y como pone de manifiesto HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L., «La nueva Directiva de concesiones», *op. cit.*, pp. 4-7, la Directiva pretende armonizar un estatuto jurídico básico de las concesiones y garantizar el acceso de los operadores económicos a los mercados de concesiones en condiciones de igualdad, todo ello como corolario de la situación de inseguridad a que había dado lugar la aplicación divergente de las normas y principios generales del Tratado a los mercados concesionales de los Estados miembros, aun cuando solo en muy concretos casos –en particular, Italia, Francia y España– el Derecho interno hubiera regulado figuras semejantes. Que no idénticas: he ahí la clave, particularmente en el caso español. En este contexto, la aprobación de la Directiva tiene su origen en una iniciativa a este respecto contenida en la Comunicación de la Comisión de 15 de noviembre de 2005 (LCEur 2005, 3127), *sobre colaboración público-privada y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones* (COM 2005 569 final).
46. Es bien ilustrativo que la Comunicación comience por evocar las concesiones que se generalizaron en algunos Estados miembros (entre ellos, España), particularmente para la construcción de grandes infraestructuras ferroviarias y viarias. «La participación del sector privado se ha ido reduciendo» –concluye el epígrafe 1– «a partir del primer cuarto del siglo XX, al favorecer los Estados la realización y la gestión directa de los equipamientos y de los servicios prestados al público».
47. En este sentido, obsérvese que el apartado 6 de la Introducción afirma que la Comisión ha podido «precisar las características propias de las concesiones, distinguiéndolas de los contratos públicos, como consecuencia fundamentalmente de la delegación de servicios de interés general que conlleva este tipo de asociación». La referencia transcrita en el texto se contiene en el ap. 2.2, penúltimo párrafo, y la referencia a las empresas públicas encargadas de misiones de interés económico general, en el apartado 2.4 *in fine*. En la introducción del apartado 3 se advierte que «algunos Estados miembros han considerado a veces que la adjudicación de una “concesión” no estaba sometida a las normas del Tratado porque se trata de una delegación de un servicio público (*sic*) que sólo puede concederse sobre la base de la confianza recíproca (*intuitu personae*)». Interpretación esta

de esos derechos» (ap. 3.1). En esta lógica abunda la propia Directiva, como se deduce, simplemente, de las actividades previstas en su Anexo II para perfilar el alcance expansivo de su ámbito subjetivo por lo que hace a las «entidades adjudicadoras», que aglutinan a los «poderes adjudicadores» junto con las empresas públicas y las entidades a quienes se hayan otorgado derechos especiales o exclusivos (art. 1.2, en sus dos apartados, en conexión con los arts. 6 y 7)⁴⁸.

El perfil definitivo de las concesiones, en la Comunicación y en la Directiva, gira, no obstante, en torno al criterio de la traslación del riesgo al concesionario, lo que no se corresponde necesariamente –y a la inversa– con los SIEG⁴⁹.

Lo determinante es, pues, desde su configuración originaria, que en el contrato de concesión el operador asume el riesgo de la prestación del servicio en cuestión, sin que sea imprescindible ya, aunque puede resultar revelador, que el mismo cobre una parte significativa de su remuneración directamente del usuario, particularmente a través de tarifas –lo que se corresponde, conviene advertirlo, con servicios cuyo receptor es el ciudadano⁵⁰–. Inversamente, no se descarta en términos absolutos que el régimen económico del contrato integre contraprestaciones públicas, si bien

que se descarta, de hecho, por referencia a la STJ de 26 de abril de 1994, dictada en el as. C-272/91, *Lottomatica*.

