

Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones

JULI PONCE SOLÉ

Acreditado para el cuerpo docente de Catedráticos de Universidad, profesor titular de Derecho Administrativo, Universidad de Barcelona¹

- 1. Introducción: contexto y precisiones conceptuales**
- 2. La delimitación del objeto del estudio: el rescate de concesiones en vigor de servicio público y la falsa indiferencia del derecho respecto de la decisión discrecional sobre el tipo de gestión**
 - 2.1. El concepto de concesión administrativa y el enfoque de este estudio
 - 2.2. El concepto de rescate
- 3. La regulación legal del rescate de las concesiones administrativas**
- 4. La naturaleza jurídica del rescate**
- 5. Los requisitos y límites del rescate y el control del ejercicio de la potestad administrativa: en especial, las obligaciones de buena administración**
 - 5.1. El impacto del derecho de la Unión Europea
 - 5.2. Existencia de potestad para rescatar: orientaciones legales para su ejercicio del art. 85 LBRL y obligación legal de proceder a la gestión directa

Artículo recibido el 22/12/2015; aceptado el 10/02/2016.

1. jponce@ub.edu. Este estudio se enmarca en el proyecto de investigación DER2014-57391-C2-1-R, titulado “REGENERACIÓN DEMOCRÁTICA, BUENA ADMINISTRACIÓN E INTEGRIDAD PÚBLICA: EL PAPEL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ANTE LA CRISIS DE LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS”, cuyo IP es el autor.

- 5.3. Competencia de la Administración y del órgano para rescatar
 - 5.4. Procedimiento administrativo debido para rescatar
 - 5.5. Los hechos determinantes para el rescate: el interés público como concepto jurídico indeterminado
 - 5.6. Finalidad del rescate: la posible desviación de poder
 - 5.7. Motivación del rescate
 - 5.8. Principios generales del derecho que limitan el rescate: en especial, interdicción de la arbitrariedad y proporcionalidad (subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*). Balance coste-beneficio, consideración de la indemnización y situación de los trabajadores
 - 5.9. Obligaciones jurídicas de buena administración y rescate: derecho a una buena administración, *due care* y *due diligence*
 - 5.10. Eficiencia, economía, art. 135 CE y equilibrio presupuestario de los entes locales
 - 5.11. Principios de buen gobierno y obligaciones de buena administración. En concreto, las leyes de transparencia y buen gobierno
 - 5.12. Motivación y justificación del rescate: la carga de la prueba de la Administración y la (ausencia de) presunción de acierto
- 6. Reflexiones finales**
- 7. Bibliografía**

Resumen

El interés por la remunicipalización, un fenómeno internacional en auge, está llegando a España. Este estudio delimita el concepto y demuestra la falsa indiferencia del derecho frente a las decisiones discrecionales en general y las relacionadas con el modo de gestión de los servicios públicos (incluyendo su privatización) en particular. Para ello analiza los requisitos que los rescates de concesiones deben cumplir para ser legales y garantizar el derecho a una buena administración de los ciudadanos, negando que la pura ideología sea un motivo válido en derecho para decidir la gestión directa o indirecta de los servicios públicos.

Palabras clave: remunicipalización; rescate; gestión; buena administración; control judicial; servicio público.

Remunicipalization and privatization of public services and the right to good administration. Theoretical and jurisprudential analysis of the rescue of public concessions

Abstract

The interest for remunicipalization, an emerging international phenomenon, is reaching Spain. This article circumscribes the concept and shows the false indifference of the law before discretionary decisions in general and decisions related to the management of public services in particular. To this end, the article analyses the requirements that the figure of rescue of concessions must comply for being legal and also to guarantee the right to good administration. The article denies the mere ideology as a valid motive for choosing between direct and indirect management of public services.

Keywords: remunicipalization; rescue of public concessions; management; right to good administration; judicial review; public services.

1

Introducción: contexto y precisiones conceptuales

En los últimos tiempos se han multiplicado las referencias a la *remunicipalización* de servicios públicos en el ámbito local. Las razones para ello serían diversas. Radicarían, por un lado, y ante todo, en los cambios políticos acaecidos en las últimas elecciones municipales, que en algunos casos, por cierto, han llevado a entender, erróneamente, como veremos, que decidir la remunicipalización sería un tema pura y únicamente *ideológico*², como históricamente ha venido considerándose en no pocas ocasiones su opuesto, *la privatización* de la gestión de los servicios públicos (en el siglo XIX con el dogma del concesionario interpuesto propio del liberalismo, en el siglo XX sobre este tema véase, por ejemplo, VERGES, 2013, 31).

2. Véanse las declaraciones de una primera teniente de alcalde en un municipio catalán, señalando que “municipalizar servicios es solo una cuestión política, y nosotros queremos dejar claro cuál es nuestra voluntad”, recogidas en un artículo del diario *El País*, edición Cataluña, aparecido el 19 de octubre de 2015, titulado: “Ayuntamientos del área de Barcelona recuperan servicios privatizados”, y consultable en:

http://ccaa.elpais.com/ccaa/2015/10/18/catalunya/1445190361_568831.html

En segundo lugar, el movimiento en favor de recuperar la gestión directa de servicios públicos se basaría en la existencia de diversos informes solventes sobre la ineficiencia y los problemas de la gestión indirecta llevada a cabo por empresas privadas³.

En tercer lugar, existen crecientes experiencias norteamericanas (*reverse privatization* o *contracting back-in*) y europeas de recuperación de la gestión directa, que muestran como esta es factible y preferida en ocasiones, por diversas razones vinculadas con la eficiencia, la calidad del servicio y la participación ciudadana (WARNER, M., BALLARD, M. y HEFETZ, A., 2003; HEFETZ y WARNER, 2007; WARNER, 2008; WARNER y BEL, 2008; y WOLLMANN, 2013)⁴.

Esta evidente tendencia internacional de cambio a la gestión directa desde la gestión previamente indirecta de los servicios públicos también ha sido subrayada por la prensa, como, por ejemplo, por el diario *The Guardian*, en un amplio artículo de 2014, aludiendo a diversos países, también europeos, como Francia o Alemania⁵.

Finalmente, como cuarto elemento a considerar, impulsaría ese movimiento una preocupación por la adjudicación de contratos de gestión de servicios públicos, como reconocido ámbito de alto riesgo de corrupción, de notoria relevancia en los últimos años (PONCE, 2012). Como recuerda GIMENO FELIU (2014), “El mercado de los contratos públicos es donde existen ‘mayores tentaciones’ y ofrecen más oportunidades a la corrupción que las licitaciones en el sector público (como bien se destaca por Transparencia Internacional). De

3. Véase Tribunal de Cuentas (2013), *Informe n.º 1.010 de fiscalización del sector público local, ejercicio 2011*, <http://www.tcu.es/repositorio/fd3654bc-3504-4181-ade5-63e8a0dea5c2/I1010.pdf>; y el informe de la Universidad de Greenwich y otros acerca del sector del agua: *Llegó para quedarse. La remunicipalización del agua como tendencia global*, <https://www.tni.org/es/publicacion/llego-para-quedarse-la-remunicipalizacion-del-agua-como-tendencia-global>

4. Como señala BEL (2008, 729), las razones fundamentales alegadas por los gestores públicos para la remunicipalización son los problemas con la calidad del servicio y la falta de ahorros en los costes debido a los desafíos de la gestión privada. El análisis estadístico de encuestas realizadas entre esos gestores muestra que la remunicipalización es asociada con problemas de costes de transacción (vigilancia de los contratistas), así como con la insuficiente competencia. Estos análisis también muestran cómo las ciudades grandes reinternalizan contratos en mayor medida, porque gozan de economías de escala internas que lo hacen posible.

Pero los diversos estudios citados detectan también en EE. UU. un cambio del mercado hacia la gestión pública, en razón de que los gestores norteamericanos han extendido sus preocupaciones en la prestación del servicio más allá de los costes de transacción y de la eficiencia, y prestan atención a dar voz a los ciudadanos en la gestión del servicio, incluyendo preocupaciones relativas a la democracia deliberativa, que extiende el papel de la ciudadanía más allá del de meros compradores de servicios en el mercado.

5. Publicado el día 12 de noviembre de 2014 y consultable en: <http://www.theguardian.com/cities/2014/nov/12/hamburg-global-reverse-privatisation-city-services>

hecho, el Parlamento Europeo ha llegado a afirmar que ‘el sector de la contratación pública es el más expuesto a los riesgos de gestión irregular, fraude y corrupción y que estas conductas ilícitas distorsionan el mercado, provocan un aumento de los precios y de las tarifas abonadas por los consumidores para la adquisición de bienes y servicios, y siembran la desconfianza con respecto a la Unión Europea’ (apartado 27 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de mayo de 2010, sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades y la lucha contra el fraude, P7_TA (2010) 0155 (DOUE C 81E, de 15 de marzo de 2011))”.

Está aún por ver si este movimiento global de recuperación de la gestión directa de servicios públicos supondrá abrir una nueva etapa en las relaciones entre Estado y mercado, que habrían evolucionado, como es conocido, desde la municipalización propia del socialismo municipal de finales del siglo XIX y principios del siglo XX (MAGALDI, 2012), pasando luego por la liberalización y privatización impulsada desde el último tercio del siglo pasado, y por la generación de un Estado denominado *regulador* (MUÑOZ MACHADO, 2004, 1172 y ss.) o más recientemente *garante* (desde hace ya años insistiendo en este concepto de origen alemán, ESTEVE PARDO, 2015).