48. Entre tales actividades está el suministro de gas, calefacción o electricidad a redes destinadas «a prestar un servicio al público»; los servicios de transporte que supongan la puesta a disposición o explotación de redes que presten un servicio al público, «cuando el servicio se preste con arreglo a las condiciones de funcionamiento establecidas por una autoridad competente de un Estado miembro, tales como las condiciones relativas a los itinerarios, a la capacidad de transporte disponible o a la frecuencia del servicio» y actividades relativas a los servicios postales.
49. No podemos compartir plenamente la afirmación de HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L., «La nueva Directiva de concesiones», *op. cit.*, p. 10, cuando, después de destacar que para identificar una concesión son elementos secundarios el que la prestación vaya destinada de forma directa a su utilización por los particulares o que sean éstos quienes retribuyan directamente al concesionario, afirma: «Por consiguiente, no basta con que la actividad se califique como servicio público». La condición de «servicio público» o, más propiamente, de SIEG no es premisa de la concesión, según ha quedado configurada para al Derecho europeo de la contratación pública, por más que no deje de apreciarse, como venimos advirtiendo, que el sustrato *material típico* de las concesiones se compadece más propiamente con los SIEG. Las propias actividades que son objeto de los contratos reconocidos como concesiones por el TJ abundan en la práctica totalidad de los casos en esta conclusión.
50. Esta –la de «tarifas»– es, de hecho, la expresión utilizada por la Comunicación de 2000 para identificar este criterio como uno de los determinantes de la caracterización de la concesión. Con todo, si bien una primera jurisprudencia venía a asumir que el derecho del concesionario a cobrar tales tarifas –entendidas como retribución de los servicios por los usuarios– era por sí mismo caracterizador de la concesión (*vid.* SSTJ de 13 de octubre de 2005, C-458/03, *Parking Brixen*, ap. 46; y de 13 de noviembre de 2008, C-324/07, *Coditel*, ap. 24); desde la STJ de 10 de septiembre de 2009, dictada en el as. C-206/08, *Eurowasser*, este criterio pierde su condición caracterizadora, sirviendo, exclusivamente, como criterio indiciario.

su cuantificación no puede desvirtuar el criterio de la asunción *sustancial* del riesgo por parte del concesionario: en ello confluye, además, no lo olvidemos, la lógica de las exigencias en punto al régimen de las ayudas de Estado, lo que implica –cuando estemos, como ahora interesa– ante un SIEG, que el cálculo de cualesquiera *compensaciones* públicas por la prestación de misiones de servicio público bien delimitadas no incurra en sobrecompensación.

Sobre estas consideraciones volveremos oportunamente. Se trata, ahora, con todo, de insistir en que la propia Directiva 2014/23/UE ha condensado en su art. 5.1, último párrafo, el elemento de la transferencia del riesgo al operador como criterio caracterizador de las concesiones en unos términos coherentes con la jurisprudencia previa al afirmar que «la adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos» –según conceptos que se especifican en el cdo. 20⁵¹–, precisando a renglón seguido que «se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión», de modo que «la parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable»⁵². Y ello en el bien entendido de que un riesgo operacional debe derivarse de factores que escapen al control de las partes –en los términos del ya citado cdo. 20–, lo que no incluye riesgos vinculados a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, por ser riesgos inherentes tanto a contratos públicos como a concesiones.

La transferencia de riesgos no tiene por qué ser total, como advierten los cdos. 18 y 19, si bien cualquier reglamentación pública del régimen concesional –que

51. Que se expresa en los siguientes términos: «Debe entenderse por “riesgo de demanda” el que se debe a la demanda real de las obras o servicios *objeto* del contrato. Debe entenderse por “riesgo de oferta” el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda. A efectos de la evaluación del riesgo operacional, puede tomarse en consideración, de manera coherente y uniforme, el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario».

52. A este respecto, la STJ de 10 de marzo de 2011, as. C-274/09, *Privater Rettungsdienst*, en su apartado 37, precisa que tal riesgo «puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio (véanse, en este sentido, las sentencias de 27 de octubre de 2005, *Contse y otros*, C-234/03, Rec. p. I-9315, apartado 22, y *Hans & Christophorus Oymanns*, antes citada, apartado 74)».

puede incluir, incluso, fórmulas en las que la remuneración proceda únicamente de la parte contratante— debe asegurar que es el concesionario el que asume sustancialmente los riesgos de explotación⁵³. De contrario, una reglamentación que establezca «una garantía en beneficio del concesionario en virtud de la cual se compensen las inversiones y costes sufragados para la ejecución del contrato» o que «aliviase al operador económico de cualquier posible pérdida garantizando unos ingresos mínimos que sean iguales o superiores a las inversiones y los costes» descarta que se esté en presencia de una concesión, sino ante un contrato público de servicios⁵⁴; sin que, inversamente, se pueda pretender que la entidad adjudicadora amplíe las condiciones de competencia y los riesgos económicos existentes en el sector en cuestión como consecuencia de la normativa aplicable, particularmente cuando se trate de «actividades de utilidad pública»⁵⁵.

Bajo esta configuración de la concesión, asentada en la jurisprudencia, la Directiva no es aplicable a cualesquiera servicios. La Directiva descarta, de plano, su aplicabilidad a importantes ámbitos⁵⁶, sea en su consideración genérica —así, en lo que respecta a las concesiones de servicios adjudicadas a un poder adjudicador o a una entidad adjudicadora, o a una asociación de tales poderes o entidades, sobre la base de un «derecho exclusivo» (art. 10.1)⁵⁷—, sea en su consideración sectorial,

53. En los términos literales del cdo. 18, «hay que aclarar que ciertos regímenes en los que la remuneración procede exclusivamente del poder adjudicador o la entidad adjudicadora pueden considerarse concesiones si la recuperación de las inversiones y costes que hubiera satisfecho el operador para la ejecución de las obras o la prestación de los servicios depende de la demanda o del suministro efectivos de esos bienes o servicios». El cdo. 19, por su parte, precisa que lo mismo ocurre, por ejemplo, en sectores con tarifas reglamentadas, o cuando se limita el riesgo operacional mediante regímenes contractuales que prevén una compensación parcial, incluida la compensación en caso de adelantarse la caducidad de la concesión por motivos atribuibles al poder o entidad adjudicador (lo que parece estar dando cobertura, precisamente, al rescate), o por causas de fuerza mayor.
54. Así se concluyó, de hecho, en el caso resuelto por la STJ de 10 de noviembre de 2011, as. C-348/10, *Norma-A SIA*, en relación con un contrato para la prestación de un servicio de transporte público retribuido por los usuarios con arreglo a tarifas preestablecidas, en atención a que la entidad adjudicadora debía compensar al prestador de las pérdidas derivadas de la explotación, garantizándole, en todo caso, un cierto beneficio.
55. Así se pronuncia el TJ en su sentencia de 10 de marzo de 2011, dictada en el as. C-274/09, *Privater Rettungsdienst*.
56. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L., «La nueva Directiva de concesiones», *op. cit.*, pp. 19-28, ofrece un análisis pormenorizado de las exclusiones.
57. Derechos exclusivos en cuya adjudicación puede no ser necesaria la aplicación misma de la Directiva, como se desprende del párrafo segundo del mismo artículo cuando advierte que la Directiva «no se aplicará a 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 y a actos jurídicos de la Unión que establecen normas comunes de acceso al mercado aplicables a las actividades contempladas en el anexo II», al que ya hemos hecho referencia. Así, por ejemplo, en el caso del «servicio postal universal», a la vista del

como en el caso de los servicios del agua, incluyendo el suministro y la gestión de las residuales (art. 12)⁵⁸ y del transporte aéreo y el de viajeros por ferrocarril o carretera (art. 10.3), que responden a reglas específicas⁵⁹. De otra parte, los servicios sociales y otros servicios especificados en el Anexo VI, por remisión del art. 19, sólo estarán, parcialmente, sometidos a las pautas procedimentales incorporadas a la Directiva.

Aun dentro de su ámbito material, las concesiones cuyo valor no supere el alto umbral de los 5.186.000 euros –calculados según el volumen de negocios total generado por el concesionario, IVA excluido–, no están sometidas a las reglas de la Directiva, lo que no excluye –como en el caso de los contratos de servicios– que queden sometidas a los principios de la legislación de la UE relativos a la transparencia, la igualdad de trato y la no discriminación, siempre que en ellas concurra «interés transnacional» en los términos que serán descritos en el siguiente epígrafe. De hecho, sólo a estas pautas se sometían las concesiones *transnacionales* hasta la aprobación de la Directiva, según dejó sentada una nutrida jurisprudencia⁶⁰ y puso de manifiesto la Comunicación interpretativa de 2000.

art. 4 de la Directiva 97/67/CE (LCEur 1998, 82), en relación con la plena realización del mercado interior de servicios postales comunitarios, en la redacción dada por la Directiva 2008/6/CE (LCEur 2008, 316) del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de febrero de 2008. A este respecto, es revelador que la STJ de 18 de diciembre de 2007, as. C-220/06, *Asociación profesional de empresas de reparto y manipulado de correspondencia*, pusiera de manifiesto que la normativa de contratación sí resultaría aplicable a los servicios postales no reservados.

Es significativo que el art. 11 de la Directiva 2014/24/UE (LCEur 2014, 536) incluya una previsión equivalente al primer párrafo, pero no al segundo.