Empezando por lo más obvio, cabe destacar que la palabra *remunicipalización* no se halla reconocida en la lengua española (de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia⁶). En su uso actual, se quiere hacer alusión con la misma a un cambio de gestión de un servicio público existente, en el ámbito local, que hasta el momento se prestaba indirectamente y ahora se quiere que pase a ser gestionado de forma directa. Sería la operación inversa a la denominada *privatización* de servicios públicos, cuando esta se ha referido a la contratación con privados de la prestación del servicio (sobre este sentido del término privatización, PONCE, 1996, 352).

En negativo, este concepto no significa *municipalizar* una actividad privada en el sentido de declararla servicio público⁷ (sobre la confusión terminológica en torno a este término anfíbológico, véase GARCÍA DE ENTERRÍA, 1955; téngase en cuenta el art. 45 RSCL del mismo año, que utiliza las expresiones de municipalización y provincialización, que habían quedado hasta ahora obsoletas). Remunicipalizar, en la acepción utilizada hoy en día, significaría un mero cambio de gestión sobre un servicio público ya preexistente (si bien téngase en cuenta que, históricamente, municipalizar había sido entendido

6. En inglés, por ejemplo, el término es de común uso desde hace tiempo, como muestra la entrada siguiente en Wikipedia: <https://en.wikipedia.org/wiki/Remunicipalization>, sin equivalente aún en el momento de escribir estas líneas en la versión española.

7. Como aún sigue definiendo el DRA el verbo municipalizar: “Convertir en municipal un servicio público que estaba a cargo de una empresa privada”.

también como pasar de la gestión indirecta por concesión a la directa –MAGALDI, 2012 a, p. 456, y 2012 b, recordando a GASCÓN Y MARÍN–).

Tampoco supone la remunicipalización una *revocación* por motivos de oportunidad, no prevista en norma en rango de ley para estos supuestos (y por tanto sin excepción existente a la regla general de irrevocabilidad del art. 105.1 LRJPAC –PONCE, 1997–), ni una *revisión de oficio* por motivos de legalidad (pues no es esto de lo que se discute, sino un tema de mera oportunidad), ni tampoco supone la remunicipalización una *resolución por incumplimiento*, pues el paso a la gestión directa no viene motivado por cómo ha ejecutado el contrato el contratista, sino por razones de interés general que nada tienen que ver con esa ejecución concreta.

En definitiva, *remunicipalizar* es un neologismo, que muestra la viveza del lenguaje y que quizás pase a incluirse en el DRA en el futuro. El mismo es construido a partir del prefijo *re-* y el verbo *municipalizar*, y significaría hoy en día, técnicamente, desde la perspectiva jurídica, *ir hacia atrás* a partir de una situación existente⁸, en el sentido de o bien tomar una decisión de gestionar directamente un servicio público al *finalizar el contrato*, que suponía hasta el momento su gestión indirecta, o bien *rescatar* un servicio *estando el contrato en vigor*, instrumento históricamente bien conocido en el derecho español, para proceder a gestionarlo ahora directamente.

2

La delimitación del objeto del estudio: el rescate de concesiones en vigor de servicio público y la falsa indiferencia del derecho respecto de la decisión discrecional sobre el tipo de gestión

Nosotros *vamos a centrarnos aquí en la remunicipalización de servicios estando un contrato de concesión de servicios públicos en vigor, esto es, en el rescate*. Asimismo, pese a emplear la palabra remunicipalización en el título, que ahora ya identificamos, en realidad, con un cambio de gestión, *no nos vamos a referir exclusivamente al ámbito local*, donde en realidad esta inquietud es más acentuada, pues al hilo del análisis expondremos también el rescate en relación con contratos celebrados por el Estados o las comunidades autónomas.

El presente estudio no se va a ocupar de las concesiones demaniales y de los contratos de servicios, aunque se hagan alusiones y parte de las reflexiones

8. El DRA define en una de sus acepciones el prefijo *re-* como “hacia atrás”.

puedan ser aplicables, en su caso, a estas figuras. Asimismo, tampoco van a ser objeto de análisis aquí las consecuencias (económicas, sobre los bienes, en relación con el personal de la empresa concesionaria) del rescate de concesiones de servicios públicos (al respecto, pueden verse MESTRE, 1992, y BLANQUER, 2002). Este estudio se centra en la toma de la decisión, no en sus consecuencias, aunque, como señalaremos luego, para tomar esta es preciso considerar también aquellas, por los impactos de todo tipo (presupuestarios, de personal) que puedan generar.

En relación con el objeto de nuestro análisis, podemos ya señalar en este momento que existe una parca y fragmentada regulación española, con incidencia en todos los niveles administrativos, relativa a los límites y orientaciones jurídicas de la decisión *discrecional* de rescatar una concesión administrativa, que solo puede tomarse existiendo un *interés general* que así lo exija, como comprobaremos. Asimismo, existe una jurisprudencia no excesivamente abundante, pero sí interesante, sobre los límites y orientaciones jurídicas a este tipo específico de decisión administrativa discrecional, los cuales han conducido en diversas ocasiones a su anulación, como veremos.

Pero la regulación y la jurisprudencia específica sobre rescate de concesiones (la *especie*) deben ponerse en conexión con los límites y las orientaciones (derivadas especialmente del derecho a una buena administración) que en la última década especialmente la jurisprudencia española y la europea han construido sobre la toma de decisiones discrecionales (el *género*), un tipo de las cuales es, precisamente, la decisión de rescatar una concesión.

Será, pues, preciso conectar la escasa regulación sobre rescate con los aportes doctrinales, legales y jurisprudenciales existentes en el ámbito de la discrecionalidad a fecha de hoy, dado que el ejercicio de la discrecionalidad, de cualquier discrecionalidad, *no es libre ni indiferente para el derecho y no puede suponer arbitrariedad* (art. 9.3 CE y jurisprudencia concordante que se analizará), *y debe conducir a un buen gobierno y una buena administración*, de acuerdo con la normativa y la jurisprudencia, aplicables también a los contratos, que se analizarán en su momento.

Lo que se dirá aquí, por cierto, debería ser plenamente aplicable a la *privatización* de los servicios públicos, entendida como el paso de su gestión a modo indirecto, la cual ha conocido en las últimas décadas su época dorada, en base en ocasiones igualmente a consideraciones ideológicas (MIRALLES, 2006, 66). En todo caso, este estudio no aborda directamente el paso de la gestión directa a la indirecta, sino, como ya se ha dicho, la situación inversa.

En definitiva, lo que se subraya en este trabajo es *cómo las obligaciones jurídicas de buena administración existentes en nuestro ordenamiento jurídico hacen que el derecho ya no pueda ser indiferente a la discrecionalidad (en este caso en la gestión de los servicios públicos), paradigma clásico de*

nuestra doctrina y jurisprudencia que debe ser superado, y que esta discrecionalidad no consista en una libertad omnimoda de elección entre alternativas ajenas a lo jurídico (en la línea en la que hemos venido insistiendo a lo largo de los años: PONCE, 2001, 2012, 2014, por ejemplo).

Por tanto, lo que se diga en este artículo sobre las remunicipalizaciones es perfectamente aplicable a su opuesto, las privatizaciones. Retomaremos esta idea en la parte final del estudio.

Antes de entrar ya en un análisis más concreto, conviene ahora delimitar ante todo qué se entiende por *concesiones administrativas* y qué se entiende por *rescate* de las mismas.

2.1

El concepto de concesión administrativa y el enfoque de este estudio

En el ordenamiento jurídico español, como es sabido, la concesión administrativa es una institución que presenta tres especies claramente diferenciadas: (i) la concesión de dominio público; (ii) la concesión de obra pública, y (iii) la concesión de servicio público. En lo que ahora nos interesa, esta última es una de las modalidades de gestión típicas del contrato administrativo de gestión de servicios públicos⁹, caracterizada porque el particular gestiona el servicio a su propio riesgo y ventura.

Sin embargo, no debe olvidarse que dominio, servicio y obra pública son conceptos históricamente vinculados. La evolución histórica creó un *vínculo indivisible* entre los tres, de tal manera que, con frecuencia, la transformación material de inmuebles demaniales para la prestación de servicios públicos conlleva la retribución al concesionario por un cierto tiempo mediante la cesión de la explotación (FERNÁNDEZ, 1983, 2430).

Este *lien indivisible* explica que en la actualidad se encuentren en la regulación sectorial supuestos de otorgamiento por ley del derecho a un uso privativo del dominio público, que históricamente venía conferido por una concesión de servicios públicos¹⁰. De igual modo, el derecho al aprovecha-

9. Este contrato se define en el artículo 8.1 del TRLCSP como aquel en cuya virtud una Administración Pública o una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración o Mutua encomendante.

10. Así, por ejemplo, en el ámbito de las telecomunicaciones, art. 23.1 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, sin perjuicio de que deban obtenerse los títulos habilitantes para ejercer el derecho en cada caso, que serán concedidos de forma reglada, al existir un derecho legal preexistente.

miento privativo del dominio público puede venir conferido a veces por un contrato administrativo, frecuentemente una concesión de servicio público o una concesión de obra pública¹¹.

En consecuencia, la concesión demanial (esto es, el título jurídico mediante el que la Administración otorga temporalmente a un sujeto un derecho real que le permite el uso y aprovechamiento de forma excluyente de una porción del dominio público, en beneficio del propio interesado y de la colectividad, art. 86.2 y 3 LPAP) está frecuentemente ligada a un contrato administrativo de los regulados en la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), sea de concesión de obra pública, sea de concesión de servicio público. Teniendo ello presente, nosotros nos vamos a concentrar en esta última figura, como ya dijimos.