58. Esta exclusión trae causa de la resistencia de quienes han hecho notar que, como se expone en el cdo. 40, «en el sector del agua, las concesiones están sujetas a menudo a mecanismos específicos y complejos que requieren una consideración especial debido a la importancia del agua como bien público de valor fundamental para todos los ciudadanos de la Unión». Consideración que enlaza con las previsiones de la Directiva 2000/60/CE (LCEur 2000, 3612), por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas.
59. En la literalidad del art. 10.3, «la presente Directiva no se aplicará a las concesiones de servicios de transporte aéreo basados en la concesión de una licencia de explotación en el sentido del Reglamento (CE) nº 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo (LCEur 2008, 1771), o relativos a servicios públicos de transporte de viajeros, en el sentido del Reglamento (CE) nº 1370/2007 (LCEur 2007, 2015)». Uno y otro reglamentos incorporan, como es sabido, reglas específicas de licitación para la adjudicación de los correspondientes «contratos», que en el segundo caso se califican, además, específicamente, «de servicio público», como ya tuvimos ocasión de hacer notar.
60. La Guía de los Servicios de la Comisión cita, a este respecto, las SSTJ de 7 de diciembre de 2000, as. C-324/98, *Telaustria*, ap. 62; de 21 de julio de 2005, as. C-231/03, *Coname*, aps. 16 a 19; y de 13 de octubre del mismo 2005, as. C-458/03, *Parking Brixen*, ap. 49. A ellas sucedieron las SSTJ de 13 de noviembre de 2008, as. C-324/07, *Coditel Brabant*; de 13 de abril de 2010, as. C-91/08, *Wall*; de 10 de marzo de 2011, as. C-274/09, *Privater Rettungsdienst*, y de 6 de noviembre de 2014, as. C-42/13, *Cartiera dell'Adda*.

Con todo, las exigencias que impone la plena aplicabilidad de la Directiva son relativas. Intencionadamente, se limita a «establecer una coordinación mínima» de los procedimientos nacionales para la adjudicación de los contratos de concesión que superen el umbral comunitario. En definitiva, a tales efectos, impone unos principios –extraídos de los de igualdad de trato, transparencia y no discriminación–, que no procedimientos, de adjudicación, que incluyen determinadas normas dirigidas a materializar la obligación de publicidad, tanto en la fase inicial como final del procedimiento de adjudicación, incluyendo los limitados supuestos en los que puede quedar excluida (arts. 31, en conexión con el Anexo V; 32, en conexión con el Anexo VII, y 33); el acceso electrónico a la documentación (art. 34) y la lucha contra la corrupción y la prevención de conflictos de intereses (art. 35), así como una regulación de las causas de exclusión del procedimiento, que operan como prohibiciones para contratar virtualmente idénticas a las que se contienen en la Directiva de contratos (art. 38). No determina, en definitiva, ni los procedimientos de contratación, ni los criterios de selección del concesionario y de adjudicación de la concesión –más allá de perfilar las condiciones que garanticen su objetividad–, si bien establece algunas reglas relevantes, como que se podrá limitar el número de candidatos o licitadores y que se podrá negociar el contenido de las concesiones con los candidatos.

De importancia es la incorporación de las concesiones al ámbito de las Directivas 89/665/CEE (LCEur 1989, 1895) y 92/13/CEE –a través de su modificación– a los efectos de someter las decisiones del concedente al control del recurso especial previsto en aquellas. De hecho, como veremos, la cuestión de la irrecorribilidad de las decisiones contractuales referidas a las concesiones en el seno del tercer paquete de Directivas no dejaba de estar presente en la interpretación restrictiva de la figura concesional.

En cuanto al contenido de las concesiones, el alcance de la Directiva se limita a ofrecer unas reglas respecto de la duración de la concesión, que siempre ha de ser limitada, fijada en función de los servicios solicitados y, de forma más precisa –sólo para el caso de que la duración exceda los cinco años–, en función del «tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas (...), junto con un rendimiento del capital invertido», teniendo en cuenta las inversiones –tanto las iniciales como las sucesivas– que sean necesarias para alcanzar los objetivos previstos (art. 18.2). Y, finalmente, en punto a la ejecución de las concesiones establece puntuales previsiones respecto de la subcontratación (art. 42) y, en términos sustancialmente iguales a los contenidos en la Directiva de contratos, más arriba descritos, respecto de la modificación (art. 43) y la resolución de la concesión (art. 44) –orientadas sustancialmente a la protección del principio de igualdad de trato y de competencia–.

3. LAS PAUTAS EUROPEAS PARA LOS CONTRATOS PÚBLICOS Y LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN «DE INTERÉS TRANSNACIONAL» NO SOMETIDOS A LAS DIRECTIVAS

Tal y como ha quedado advertido, aun cuando un contrato o una concesión para la encomienda de un SIEG no superen los umbrales fijados, respectivamente, por la Directiva 2014/24/EC (LCEur 2014, 536) o la 2014/23/EC (LCEur 2014, 535) o quede fuera de su ámbito de aplicación material, y siempre que en él concurra «interés transnacional», no resultará irrelevante para el Derecho de la UE. Contrariamente, los contratos públicos y concesiones que no tengan ningún interés transfronterizo no están vinculados por los principios del TFUE.

Como es bien sabido, para la orientación sobre los que sea «de interés transnacional» y sus consecuencias sigue siendo determinante la *Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre el Derecho de la Unión Europea aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o solo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública*, de 2006⁶¹, la cual, a la luz de la jurisprudencia, asume que queda, en todo caso, a criterio de los Estados, a la vista del contenido económico de cada contrato y del propio objeto contractual, valorar si pudiera tener interés para operadores económicos situados en otros Estados miembros del Espacio Económico Europeo: no otra cosa es el «interés transnacional»⁶².

El margen, al respecto, de la autoridad pública contratante es amplio, salvo que la propia legislación nacional ofrezca orientación específica. El criterio puramente cuantitativo del valor del contrato o concesión –tomando como referencia última los umbrales de las Directivas–⁶³ o de su alcance territorial no es por sí mismo determinante, si bien puede resultar revelador. De hecho, tal y como la práctica de la Comisión pone de relieve y la jurisprudencia ha reconocido, en determinadas condiciones, pequeños contratos de servicios de ámbito local carecen de interés transfronterizo para los operadores de otros Estados miembros, por lo que –al no afectar al funcionamiento del mercado interior– pueden adjudicarse sin respetar los principios

61. DO C 179 de 1.8.2006, p. 2. Sobre el alcance de esta Comunicación se ha pronunciado la STJ de 20 de mayo de 2010, dictada en el asunto T-258/06, *Alemania/Comisión*, llegando a la conclusión de que, en general, no contiene nuevas normas de contratación pública que excedan las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión existente. Tal y como pone de manifiesto la Guía de los Servicios de la Comisión de continua referencia, dado que la Comunicación contiene una interpretación general del concepto de importancia para el mercado interior en virtud del Tratado, también puede utilizarse como guía para las concesiones.

62. Véase la STJ de 13 de noviembre de 2013, as. C-507/03, *Comisión/Irlanda*, ap. 29 y ss.

63. Que el criterio de valor no es suficiente por sí solo para indicar que un mercado no presenta interés transfronterizo lo puso de manifiesto el Tribunal de Justicia en su sentencia de 15 de mayo de 2008, en los asuntos acumulados C-147/2006 y C-148/06, *Secap*, ap. 31: «ha de tenerse en cuenta el hecho de que, en determinados casos, las fronteras atraviesan aglomeraciones situadas en el territorio de Estados miembros diferentes y que, en esas circunstancias, incluso los contratos de poco valor pueden presentar un interés transfronterizo cierto». Bien es verdad, que en tales casos, parece estar presente un elemento propiamente fronterizo.

del TFUE, por entender que, dada la naturaleza del servicio y el segmento de mercado afectado, es poco probable que los operadores económicos de otros Estados miembros puedan estar interesados en su prestación⁶⁴.

Es de advertir, con todo, que la existencia de una denuncia relativa al contrato o concesión en cuestión no es por sí misma prueba suficiente de que sea de interés transfronterizo⁶⁵.

Sea como fuere, tal y como quedó advertido, si el contrato público o la concesión son de interés transfronterizo, la autoridad pública contratante deberá aplicar durante el proceso de adjudicación los principios del TFUE, particularmente los de transparencia, igualdad de trato y no discriminación⁶⁶, lo que se concreta en exigencias de publicidad y de garantía de control de las decisiones sobre exclusión de candidatos⁶⁷. Con todo, a estos principios se suman los de reconocimiento mutuo y proporcionalidad⁶⁸.

De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los principios de transparencia, igualdad de trato y no discriminación exigen que todos los potenciales contratistas o concesionarios conozcan las reglas de juego y que éstas se les apliquen de la misma manera. Particularmente, esto se traduce en que la intención de la autoridad pública de celebrar un contrato público o una concesión debe ser objeto de una publicidad adecuada en aras a garantizar que todos los prestadores de servicios de la UE potencialmente interesados tengan oportunidad de manifestar su interés en prestar el servicio en cuestión⁶⁹, sin que la adjudica-

64. Véase la STJ de 21 de julio de 2005, as. C-231/03, *Coname*, ap. 20, relativo a las concesiones de servicios.

65. Véase la STJ de 13 de noviembre de 2013, as.C-507/03, *Comisión/Irlanda*, ap. 34.

66. ATJ de 3 de diciembre de 2001, as.C-59/00, *Bent Moustén Vestergaard*, ap. 20; STJ de 20 de octubre de 2005, as. C-264/03, *Comisión/Francia*, ap. 32-33, y STJ de 14 de junio de 2007, as. C-6/05, *Comisión/Grecia*, ap. 3.