2.2

El concepto de rescate

En consecuencia, cuando se habla de concesiones administrativas se puede, pues, hacer referencia, como ya señalamos, a concesiones demaniales y contratos administrativos de concesión de obra pública y de concesión de servicio público, siendo esta última la que en realidad interesa aquí. En los tres casos, el ordenamiento vigente prevé una forma de terminación anormal y anticipada (esto es, diferente y anterior al cumplimiento de los contratos de concesión de obra pública o de servicio público, y al transcurso del plazo en la concesión demanial) que no tiene carácter sancionador (no penaliza ningún incumplimiento del contratista o concesionario) y cuya finalidad o elemento teleológico es la protección del interés público o interés general, única razón que legitima esa finalización anormal y anticipada y que conducirá a la gestión directa del servicio o a la eliminación del uso privativo demanial.

Pues bien, el ejercicio de esa potestad administrativa prevista, limitada y regulada en el ordenamiento jurídico vigente dará lugar, en todos los casos vistos, a la producción de lo que, en terminología jurídica española tradicional, se conoce como *rescate* (de la/s concesión/ones administrativa/s).

11. En estos casos, el ordenamiento jurídico considera que la concesión demanial se halla implícita en el contrato y que carece, pues, de sustantividad propia (art. 91.4, párrafo 2, Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, en adelante, LPAP). Incluso cuando el contrato no habilita de por sí para el aprovechamiento demanial, la concesión demanial se considera accesoria respecto de aquel y sigue sus vicisitudes en cuanto a su otorgamiento, duración, vigencia y transmisibilidad (art. 91.4, párrafo 1, LPAP).

En palabras del Consejo de Estado: “El rescate, [...] es una forma de extinción de las concesiones en firme en la que la Administración acuerda poner término a su existencia, al concurrir una causa de interés público prevalente, mediando indemnización en favor del concesionario por los daños que dicho acuerdo le produce” (Dictamen núm. 2918/2003, de 27 de noviembre de 2003).

Dado que es indudable la pervivencia en España de la influencia francesa en el ámbito contractual, puede ser de interés acudir al ordenamiento jurídico francés y a las decisiones judiciales que lo han aplicado para iluminar nuestra propia práctica (SIERRA, S. DE LA, 2004). Si lo hacemos, podemos comprobar que, efectivamente, existe en el derecho francés una prerrogativa contractual similar a la española, el “*pouvoir de résiliation unilatérale pour motif d’intérêt général* o *rachat*” de las concesiones. De conformidad con la doctrina (por todos, RICHER, 2010, 239 y ss.) y la jurisprudencia existentes, se pueden destacar las siguientes notas:

- La resolución no puede ser decidida salvo que exista un “*motif légitime*” que es controlado por el juez.
- De acuerdo con el *Conseil d’État* francés, el motivo de interés general puede ser el abandono de un proyecto, la modificación de una reglamentación, o estar vinculado a la organización y el funcionamiento del servicio público, por ejemplo (como indica RICHER, 2010, p. 243, con cita de numerosas decisiones en tal sentido).
- Por otro lado, como señala PREBISSY-SCHNALL (2008) al referirse a una decisión litigiosa (TA Grenoble, 9 avr. 1980, Sté aménagement touristique Alpe d’Huez: D. 1981, jurisp. P. 581, nota de F. SERVUIN), un cambio de mayoría política en un ayuntamiento solo puede dar lugar a un rescate si se invocan motivos de interés general y no exclusivamente políticos. Asimismo, la doctrina francesa considera que no es un motivo de interés general legítimo resolver el contrato y rescatarlo por la única razón de obtener condiciones financieras más favorables.

3

La regulación legal del rescate de las concesiones administrativas

El rescate de las concesiones administrativas no dispone de una regulación única en nuestro ordenamiento jurídico. Al contrario, el análisis de la normativa vigente sobre esta institución permite diferenciar entre las

normas reguladoras del rescate en el ámbito de las concesiones de dominio público, y las que hacen lo propio en el marco de la contratación administrativa.

Dado el ámbito de este estudio, como avanzamos, no nos vamos a ocupar aquí de la regulación de las concesiones demaniales. En el caso de los contratos administrativos, esto es, la concesión de obra pública y la de gestión de servicios públicos, el rescate tiene su regulación básica en el TRLCSP. En el caso del contrato de gestión de servicios públicos, el rescate está previsto en los arts. 286.b) y 287.2 del TRLCSP¹².

Estas previsiones, asimismo, se completan en el artículo 288.4 del mismo texto legal, que define los criterios para cuantificar la indemnización debida al contratista. Adicionalmente, en el caso de la Administración local, también debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 99 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (en adelante, RDLeg. 781/1986, de 18 de abril), en la medida en que, de un lado, prevé que en caso de rescate de concesiones se debe dar aviso a los interesados con, al menos, seis meses de anticipación, y, de otro, que la determinación del justiprecio a abonar al contratista debe determinarse por las reglas y el procedimiento establecidos en la Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954 (en adelante, LEF)¹³.

12. Estos preceptos disponen que:

Artículo 286. Causas de resolución.

Son causas de resolución del contrato de gestión de servicios públicos, además de las señaladas en el artículo 223, con la excepción de las contempladas en sus letras d) y e), las siguientes:

[...]

b) *El rescate del servicio por la Administración.*

[...]

Artículo 287. Aplicación de las causas de resolución.

[...]

2. *Por razones de interés público la Administración podrá acordar el rescate del servicio para gestionarlo directamente.*

13. Si se trata, en particular, de una entidad local sita en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña, las normas anteriores deben compaginarse con las disposiciones que, sobre esta materia, contiene el Reglamento de Obras, Actividades y Servicios, aprobado por el Decreto 179/1995, de 13 de junio (en adelante, ROAS).

En efecto, el ROAS prevé el rescate como causa de extinción de la concesión de gestión de servicios públicos, y le dedica sus artículos 185.3, 241.3, 249.c), y 263 a 265, donde regula con cierto detalle (i) su concepto, (ii) los efectos, y (iii) el procedimiento para su ejercicio efectivo.

4

La naturaleza jurídica del rescate

Por lo que concierne a la naturaleza jurídica del rescate, tanto el Consejo de Estado como el Tribunal Supremo han declarado repetidamente que esta causa de extinción anticipada y anormal de las concesiones administrativas participa de la naturaleza de la institución expropiatoria.

En el caso de los contratos administrativos, la STS de 8 de abril de 1999 (recurso de casación 7541/1994) explica que el rescate se configura como “[...] una especie de potestad expropiatoria para las concesiones de servicios públicos por razones de interés público expresamente contemplada en el artículo 41 de la Ley de expropiación forzosa y sujeta como toda expropiación a una indemnización determinada. [...] el rescate del servicio supone una reversión anticipada cuyo motivo se encuentra en la conveniencia para el interés general de que el servicio sea gestionado en lo sucesivo por la propia Administración o a través de un ente público dependiente de la misma [...]”.

La doctrina jurídica, por su parte, también considera que el rescate de las concesiones administrativas tiene una evidente naturaleza expropiatoria (MESTRE DELGADO, 2004: 509, 1992: 269).

En definitiva, el rescate de las concesiones administrativas constituye el ejercicio de una potestad administrativa, de naturaleza esencialmente expropiatoria, que, tras seguir el procedimiento debido, conducirá a la producción de un acto administrativo definitivo de extinción anticipada y anormal de la concesión.

El ejercicio de esta potestad, como veremos, presenta un cierto margen valorativo (rescate por “interés público”) o de discrecionalidad técnica, que en ningún caso puede confundirse con la arbitrariedad (FERNÁNDEZ, 1991), en la medida en que siempre deberá actuarse en servicio a los intereses generales o públicos (art. 103 CE y concordantes de la legislación analizada, expresiones ambas que pueden emplearse como sinónimos; véase NIETO, 1991), y que habrá de respetar las obligaciones de buena administración que garantizan la adopción de la mejor decisión posible para los intereses generales.

5

Los requisitos y límites del rescate y el control del ejercicio de la potestad administrativa: en especial, las obligaciones de buena administración

A continuación van a analizarse los requisitos y orientaciones normativos y los límites jurídicos de los rescates que deben ser respetados por todas las Ad-

ministraciones, y que, en caso de ser vulnerados, pueden dar lugar al control y a la anulación de la decisión de rescate, en última instancia, si fuera preciso, en vía judicial.

Antes, sin embargo, de proceder al análisis detallado de cada uno de ellos, conviene acabar de precisar el tipo de potestad administrativa que se ejerce y la clase de acto administrativo a que el rescate da lugar:

a) Como dijimos en su momento, la decisión de rescatar (como la de pasar a modo de gestión indirecta) supone el ejercicio de una potestad administrativa discrecional. Discrecionalidad que, entendemos, es *predominantemente técnica*, por cuanto el ordenamiento jurídico reconoce en favor de los administradores un ámbito de decisión para tomar una resolución en función de evaluaciones de naturaleza técnica o características de un saber profesional, basadas en valoraciones propias del derecho, de la gestión pública y de la Economía (al igual que ocurre en el supuesto contrario, la privatización por cambio de gestión a indirecta). De ahí que el incorrecto ejercicio de la discrecionalidad para rescatar pueda ser controlado y anulado en función de pruebas que demuestren el error de la Administración, siendo plenamente controlable y sustituible por los tribunales (por todos, DESDENTADO DAROCA, 1997, 66).

b) Como también ya dijimos, la decisión de rescatar no supone en ningún caso un acto político o de gobierno (ni siquiera cuando es adoptada por un ayuntamiento, por ejemplo), pues se trata del ejercicio de una potestad administrativa, discrecional pero vinculada a la técnica de gestión de los servicios públicos o del demanio público.

Por ello, como ya vimos en el caso francés, no es aceptable, por ejemplo, que un simple cambio de mayorías políticas en un gobierno local conduzca a fundamentar el rescate por razones, digamos, ideológicas. Si bien, obviamente, la ideología tiene un lugar destacado en la lucha por el poder político, dado que “los sistemas ideológicos sirven para legitimar el poder diferencial que mantienen los grupos” (GIDDENS, citado por ARPAL, 1998, 367 y 368), una vez alcanzado este, la Política deviene ya políticas públicas concretas en sectores específicos (medio ambiente, urbanismo, aguas, servicios sociales...).

Por utilizar la más expresiva lengua inglesa en este punto, la *Politics* se transmuta en *policies*. Y estas políticas públicas no pueden dar lugar a decisiones administrativas arbitrarias, sin justificación racional en la técnica de gestión pública (no lo es la cita de una ideología cualquiera) y que no cumplan sus obligaciones de buena administración. En otras palabras, la ideología puede tener su papel en la Política (*politics*), pero no lo tiene en la política pública concreta (*policy*) si no supone el correcto ejercicio de la

discrecionalidad técnica de gestión, que en el caso de los rescates podrá ser objeto de control jurídico, en su caso judicial (sobre la estéril contraposición entre legitimidad democrática y derecho, y evidente necesidad de que los gestores públicos de origen democrático respeten el Estado de derecho como modo, precisamente, de garantizar una auténtica democracia, véase por todos GARCÍA DE ENTERRÍA, 1995, *in totum*).

c) En esta línea, de conformidad con la doctrina y la jurisprudencia actuales, que exista discrecionalidad no significa que las Administraciones (y los Gobiernos) puedan decidir de forma arbitraria (esto es, de modo irracional o no justificado), ni tampoco que puedan decidir no importa qué de no importa qué modo, de modo *libre*. Como señala reiteradamente la jurisprudencia, no hay *libertad* para decidir si rescatar o no una concesión, pues tal decisión *debe* ser resultado del mejor servicio posible al interés general.

Así, en relación con las concesiones demaniales, que no son objeto aquí de análisis detallado, el Tribunal Supremo ha señalado repetidamente que la Administración carece de facultad para rescatar las concesiones “a libre voluntad”, “arbitrariamente”, no existiendo “libre actuación de la Administración” incluso si ha incluido una cláusula de precario, puesto que, a diferencia del ámbito civil, aquí la Administración no es libre, sino que está vinculada por el ordenamiento jurídico tanto en cuanto a límites como a orientaciones (SSTS de 29 de septiembre de 1980 y 4 de noviembre de 1997, entre otras).

En un Estado de derecho, pues, al ordenamiento jurídico (y a los jueces que en última instancia lo aplican) no le es *indiferente* el resultado del ejercicio de la potestad de rescatar, sino que, como vamos a ver, el mismo pretende la mejor solución posible para los intereses generales, estableciendo orientaciones en positivo y límites en negativo a ese ejercicio de la discrecionalidad. Como señala la STS de 7 de octubre de 1999 (la cursiva es nuestra): “[...] resultará que se incurre en el ámbito de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, garantizada en el art. 9.3 de la Constitución, y se priva al órgano jurisdiccional de la posibilidad de controlar si la actividad de la Administración sirve con objetividad los intereses generales, conforme al art. 103.1 de la Norma Fundamental, y viene inspirada por las exigencias de los principios de buena administración (arts. 3 de la Ley de Contratos y 111 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril) que es lo que justamente impone a los Tribunales el art. 106.1 de la Constitución”. De ahí que “Dicha motivación es exigible, por tales razones, [...] cuando la Administración ejercita facultades discrecionales que requieren la posibilidad de elegir entre un mayor o menor abanico de opciones, o entre una pluralidad de alternativas justas o ‘razonables’ desde el punto de vista del derecho, o de decidir entre diversas

alternativas ‘jurídicamente indiferenciadas’, como textualmente expresa la sentencia recurrida –*aunque cabría preguntarse si en un Estado de derecho puede admitirse la existencia a priori de algo ‘indiferente jurídicamente’*–”.

d) No es aceptable, pues, una interpretación de la potestad de rescate como un instrumento al servicio de la Administración Pública, para recuperar algo que le *pertenece* y que ha dejado en manos de tercero. La potestad de rescate está al servicio de los intereses generales de la sociedad constituida por los ciudadanos, no del Gobierno de turno ni de la Administración, y ese algo que se pretende recuperar (la concesión administrativa) una vez cedido mediante contrato o concesión demanial ya no *pertenece* únicamente a la Administración responsable de la obra o servicio o titular del demanio, sino que ha generado derechos para el concesionario, los cuales han de ser respetados en el ejercicio de la potestad de rescate.

Así, por un lado, en el caso de los contratos (incluyendo las concesiones demaniales, como hace un sector doctrinal), el punto de partida es que el contrato obliga a su cumplimiento (art. 1258 del Código Civil, lo que se expresa con los conocidos brocardos latinos *pacta sunt servanda* o *contractus lex interpartes*; por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2002, 732 y ss.). Pero, sin duda, la Administración goza en nuestro sistema jurídico de prerrogativas para la protección de los intereses generales, como la de rescatar el contrato.

La posibilidad de rescate encaja perfectamente con la regulación en nuestro derecho de la irrevocabilidad de actos administrativos favorables o declarativos de derechos (que, por otro lado, sería de aplicación directa, por cierto, si se entendiera que las concesiones demaniales son actos administrativos). Efectivamente, como es conocido, en nuestro derecho el punto de partida histórico ha sido la imposibilidad de revocar por motivos de oportunidad actos administrativos ya dictados si son favorables o declarativos de derechos, establecido por la doctrina (véase un estudio sobre la revocación, con abundantes citas doctrinales, en PONCE, 1997, 165 y ss.) y la jurisprudencia (por todas, STS de 13 de mayo de 1974 o STS de 26 de febrero de 1987).

Pero excepcionalmente se acepta la revocación de actos favorables a los particulares, si lo prevé una normativa sectorial (como es el caso, bien conocido en el ámbito local, del art. 16 RSCL o, en Cataluña, del art. 88 ROAS), mediante indemnización ante la naturaleza expropiatoria de la revocación, considerando estos casos como excepciones concretas a la regla general de irrevocabilidad (por ejemplo, STS de 17 de julio de 1995), que hoy en día se extrae del art. 105 de la Ley 30/1992, *a contrario* (“Las Administraciones Públicas podrán revocar en cualquier

momento sus actos, expresos o presuntos, no declarativos de derechos y los de gravamen, siempre que tal revocación no sea contraria al ordenamiento jurídico”).

e) En resumen, la Administración, aunque sea posible el rescate en servicio a los intereses generales, *no ha sido nunca ni es libre de rescatar una concesión administrativa*, pues no puede entenderse que al dar algo *que era suyo* pueda recuperarlo cuando le plazca (como tampoco es *libre* de conceder un contrato para la gestión indirecta de un servicio público). Bien al contrario, al celebrar el contrato o dictar el acto que permite el uso privativo del dominio, la autoridad queda vinculada por el ordenamiento jurídico en vigor, que protege la posición jurídica y económica del concesionario, la cual descansa en los arts. 38 y 33 CE (como titular del derecho a la libertad de empresa y titular, en su caso, de derechos reales amparados por la concesión, respectivamente). Y si bien acepta el rescate (que tiene naturaleza expropiatoria), rodea el ejercicio de esta potestad, como vamos a ver, de diversos límites, y la enmarca con diferentes orientaciones, en protección, a la vez, del interés general y de los derechos del concesionario.

f) En fin, como indica la STS de 31 de julio de 1990, en relación con la institución revocatoria, en el tema que nos ocupa se hallan en tensión dos principios constitucionales: por un lado, el de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), que exige el respeto por parte de la Administración de los derechos y las expectativas legítimas de los particulares; por otro, el principio de eficacia de la actuación administrativa (art. 103.1 CE), que fundamenta la revocación y, en lo que ahora nos interesa, el rescate. La tensión entre estos dos principios constitucionales es resuelta de la manera que a continuación veremos.

Una vez tenemos este marco genérico claro, vamos ahora a repasar brevemente los *elementos reglados* que debe respetar el ejercicio de la potestad de rescatar, así como los *principios generales* que limitan la misma y las *obligaciones jurídicas que la orientan*.

A tal fin, vamos a seguir las categorías firmemente establecidas en el derecho español de control de la discrecionalidad (incorporadas a nuestro derecho desde el capital trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA, 1962), que son halladas con normalidad tanto en la doctrina (pudiéndose encontrar en cualquier manual al uso; por todos, SÁNCHEZ MORÓN, 2014, pp. 88 y ss.) como en la jurisprudencia.

Finalmente, añadiremos a este estudio el papel que desde hace más de una década está representando el *derecho a una buena administración* como orientación del comportamiento administrativo hacia la calidad y el mejor servicio al interés general (PONCE, 2001).

5.1

El impacto del derecho de la Unión Europea

En cuanto al papel del derecho de la UE, este respeta la posibilidad de elección en los Estados miembros respecto a la gestión de los servicios públicos. La Directiva 23/2014, para la cual hay plazo de transposición hasta el día 18 de abril de 2016, afirma tal libertad¹⁴, y aunque no contempla entre las causas de finalización de los contratos una figura identificable con el rescate español, tampoco la prohíbe (véase art. 44; de hecho, los arts. 43.4, letra d, y 44, letra a, parecen aceptarlo con naturalidad, considerándolo una modificación sustancial de la concesión, al existir “un nuevo concesionario” que “sustituya a aquel al que el poder adjudicador o la entidad adjudicadora había adjudicado inicialmente la concesión”).

5.2

Existencia de potestad para rescatar: orientaciones legales para su ejercicio del art. 85 LBRL y obligación legal de proceder a la gestión directa

En el caso que nos ocupa, dada la posible afectación de la libertad de empresa y del derecho de propiedad de los concesionarios, existe una vinculación positiva de la Administración al ordenamiento jurídico, que mediante normas con rango de ley (LCSP, LPAP y diversa legislación sectorial, como ya nos consta) prevé la potestad de rescate, en los términos ya expresados.