67. A estos efectos son bien ilustrativas las precisiones contenidas en la Comunicación interpretativa sobre las concesiones de 2000 (que, si bien no apela al carácter transfronterizo de las concesiones como premisa para la aplicabilidad de los principios que nos ocupan, debe considerarse que lo presume) y en la Guía de los Servicios de la Comisión de 2013.

68. *Vid.* ap. 3, segundo párrafo de la introducción. La proyección de estos últimos principios a las concesiones implica, por lo que hace al de proporcionalidad, la imposibilidad de exigir a los potenciales concesionarios unos requisitos técnicos y económicos desproporcionados respecto del objeto de la concesión y la obligada coherencia entre «competencia y equilibrio financiero» en punto a la fijación de la duración de la misma, en función de la amortización de las inversiones y el respeto a un beneficio razonable para el concesionario (ap. 3.1.3); mientras que el principio de reconocimiento mutuo obliga a tomar en consideración los controles técnicos y las acreditaciones obtenidas en el Estado de origen del prestador del servicio siempre y cuando estén reconocidos como equivalentes en el Estado receptor de la prestación (ap. 3.1.4).

69. La jurisprudencia ha destacado cómo el principio de transparencia garantiza el efecto útil del principio de igualdad de trato procurando que no se distorsionen las condiciones de

ción mediante licitación sea –al menos respecto de las concesiones– una exigencia inexorable a partir de los principios que nos ocupan⁷⁰. El anuncio puede limitarse a una breve descripción de los detalles esenciales del contrato que se adjudicará y del método de adjudicación, junto con una invitación a ponerse en contacto con la autoridad pública, siempre y cuando incluya los elementos suficientes para posibilitar al potencial contratista/concesionario decidir si participar o no en el correspondiente procedimiento.

Seguidamente, la autoridad pública podrá seleccionar, de manera imparcial y no discriminatoria, a los candidatos invitados a presentar una oferta y, en su caso, a negociar las condiciones del contrato o de la concesión, siempre bajo la garantía de que todos los operadores recibirán la misma información de la autoridad pública y, en general, serán tratados en pie de igualdad.

La proyección sobre este ámbito de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la tutela judicial efectiva que exige, como mínimo, que las decisiones que afecten negativamente a una persona puedan ser objeto de recurso⁷¹, impone que deban ser recurribles todas las decisiones que afecten a quienes tengan o hayan tenido interés en obtener el contrato o concesión, como pueda ser la de descartar a un licitador.

V. CONCLUSIONES: PAUTAS EUROPEAS PARA LA REGULACIÓN DE LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN EL DERECHO INTERNO

Volviendo al punto de partida, podemos retomar la afirmación de que la gestión de los servicios públicos se ve intensamente condicionada por el Derecho europeo. Servicios públicos entendidos en el sentido clásico con el que se aplica este concepto en Derecho interno, identificados con la titularidad pública global de la actividad en cuestión, sobre la que se apoya una gestión que puede ser directa o indirecta, incluyendo en este último caso, como modalidad más asentada y característica, la concesión de servicio público.

Ahí reside, precisamente, una primera –e intensa– dificultad cuando se trata de proyectar los condicionantes que el Derecho europeo impone a la gestión

competencia. *Vid.* en particular STJ de 25 de abril de 1996, as. 87/94, *Autobuses valones*, ap. 54. La conexión entre el principio de transparencia y el de no discriminación por razón de nacionalidad ha sido igualmente destacada por la STJ de 18 de noviembre de 1999, as. C-275/98, *Unitron Scandinavia A/S*, ap. 31, y, más recientemente, por las SSTJ de 12 de diciembre de 2002, as. C-470/99, *Universale-Bau y otros*, ap. 91, y de 12 de marzo de 2008, as. T-345/03, *Evropaiki Dynamiki*, aps. 142 t ss., a las que se remite GIMENO FELIÚ, J. M^a., «La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española...», *op. cit.*, pp. 5-9.