La potestad de rescate solo puede ejercerse para el caso de que se pretenda recuperar la gestión directa del servicio, siendo ilegal su ejercicio si se efectúa para realizar una nueva concesión de la obra, servicio o dominio en favor de un tercero distinto (así lo recuerda la jurisprudencia, que llega a anular rescates por esa causa: véase la STS de 5 de abril de 1999, recurso de casación núm. 7541/1994).

Ahora bien, ejercer la potestad de rescate supone, implícitamente, tomar una decisión sobre el modo de gestionar un servicio o un bien (pasando del

14. Art. 2.1:

Principio de libertad de administración de las autoridades públicas

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

modo indirecto al modo directo, lo que en el caso de los servicios se conoce informalmente, como ya nos consta, con el nombre usual de *remunicipalización*). Esto es, al rescatar, se decide cómo gestionar un servicio. Por ello, la potestad de rescate no solo está concedida y limitada por la legislación de contratos y la demanial, sino que la legislación referida a la gestión de los servicios públicos será de aplicación.

Esto tiene singular relevancia en el ámbito local, donde el art. 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LBRL), establece ahora (tras su reforma por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local) unas directrices legales sobre cómo deben gestionarse los servicios públicos de competencia local. Este precepto señala que en la elección entre la gestión directa (y aun dentro de esta, aunque ahora no nos interese) y la gestión indirecta (y rescatar es una decisión de pasar de la segunda a la primera) deberá tenerse en cuenta este concreto mandato legal: “Los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente entre las enumeradas a continuación”.

En otras palabras, antes de decidir rescatar una concesión administrativa, se deberá estudiar, tener claro y fundamentar y justificar, como veremos, que la gestión directa del concreto servicio o del concreto bien es más sostenible (desde un punto de vista económico, ambiental y social) y eficiente (esto es, que emplea menos recursos o que dados unos recursos obtiene más resultados –por todos, PONCE, 2001–) que la gestión indirecta por el concesionario.

En caso contrario, esto es, si no se prueba por la Administración que la gestión directa es más sostenible y eficiente que la gestión indirecta, la decisión de rescatar será ilegal, por vulneración de este precepto de la LBRL (art. 63.1 Ley 30/1992)

5.3

Competencia de la Administración y del órgano para rescatar

En segundo lugar, como es tradicional, la decisión de rescatar deberá ser adoptada por la Administración (persona jurídica) competente (pues si no se incurrirá en un vicio de nulidad absoluta, art. 62.1 b, por razón del territorio o la materia, Ley 30/1992), y, dentro de esta, por el órgano que tenga otorgada la competencia (en caso contrario, se produciría un vicio de anulabilidad, art. 63 Ley 30/1992). Un ejemplo de control de la competencia para rescatar una concesión lo encontramos en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de diciembre de 2011 (recurso 2877), en relación con el rescate de una concesión administrativa para la explotación de un café-bar en un bien demanial local.

En términos generales, hay que sostener que deberá rescatar el mismo órgano que contrató u otorgó la concesión demanial, pues *quien puede lo más, puede lo menos* (como señala, por ejemplo, el Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad Autónoma de Madrid núm. 604/11, referido al rescate de una concesión demanial del Ayuntamiento de Las Rozas).

En el ámbito local, por ejemplo, corresponderá al Pleno el otorgamiento (y rescate) de concesiones demaniales, y a este y al alcalde la celebración de contratos (y su rescate), en los términos ahora de la disposición adicional segunda, apartado 2, de la LCSP. En el ámbito catalán, el rescate de un contrato de gestión de servicios públicos corresponderá en todo caso al Pleno, de acuerdo con el ROAS (art. 265.3).

5.4

Procedimiento administrativo debido para rescatar

Como es sabido, el procedimiento administrativo se configura como una institución relevante para proteger los derechos de los ciudadanos (en este caso, los de los concesionarios) y garantizar el cumplimiento de las obligaciones de buena administración, a las que luego nos referiremos (en este caso, contribuir a que el rescate sirva realmente a los intereses generales).

En el ámbito de los contratos, el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, establece el procedimiento a seguir en el ámbito estatal, en su art. 109¹⁵.

En el ámbito local, el ROAS catalán formaliza el procedimiento administrativo de ejercicio de la potestad de rescatar (art. 265). De acuerdo con este

15. Artículo 109. Procedimiento para la resolución de los contratos.

1. La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, previa autorización, en el caso previsto en el último párrafo del artículo 12.2 de la Ley, del Consejo de Ministros, y cumplimiento de los requisitos siguientes:

- a) Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio.
- b) Audiencia, en el mismo plazo anterior; del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía.
- c) Informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos previstos en los artículos 41 y 96 de la Ley.
- d) Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista.

2. Todos los trámites e informes preceptivos de los expedientes de resolución de los contratos se considerarán de urgencia y gozarán de preferencia para su despacho por el órgano correspondiente.

precepto, la ejecutividad de la decisión de rescatar será suspendida durante no menos de 6 meses (una expresión del principio de equilibrio financiero del contrato y una excepción sectorial a la ejecutividad inmediata, prevista por el art. 57 de la Ley 30/1992 y también establecida por el art. 99.1 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local).

El ordenamiento jurídico prevé también la necesidad de un dictamen preceptivo, pero no vinculante (art. 80 Ley 30/1992), del Consejo de Estado (art. 22.12 de su Ley orgánica 3/1980) u órgano consultivo equivalente (por ejemplo, en Cataluña, la Comisión Jurídica Asesora, art. 8.3 e) Ley 5/2005, y Dictamen 343/14, de 1 de octubre, de la Comisión Jurídica Asesora) en los supuestos en que haya oposición del contratista (art. 211 LCSP).

Por tanto, incluso allí donde el procedimiento de rescate no se halle totalmente formalizado, como mínimo deberá existir durante la instrucción un trámite de audiencia al concesionario y la solicitud de un dictamen al Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico equivalente preceptivo, aunque no vinculante, que deberá solicitarse y tenerse en cuenta en la toma de la decisión final. Todo ello en virtud de la Ley 30/1992 (art. 84) y de la normativa vista relativa a órganos consultivos.

La jurisprudencia ha controlado en diversas ocasiones el procedimiento de ejercicio de la potestad de rescatar, concluyendo a veces su ilegalidad por este motivo (STS de 29 de diciembre de 2003, recurso de casación 5496/1998, invalidez de rescate efectuado por un ayuntamiento por falta de dictamen de órgano consultivo; STS de 12 de diciembre de 2008, recurso de casación 2076/2006, anulando un rescate autonómico por ausencia de dictamen de órgano consultivo y recordando la necesidad de audiencia al concesionario, cuya ausencia, al no tratarse de un procedimiento sancionador, generará la anulabilidad si causa indefensión real y efectiva; STS de 18 de noviembre de 2010, relativa al rescate estatal de una concesión demanial, confirmando anulación por falta de dictamen del Consejo de Estado).

5.5

Los hechos determinantes para el rescate: el interés público como concepto jurídico indeterminado

Como es sabido, el ejercicio de una potestad administrativa, cuando no concurren los hechos determinantes previstos en la norma atributiva de la potestad, es ilegal. Como señala la jurisprudencia, su existencia y características escapan a toda discrecionalidad: los hechos son tal como la

realidad los exterioriza. No le es dado a la Administración inventarlos o desfigurarlos, aunque tenga facultades discrecionales para su valoración (por ejemplo, STS de 1 de diciembre de 1986).

Si una administración quiere rescatar una concesión administrativa, tendrá que explicar qué hechos fundamentan su decisión. Dado que la legislación solo prevé uno, que la concesión sea incompatible con el interés público o general, tendrá que existir esa incompatibilidad.

El interés público, pues, se configura como un concepto jurídico indeterminado contenido en la legislación de contratos, y demanial que determina el ejercicio de la potestad de rescate (sobre el interés general o público como concepto jurídico indeterminado, por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2002, 463). En cada concreto rescate, existiría una única solución justa: o concurrirá interés público para efectuar el rescate o no. Pero, obviamente, existirá un margen de apreciación administrativo, basado en la discrecionalidad ligada a la autonomía local, en su caso, que conducirá a la existencia, como dijimos, de una discrecionalidad técnica fundada en la ciencia jurídica, de gestión pública o económica para determinar si el rescate es o no conveniente para el interés general. Pero no hay libertad arbitraria en tal margen de apreciación, que no puede basarse, como dijimos, en puras razones ideológicas desconectadas de la concreta concesión administrativa y de sus específicas circunstancias (como tampoco lo puede hacer una decisión de privatizar la gestión de un servicio, por cierto).

Así, de nuestra jurisprudencia se deduce que no existe interés público para el rescate de contratos cuando se realiza para el otorgamiento del servicio a un tercero (STS de 5 de abril de 1999, recurso de casación 7541/1994); tampoco cabe confundir el orden público con el interés público (STSJ de Asturias de 8 de enero de 2013, recurso 224/2012). El Consejo de Estado ha señalado que el rescate “exige para su viabilidad la apreciación del interés público de su procedencia, que ha de quedar debidamente acreditada a juicio de la Administración actuante en el procedimiento”, siendo “obvio que no bastaría una abstracta invocación de su concurrencia que sin mayor precisión afirmaran los órganos instructores e informantes: al contrario, esta invocación ha de quedar suficientemente justificada en términos razonables siempre que se pretenda su aplicación” (Dictamen 50197/1987, a propósito de un rescate autonómico de una concesión de transporte regular de viajeros).

No existirá interés público para rescatar cuando el servicio “se venga realizando con la regularidad necesaria para su adecuado cumplimiento” (STSJ de Asturias de 8 de enero de 2013, antes citada, a contrario). Tam-

poco, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia ya vista, cuando exista un simple cambio político en la corporación municipal como razón del rescate.

5.6

Finalidad del rescate: la posible desviación de poder

La anterior reflexión nos introduce en otro típico elemento reglado que también concurre en los rescates: su necesaria persecución del interés general o público. No, en ningún caso, de un interés privado, sea individual o colectivo (por ejemplo, ideológico propio de un grupo o partido político), pues de perseguirse tal interés privado estaríamos ante una clásica desviación de poder, como pone de relieve CASSAGNE (2002, 419) para el caso argentino, al señalar que: “La utilización de la técnica del rescate para finalidades políticas o económicas constituye una de las amenazas más generales [...] y es necesario que el derecho administrativo moderno encuentre el equilibrio para que el sistema jurídico brinde la mayor seguridad jurídica a las inversiones”.

Igualmente, inventarse causas de resolución por incumplimiento como medio para lograr un rescate con mejores condiciones económicas para la Administración también supondría una desviación de poder.

De existir tal desviación de poder, la misma provocaría la invalidez del rescate (art. 63.1 Ley 30/1992).

5.7

Motivación del rescate

La garantía de que un rescate no va a ser arbitrario ni resultado de una mala administración (como luego veremos) es que se exterioricen las razones que justifican el mismo. De conformidad con el art. 54.1 de la Ley 30/1992, todo acto administrativo de rescate va a tener que incluir una sucinta referencia a los hechos y fundamentos de derecho que lo justifican. Y dado que en este caso la normativa atributiva de la potestad exige la concurrencia de un interés público, la motivación deberá explicar este. La ausencia de motivación o una motivación puramente formal que no explique la razón de interés pública concreta que da lugar al rescate convertirá a este en ilegal, por vulneración de los arts. 9.3 CE y 54 de la Ley 30/1992 (de conformidad con el art. 63.1 de esta misma Ley).

5.8

Principios generales del derecho que limitan el rescate: en especial, interdicción de la arbitrariedad y proporcionalidad (subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*). Balance coste-beneficio, consideración de la indemnización y situación de los trabajadores

La técnica más sofisticada de control del ejercicio del margen de apreciación del concepto jurídico indeterminado “interés público” (o, si lo preferimos, de la discrecionalidad técnica a que este da lugar) que fundamenta un posible rescate es la consideración del respeto o no de los límites establecidos por los principios generales del derecho. Entre ellos, dos nos parecen de singular importancia en este ámbito: el de interdicción de la arbitrariedad y el de proporcionalidad.

Respecto al primero, como es sabido, viene consagrado en el art. 9.3 CE y es de corriente uso en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, que lo aplica habitualmente para controlar (y anular) decisiones administrativas irracionales o no motivadas (por todas, STS de 10 de mayo de 2000). Por tanto, un rescate que sea irracional, al no poder aportarse razones basadas en la técnica de gestión pública de los servicios, o que, siendo quizás racional, no esté motivado (en los términos vistos en el apartado anterior), será ilegal y susceptible de anulación, en su caso judicial.

En cuanto al principio de proporcionalidad, es bien conocido también en la jurisprudencia del TEDH, de nuestro Tribunal Constitucional (que lo considera inherente a nuestro Estado de derecho y vinculado al valor Justicia del art. 1 CE, SSTC 85/1992, FJ 4, y 50/1995, FJ 7) y de nuestro Tribunal Supremo. La jurisprudencia y la doctrina distinguen tres subprincipios en el mismo. En primer lugar, el de idoneidad, que implica que la decisión administrativa deba perseguir un interés general (pues en otro caso se produciría desviación de poder, en los términos ya aludidos). En segundo lugar, el subprincipio de necesidad, pues, aun persiguiendo un interés general, la decisión (por ejemplo, un rescate) debe ser la menos restrictiva posible de derechos de los ciudadanos (por ejemplo, de los concesionarios). Esta vertiente del principio de proporcionalidad se halla explicitada ahora en el art. 39 bis de la Ley 30/1992¹⁶.

16. *Artículo 39 bis. Principios de intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad.*

1. *Las Administraciones Públicas que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán elegir la medida*

Este subprincipio es singularmente importante en relación con los rescates, porque si la Administración contratante o titular del demanio puede servir al interés general sobrevenido de otros modos distintos a la expropiación de los derechos derivados del contrato o del título habilitante para el uso privativo demanial, está obligada a hacerlo. Efectivamente, como ya hemos indicado, el rescate es, en definitiva, una privación singular de derechos del concesionario, y el Tribunal Supremo ha dejado claro que si existe una alternativa menos gravosa que la expropiación de bienes, esa es la que debe ser seleccionada, siendo ilegal entonces la expropiación (STS de 30 de diciembre de 1991, por ejemplo y de forma muy clara).

Finalmente, aun persiguiendo una finalidad de interés general y haciéndolo de la manera menos restrictiva posible, una decisión de rescate no superará el test de proporcionalidad si los beneficios que genera son inferiores a los costes que origina (subprincipio de proporcionalidad *stricto sensu*). Este test, empleado también por nuestra jurisprudencia (por todas, STS de 18 de marzo de 1999, por ejemplo, respecto a la anulación del trazado de un vial urbanístico), implica que la decisión de rescate no solo ha de ser más sostenible y eficiente que la gestión indirecta preexistente (art. 85 LBRL, ya analizado), sino que, siéndolo, los beneficios que reporte a la sociedad (ambientales, sociales, económicos) superarán los costes que le infrinja (de todo tipo también, ambientales, sociales y económicos).

Corresponderá al decisor efectuar este análisis coste-beneficio y demostrar que la decisión no es desproporcionada. Para ello, antes de tomar la decisión, deberá haber analizado, por ejemplo, los costes que generará la gestión directa, el personal con el que contará, el impacto del rescate en los empleados de la concesionaria y sus obligaciones con ellos, etc.

5.9

Obligaciones jurídicas de buena administración y rescate: derecho a una buena administración, *due care* y *due diligence*

En la última década diversas iniciativas, normas jurídicas y decisiones judiciales han impulsado el derecho a una buena administración, y las obligaciones derivadas de él para las Administraciones, como un elemento relevante de

menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias.
[...]

la agenda jurídica internacional en el ámbito del derecho administrativo (así, por ejemplo, entre otros muchos, BOUSTA, 2010; WAKEFIELD, 2007; PONCE, 2005, y CASTILLO, 2015).

Dejando ahora de lado el contexto europeo (incluyendo el conocido art. 41 de la CDFUE y la jurisprudencia del TEDH y del TJUE, con más de 300 sentencias ya sobre la buena administración –*good, proper* o *sound administration*– desde los años 60 del pasado siglo hasta 2015), el derecho a una buena administración se encuentra ya incorporado en diversa *normativa española*. La Constitución de 1978 (como hemos tenido ocasión de señalar en otro momento con más extensión y detalle –PONCE, 2001–) prevé implícitamente un auténtico deber jurídico de medios: lo que hemos denominado –siguiendo la línea clásica de nuestra legislación, jurisprudencia y doctrina– *deber de buena administración*. Deber que se encuentra explicitado en los arts. 9.3 (principio de interdicción de la arbitrariedad), 31.2 (principios de economía y eficiencia) y 103.1 (principios de objetividad, coordinación y eficacia), y que afecta a todo desarrollo de la función administrativa.

Modernos *estatutos de autonomía* han recogido también el derecho a una buena administración¹⁷. En el *nivel legal*, la legislación de contratos contiene una referencia clásica a la orientación de la capacidad de contratación de las Administraciones Públicas por los principios de buena administración (actual art. 25.1 LCSP). Asimismo, también en el preámbulo de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, se hace una alusión a la buena administración.

Una reciente incorporación *in extenso* del derecho a una buena administración la encontramos en diversas *leyes autonómicas*. Así, la Ley catalana 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña, cuyo artículo 22 recoge explícitamente el derecho a una buena administración¹⁸. En Andalucía, la Ley 9/2007, de 22 de

17. Ténganse en cuenta: el art. 30 del Estatuto de Autonomía catalán, aprobado por la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio; el art. 31 del nuevo Estatuto de Autonomía andaluz, aprobado por la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo; el art. 14 del nuevo Estatuto de Autonomía balear, aprobado por la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero; el art. 12 del nuevo Estatuto de Autonomía de Castilla y León, aprobado por la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, o el art. 9 de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, al Estatuto de Autonomía valenciano.

18. Artículo 22. Derecho a una buena administración.

1. El derecho de los ciudadanos a una buena administración incluye:
 - a. El derecho a que la actuación administrativa sea proporcional a la finalidad perseguida.
 - b. El derecho a participar en la toma de decisiones y, especialmente, el derecho de audiencia y el derecho a presentar alegaciones en cualquier fase del procedimiento administrativo, de acuerdo con lo establecido por la normativa de aplicación.

octubre, también se refiere a los principios de buena administración¹⁹. En el caso de Castilla y León, el derecho a una buena administración reconocido en su Estatuto es desarrollado por una entera Ley, la Ley de la Comunidad Autónoma de Castilla y León 2/2010, de 11 de marzo, de Derechos de los Ciudadanos en sus relaciones con la Administración y de Gestión Pública, que tiene, según su art. 1, “por objeto fundamental regular y desarrollar el derecho a una buena administración reconocido en el artículo 12 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, en el marco del propio Estatuto de Autonomía y de la legislación básica del Estado”. Y la Ley Balear 4/2011, de 31 de marzo, lleva el expresivo título: “de la buena administración y del buen gobierno”.