70. Así se puso de manifiesto en la STJ de 14 de noviembre de 2013, as. C-388/12, *Commune di Ancona y Regione Marche*, ap. 52.

71. Véase las SSTJ de 15 de octubre de 1987, as. 222/86, *Heylens*, ap. 14, y de 25 de julio de 2007, as. C-50/00, *P Unión de Pequeños Agricultores*, ap. 39.

de lo que, bajo su propio concepto, identifica como SIEG sobre la ordenación de la gestión de los servicios públicos. Y es que los conceptos de SIEG y de servicio público, como hemos advertido, no son coextensos. No todos los SIEG son servicios públicos, entendido este término en sentido jurídico-formal como equivalente a la titularidad pública de la actividad económica en cuestión, ya que el ya mencionado principio de libertad da cobertura a un amplio abanico de técnicas para la materialización de aquéllos⁷². E, inversamente, no todos los servicios públicos son SIEG, pues el Derecho europeo solo admite como tales los que cumplan con sus propios criterios en punto a la aplicación del régimen de ayudas de Estado y, en lo que hace particularmente al Derecho europeo de la contratación pública, los que carezcan de interés transnacional no están sometidos, siquiera, a los principios del TFUE.

En conexión con lo anterior, tal y como ha quedado advertido, no todos los contratos que puedan celebrarse para facilitar la gestión indirecta de un servicio público están sometidos al Derecho europeo. Los que lo están, deberán reconducirse a uno de los dos tipos que, como hemos visto, el Derecho europeo contempla, en principio, indistintamente, para la *encomienda* de los SIEG: el contrato de concesión o el contrato público de servicios, cuya distinción está basada en el criterio de la traslación o no del riesgo operacional. Este es el criterio que permite distinguir unos y otros en Derecho europeo, antes y ahora –tras la aprobación de la Directiva de concesiones–.

En esta conflictiva distinción se instaló, de hecho, nuestro Derecho interno, si bien proyectándola de forma mecánica a la distinción entre los contratos típicos internos de servicios y de gestión de servicios públicos, particularmente en su modalidad concesional. En aplicación de la jurisprudencia europea que afirma que la calificación jurídica del contrato compete al Derecho de la Unión Europea, sin que sea determinante la calificación jurídica impuesta por el Derecho nacional⁷³, la doctrina de las Juntas Consultivas de Contratación y de los Tribunales Contractuales abandonó el tradicional criterio de distinción basado en la identificación del receptor

72. Respecto de cada servicio y, en cada Estado miembro, en aplicación del principio de libertad la técnica aplicada para garantizar el servicio será distinta, en función –dice la Comisión– de «*las características técnicas y económicas del servicio en cuestión, las necesidades específicas de los usuarios; la especificidad cultural e histórica de cada Estado miembro*». A este respecto, la Comunicación de la Comisión de 2000 advierte, en su epígrafe 25, que «*los Estados miembros tienen varias posibilidades de garantizar la prestación de servicios de interés general, que van desde la apertura del mercado a la competencia, pasando por la imposición de obligaciones de servicio público, hasta la concesión de derechos exclusivos o especiales a un solo operador o a un número limitado de operadores, con o sin aportación de financiación*».

73. Por todas: SSTJ de 18 de enero de 2007 C– 220/05, *Auroux y otros*, ap. 40; 18 de julio de 2007, C-382/05, *Comisión c. Italia*, ap. 30; 18 de diciembre de 2007, C-220/06, as. *Asociación profesional de empresas de reparto y manipulado de correspondencia*, ap. 50, y de 29 de octubre de 2009, as. C-536/07, *Comisión c. Alemania*, ap. 54.

del servicio en cuestión (la propia Administración contratante, en el contrato de servicios; la ciudadanía, en el contrato de gestión de servicios públicos) para sustanciar la distinción entre uno y otro contrato en el criterio europeo del riesgo operacional en un contexto en el que la no concurrencia de tal criterio se traducía en la exclusión del correspondiente contrato –de gestión de servicios públicos– de los condicionantes del Derecho europeo⁷⁴.

En este mismo planteamiento abunda el Borrador de Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, de 17 de abril de 2015, si bien con unas consecuencias menos radicales toda vez que el Derecho europeo ya ha regulado, aunque con menor intensidad que los contratos públicos, las concesiones. El Borrador confesadamente elimina el «contrato de concesión de gestión de servicio público»⁷⁵, si bien transfiere el grueso de sus previsiones tradicionales al nuevo tipo de «contrato de concesión de servicios», caracterizado, «a la europea», por el dato de que en el mismo se traslade el riesgo operacional al concesionario (art. 15). Así se deduce a la vista del contenido del Capítulo III del Título II del Libro Segundo del Anteproyecto, y así queda confirmado por la disposición adicional trigésima sexta cuando dispone que «las referencias existentes en la legislación vigente al contrato de gestión de servicios públicos se entenderán realizadas tras la entrada en vigor de la presente Ley al contrato de concesión de servicios, en la medida en que se adecuen a lo regulado para dicho contrato en la presente Ley».

La asunción de que el propio contrato de servicios –definido en el art. 17– puede ofrecer cobertura a prestaciones «de servicio público» se resuelve por el simple expediente de contemplar, en el artículo 310, que el pliego pueda «prever para el adjudicatario del contrato las obligaciones de prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas mediante el abono en su caso de la contraprestación económica fijada; de cuidar del buen orden del servicio; de indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, con la salvedad de aquellos que sean producidos por causas imputables

74. Vid. al respecto GIMENO FELIÚ, J. M^a., «Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contrato de servicios y el CPP», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n^o 156, 2012, pp. 19-39, y RAZQUÍN LIZÁRRAGA, M.M., «Contratos de gestión de servicios públicos y recursos especiales en materia de contratación (presente y propuestas de reforma)», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n^o 161, 2014.

75. Su Preámbulo afirma 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, y que podrá tener por objeto servicios que no sean públicos (*sic*) siempre y cuando los mismos sean de titularidad o competencia de la Administración».

a la Administración; y de entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato en el estado de conservación y funcionamiento adecuados». Lo que resulta, según ha puesto lúcidamente de manifiesto el Consejo de Estado en su Dictamen al Anteproyecto, francamente insuficiente⁷⁶.

El tradicional contrato de gestión de servicio público, particularmente en su modalidad concesional, si bien ha estado desde su origen vinculado a la idea de la transferencia del riesgo al concesionario, se ha venido consolidando bajo la lógica de la mejor garantía de determinadas prestaciones a los ciudadanos. En esa lógica se incardinan técnicas tan incisivas como la intervención y el rescate y en ella misma se acomoda el principio de equilibrio económico-financiero del contrato o, más propiamente, de su mantenimiento durante el contrato, obligando a su restablecimiento. Es en este último aspecto en el que la incidencia del Derecho europeo es más intensa, aunque sutil, más desde la perspectiva del control de las ayudas de Estado, que el del régimen de la contratación pública, por cuanto las fórmulas de restablecimiento del equilibrio del contrato que no respondan a los restrictivos criterios Altmark –y que, en definitiva, suplan las ineficiencias del concesionario– pueden ser consideradas ayudas de Estado.

Esta lógica se predica, desde la perspectiva europea, tanto frente a contratos públicos, como frente a concesiones, puesto que, si bien respecto de los primeros uno de los objetivos de la Directiva que los regula es mejorar la eficiencia en el gasto público, en las concesiones la transferencia del riesgo al concesionario no excluye radicalmente la concesión de compensaciones –y, en su caso, ayudas– si el concesionario sigue asumiendo el riesgo operativo sustancial que supone la prestación del servicio⁷⁷. No olvidemos, en todo caso, que, en último término, las exigencias europeas de contención del déficit que han determinado la reforma del art. 135 CE (RCL 1978, 2836) tienen una amplísima proyección, lo que encuentra traducción, en el seno de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril (RCL 2012, 607), de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, también por lo que a los contratos se refiere, en la obligación de ponderar, «en su fase de elaboración y aprobación», «sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera», en los términos de su art. 7.3.

A la vista de todo lo cual, sólo queda por advertir que la superposición mecánica de la distinción europea entre concesión y contrato público sobre las categorías típicas del Derecho español produce serias dificultades que no permiten atender debidamente a las peculiaridades contractuales que exige la gestión indirecta de los servicios públicos, sobre las que el Derecho europeo proyecta exigencias que, sin derivar única y exclusivamente de la perspectiva contractual, pueden favorecer la mayor eficiencia en el gasto público y la mayor garantía de los principios de libre competencia.

76. Dictamen 1116/2015, de 10 de marzo de 2016.

77. La Guía de los Servicios de la Comisión de 2013, en su epígrafe 21, precisa los criterios objetivos para determinar que un determinado nivel de compensación neutraliza el riesgo operativo. Y ello con la sola consecuencia de que, de suceder así, la operación se calificaría como contratos de servicios, y no como concesión.