En fin, una nueva generación de leyes españolas ha incorporado previsiones de buena administración y buen gobierno en los últimos años, como luego comprobaremos.

En la misma línea, el *Tribunal Supremo español* ya se ha referido en numerosas ocasiones, en muy distintos ámbitos, al derecho a una buena ad-

-
- c. *El derecho a que las decisiones de las Administraciones Públicas estén motivadas, en los supuestos establecidos legalmente, con una sucinta referencia a los hechos y a los fundamentos jurídicos, con la identificación de las normas de aplicación y con la indicación del régimen de recursos que proceda.*
 - d. *El derecho a obtener una resolución expresa y a que se les notifique dentro del plazo legalmente establecido.*
 - e. *El derecho a no aportar los datos o los documentos que ya se encuentren en poder de las Administraciones Públicas o de los cuales estas puedan disponer.*
 - f. *El derecho a conocer en cualquier momento el estado de tramitación de los procedimientos en los que son personas interesadas.*
2. *Las Administraciones Públicas de Cataluña deben fomentar la participación ciudadana en las actuaciones administrativas de su competencia, a fin de recoger las propuestas, sugerencias e iniciativas de la ciudadanía, mediante un proceso previo de información y debate.*

19. Esta señala en su art. 5 lo siguiente:

Artículo 5 Principio de buena administración

1. *En su relación con la ciudadanía, la Administración de la Junta de Andalucía actúa de acuerdo con el principio de buena administración, que comprende el derecho de la ciudadanía a:*

- a. *Que los actos de la Administración sean proporcionados a sus fines.*
 - b. *Que se traten sus asuntos de manera equitativa, imparcial y objetiva.*
 - c. *Participar en las decisiones que le afecten, de acuerdo con el procedimiento establecido.*
 - d. *Que sus asuntos sean resueltos en un plazo razonable, siguiendo el principio de proximidad a la ciudadanía.*
 - e. *Participar en los asuntos públicos.*
 - f. *Acceder a la documentación e información de la Administración de la Junta de Andalucía en los términos establecidos en esta Ley y en la normativa que le sea de aplicación.*
 - g. *Obtener información veraz.*
 - h. *Acceder a los archivos y registros de la Administración de la Junta de Andalucía, cualquiera que sea su soporte, con las excepciones que la ley establezca.*
- [...]

ministración, como lo han hecho también los *tribunales superiores de justicia de las comunidades autónomas*²⁰.

El derecho a la buena administración supone un auténtico cambio de paradigma en el entendimiento, análisis y control de la actividad pública²¹, pues respecto a esta debe entenderse, ante todo, que incluso la producción de actos jurídicos formalizados (adjudicaciones de contratos, rescates, decisiones de gestionar indirectamente un servicio, autorizaciones, reglamentos, etc.), como resultado del ejercicio de potestades administrativas, supone un servicio para la colectividad, como lo es la gestión de hospitales o de escuelas, servicio que puede y debe ser evaluado tomando como parámetros, entre otros, los criterios de eficacia, eficiencia y economía, que pueden articularse a través del procedimiento de elaboración de esas decisiones²². Esta reflexión nos conduce a la relevancia del derecho en garantía de la buena administración, aunque esta no solo dependa de él (pero también de él).

Efectivamente, el derecho español ha diseñado diversas técnicas para hacer efectivo ese derecho a una buena administración (cartas de servicios, códigos éticos o de conducta...) en las que ahora no entraremos, salvo en lo que se refiere a la obligación jurídica existente de tomar en consideración con la máxima diligencia y cuidado posible los hechos (obligación de *due care o due diligence*, desarrollada por la jurisprudencia del TJUE), intereses, derechos y normas jurídi-

20. Un recopilatorio jurisprudencial es consultable en MIGLIARI, W. y PONCE, J., “El derecho a una buena administración y su protección judicial. La contribución del derecho y de los juristas al buen funcionamiento de las instituciones públicas”, Blog de la Revista Catalana de Derecho Público, 2015, disponible en <http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapc-redp/2015/10/22/el-derecho-a-una-buena-administracion-y-su-proteccion-judicial-la-contribucion-del-derecho-y-de-los-juristas-al-buen-funcionamiento-de-las-instituciones-publicas-wellington-migliari-y-juli-ponce-s/>, donde en la parte final hay remisión a un anexo de jurisprudencia.

Por lo que se refiere al Tribunal Supremo, las primeras sentencias recayeron en el ámbito de la contratación, sector donde nuestra legislación tradicionalmente hacía –y hace– alusión a los principios de buena administración como inspiradores de la actividad contractual pública. Es el caso, por ejemplo, de las SSTS de 13 de febrero de 2001 (aunque aquí se desestima el recurso) o de 11 de junio de 2001 (donde no solo se anula la adjudicación, con alusión a los principios de buena administración, sino que incluso se condena a la Administración a adjudicar el contrato a una concreta empresa). En la STS de 3 de mayo de 2007 (RJ2007\8351) se anula un contrato de compraventa de varias parcelas realizada por el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife en conexión con el Plan Parcial de las Teresitas, puesto que la ausencia de una ponderación adecuada del precio a pagar por la Administración supone una vulneración de los “principios de buena administración”.

21. Utilizamos la expresión paradigma en el sentido empleado en el ámbito de las ciencias naturales por KUHN, 1996, extendiéndolo en este caso a las ciencias sociales y, concretamente, al derecho (público).

22. Llama la atención sobre este punto CERULLI IRELLI, 1997, 339 y 340, señalando el cambio cultural “de verdadera y propia revolución” que esto conlleva, respecto a los administradores, los jueces y los ciudadanos.

cas implicados en la toma de toda decisión administrativa discrecional, también, claro está, en el caso de los rescates (véase ahora, por ejemplo, el art. 54.2 del Estatuto Básico del Empleado Público, Ley de 7/2007, de 12 de abril, señalando la obligación de desarrollar las funciones públicas “de forma diligente”)²³.

Este debido cuidado y diligencia comporta la necesidad de generar alternativas al rescate antes de adoptar este, alternativas menos gravosas para el concesionario que la expropiación de sus derechos, para dar cumplimiento al principio de proporcionalidad ahora explicitado en el art. 39 bis de la Ley 30/1992.

5.10

Eficiencia, economía, art. 135 CE y equilibrio presupuestario de los entes locales

En la ponderación diligente y cuidadosa de todos los elementos relevantes para la toma de la decisión de rescatar, ya vimos que era preciso constatar por el decisor que la gestión directa sería más sostenible y eficiente que la indirecta existente (art. 85 LBRL). Además, el art. 31 CE, al establecer el principio de economía como elemento de la buena administración, también obliga a ponderar el posible ahorro de recursos públicos que una u otra solución supone.

Esa ponderación debe efectuarse, además, en el contexto establecido por el art. 135 CE y la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria, que lo desarrolla, que exigen estabilidad presupuestaria a los entes estatales y autonómicos y *equilibrio presupuestario* a los entes locales. En el ámbito local, la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), que modificó la LBRL, declara en su preámbulo su objetivo de ajustarse a la normativa de estabilidad presupuestaria. En ese sentido, será preciso también al adoptar la decisión de rescatar tener en cuenta el art. 116 bis de la LBRL, introducido por el número treinta del artículo primero de la LRSAL²⁴.

23. En el ámbito de la citada jurisprudencia del TJUE, es destacable la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 29 de abril de 2015, T-217/11, Sala Cuarta, Claire Staelen c. Ombudsman de la Unión Europea, ponente Kreuzschitz, con una interesante descripción de la obligación jurídica de diligencia debida que implica este derecho.

Esta ponderación con debido cuidado y debida diligencia derivada del derecho a una buena administración enlaza con la ya existente en algunos derechos nacionales, como el alemán, y está calando lentamente en el español. Véanse al respecto RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2000, 2015) y PONCE (2001).

24. *Artículo 116 bis. Contenido y seguimiento del plan económico-financiero.*

1. *Cuando por incumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, del objetivo de deuda pública o de la regla de gasto, las corporaciones locales incumplidoras formulen su*

En este sentido, la decisión de rescatar o no deberá medir el impacto del rescate en las arcas públicas, y garantizar que no suponga incumplimiento de estos requisitos constitucionales y legales. Si se adoptara la decisión de rescatar y ello implicara vulnerar dichas obligaciones jurídicas, la decisión sería inválida por contravenir estos preceptos y el decisor sería susceptible, dependiendo de las circunstancias, de cometer una infracción de las tipificadas en el art. 28 de la Ley estatal 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno²⁵.

5.11

Principios de buen gobierno y obligaciones de buena administración. En concreto, las leyes de transparencia y buen gobierno

La última referencia anterior nos da pie a destacar cómo la normativa y la jurisprudencia mencionadas sobre la buena administración han sido completadas recientemente, como avanzamos antes, con la aprobación de una nueva

plan económico-financiero lo harán de conformidad con los requisitos formales que determine el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

2. *Adicionalmente a lo previsto en el artículo 21 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, el mencionado plan incluirá al menos las siguientes medidas:*

- a) *Supresión de las competencias que ejerza la entidad local que sean distintas de las propias y de las ejercidas por delegación.*
- b) *Gestión integrada o coordinada de los servicios obligatorios que presta la entidad local para reducir sus costes.*
- c) *Incremento de ingresos para financiar los servicios obligatorios que presta la entidad local.*
- d) *Racionalización organizativa.*
- e) *Supresión de entidades de ámbito territorial inferior al municipio que, en el ejercicio presupuestario inmediato anterior, incumplan con el objetivo de estabilidad presupuestaria o con el objetivo de deuda pública o que el periodo medio de pago a proveedores supere en más de treinta días el plazo máximo previsto en la normativa de morosidad.*
- f) *Una propuesta de fusión con un municipio colindante de la misma provincia.*

3. *La diputación provincial o entidad equivalente asistirá al resto de corporaciones locales y colaborará con la Administración que ejerza la tutela financiera, según corresponda, en la elaboración y el seguimiento de la aplicación de las medidas contenidas en los planes económico-financieros. La diputación o entidad equivalente propondrá y coordinará las medidas recogidas en el apartado anterior cuando tengan carácter supramunicipal, que serán valoradas antes de aprobarse el plan económico-financiero, así como otras medidas supramunicipales distintas que se hubieran previsto, incluido el seguimiento de la fusión de entidades locales que se hubiera acordado.*

25. El artículo 26.3 de esta Ley señala que los principios de buen gobierno establecidos en dicho artículo informarán la interpretación y aplicación del régimen sancionador regulado en ese título. En tal sentido, el art. 28 establece las infracciones muy graves en materia de gestión económico-presupuestaria.

generación de leyes de transparencia, acceso a la información y buen gobierno, empezando por la Ley estatal 19/2013 y siguiendo por numerosas leyes autonómicas, entre ellas, por ejemplo, la catalana 19/2014 (al respecto, CERRILLO y PONCE, 2015).

En ellas se concretan las obligaciones de buena administración y se establecen también referencias al buen gobierno de cargos electos y altos cargos. En este sentido, es destacable que tanto la Ley estatal (art. 26) como algunas autonómicas, como la catalana, por ejemplo (art. 55), establecen como principios jurídicos de buen gobierno, que deben ser respetados por la actividad de los cargos electos y de los altos cargos, los de imparcialidad, objetividad, servicio exclusivo a los intereses generales, persecución de la calidad de los servicios o gestión adecuada de los recursos públicos.

Estos principios, cuya vulneración puede dar lugar a la comisión de infracciones tipificadas (arts. 29 y ss. Ley estatal, y 76 y ss. Ley catalana), y que se articulan a través de técnicas específicas (como los códigos de buen gobierno o las cartas de servicio, véanse los arts. 56 y ss. de la Ley catalana, por ejemplo), en lo que ahora nos interesa, si son vulnerados pueden conducir a la invalidez de una decisión de rescatar adoptada por un cargo electo o alto cargo en base a motivos puramente ideológicos, al faltar al deber de buen gobierno de comportamiento imparcial y objetivo.

5.12

Motivación y justificación del rescate: la carga de la prueba de la Administración y la (ausencia de) presunción de acierto

Finalmente, el cumplimiento de los principios de buen gobierno y del derecho a una buena administración supone que la decisión discrecional que se adopte justifique el rescate que se efectúe (en los términos de la motivación exigible, ya descritos), y que dicha motivación sea coherente con el expediente administrativo y este demuestre no solo el cumplimiento meramente formal de los trámites exigibles (audiencia, dictamen órgano consultivo, etc.), sino que el deber jurídico de debida diligencia y cuidado se ha cumplido, y que el material recogido en la instrucción es suficiente y ha sido adecuadamente valorado.

Si un demandante alega un vicio procedimental, la aplicación del derecho a una buena administración debería dar lugar al control judicial de los trámites procedimentales. Dicho control debería basarse en una presunción de mala administración, que podrá ser destruida (o no) mediante el análisis

del expediente del rescate, presunción de apariencia de *mal derecho* que debe tenerse en cuenta judicialmente, en caso de solicitud de medidas cautelares.

Efectivamente, la vulneración del procedimiento debido respecto a la decisión de rescatar debe dar lugar a una presunción de ilegalidad de la decisión adoptada. Esa presunción de ilegalidad comporta una “apariencia de mal derecho”, concretamente de mala administración o mal gobierno, lo que puede justificar la adopción de medidas cautelares que impidan el abuso de autotutela en relación con decisiones de baja calidad presuntamente ilegales.

La primera de las afirmaciones está vinculada con la carga de accionar que corresponde al ciudadano, como resultado de la *presunción de validez*, pero que no supone el desplazamiento de la carga de la prueba dentro del proceso judicial (REBOLLO PUIG, 2005). La Administración ha de probar que ha desarrollado una buena administración o un buen gobierno, mediante el seguimiento del procedimiento debido para aprobar el rescate. Y tal prueba solo la puede hacer a través del expediente que remite al órgano judicial (de ahí su extraordinaria importancia, que lleva a que ahora la LJCA se ocupe de cómo se ha de elaborar y remitir en caso de impugnación, art. 48.4) y de la fundamentación y justificación de la decisión normativa adoptada.

Esta prueba de buena administración es singularmente importante en caso de haberse desarrollado potestades discrecionales, como las que ahora nos ocupan. Como expone la STS de 15 de noviembre de 1995 (Ar. 8549), no basta con alegar la existencia de discrecionalidad, sino que el expediente debe reflejar el cumplimiento del “deber de razonar las decisiones”, ya que “no es conforme a los principios de la carga de la prueba exigir a los administrados una prueba que no está en su mano realizar”, como es demostrar que una decisión discrecional no es la más adecuada en su servicio al interés general²⁶.

Por todo ello, debe considerarse, en aplicación del principio de buena fe en su vertiente procesal, que es la Administración la que debe probar, mediante la actividad instructora realizada, plasmada documentalmente en el expediente, y la motivación, que ha cumplido su deber de buena administración y buen gobierno y su obligación de seguimiento de un procedimiento debido. Efectivamente, como ha expuesto la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con diversos supuestos, la regla general del art. 1214 del Código Civil “puede intensificarse o alterarse, según los casos, aplicando el criterio de la facilidad, en virtud del principio de la buena fe en su vertiente procesal: hay datos de hechos fáciles de probar para una de las partes que sin embargo

26. En este sentido, es modélica la STS de 9 de julio de 1996 (Ar. 5970).

pueden resultar de difícil acreditamiento para la otra”²⁷. Lo que aplicado al ámbito que nos ocupa desplaza la carga de la prueba a la Administración que ejerce la potestad de rescate: es ella quien debe demostrar, mediante el expediente y la motivación, la buena administración y el buen gobierno desarrollados en el procedimiento de ejercicio de la potestad²⁸.

Por otro lado, de acuerdo con la doctrina contenida en la STC 7/1994, de 17 de enero (RTC 1994, 7), y también en la STC 227/1991, de 28 noviembre (RTC 1991, 227), cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE) conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad.

En definitiva, *la ausencia de la adecuada fundamentación de la decisión en el expediente y su motivación defectuosa deberían hacer cesar su presunción de validez. Surge entonces, a la vista de la inexistencia de expediente o motivación, o de los defectos de los mismos, una presunción de ilegalidad, por incumplimiento del deber constitucional de comportamiento objetivo, y del derecho a una buena administración, cuando esté reconocido legalmente, y una vulneración de la obligación legal de seguimiento del procedimiento debido. Al incumplir la Administración su obligación de prueba del respeto al ordenamiento y de haber tomado las medidas necesarias para garantizar el acierto, debe presumirse que la decisión finalmente adoptada es inválida.*

Por ello, no nos parecen adecuadas ciertas expresiones en la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativas a que determinadas decisiones administrativas gozan de una *presunción de acierto*²⁹. No hay que confundir

27. *Vid.*, entre otras, las SSTs de 23 de junio de 1987 (Ar. 6525), de 17 de junio de 1989 (Ar. 4731), de 7 de marzo de 1995 (Ar. 1952) o de 14 de marzo de 1995 (Ar. 2369), recaídas en ámbitos tan distintos como el ejercicio de la potestad organizatoria o el ejercicio de la potestad de clasificación del suelo como urbano.

28. La STS de 11 de junio de 1998 (RJ 4504), recogiendo la doctrina de la STS de 12 de marzo de 1997 (RJ 1997\1788), señala al respecto:

[...] aun cuando en el proceso contencioso-administrativo corresponde al actor destruir la presunción de legalidad inherente a los actos administrativos, ello no supone imponerle la carga de producir fuera del expediente administrativo aquellos elementos probatorios que deben constar en el mismo y que la Administración está obligada a remitir al proceso, por lo que la pasividad (o la inoperancia, más o menos evitable) de esta última, en tal sentido, no solo invierte la carga de la prueba, sino que redundo o puede redundar en perjuicio de la Administración autora del acto; en tanto en cuanto otra cosa sería tanto como primar la actitud o postura procesal de la Administración y obstaculizar el derecho de los administrados a la plena tutela jurisdiccional, sin grado de indefensión alguno.

29. Típicamente, aquellas decisiones que provienen del ejercicio de la denominada discrecionalidad técnica, por parte de órganos administrativos cuya constitución refuerza su conocimiento técnico y/o imparcialidad, como la fijación del justiprecio por los jurados de expropiación o la selección de empleados públicos mediante las comisiones de evaluación, como es sabido.

la existencia de discrecionalidad con la concurrencia de una presunción de acierto: tal acierto *no puede presumirse*, sino que deberá probarse, mediante el seguimiento del procedimiento debido y la fundamentación en el expediente y la justificación ofrecida. Si no existe tal cosa, la presunción es de mala administración y de ilegalidad, no, obviamente, de acierto.

Cuestión distinta es que si existe cumplimiento de las obligaciones de buena administración, y no se prueba por el recurrente cosa en contrario, la decisión discrecional no puede ser anulada, puesto que su acierto o desacierto no corresponde decidirlo al poder judicial, de acuerdo con el principio de división de poderes, que encuentra, como es conocido, su expresión en el art. 71.2 LJCA, al señalar este precepto que “los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados”.

Si bien en un principio la apariencia de buen derecho juega *ex lege* en favor de la Administración, *ante la ausencia de expediente o a la vista de sus importantes defectos, la presunción de validez, la apariencia de buen derecho de la decisión administrativa, desaparece, siendo sustituida por una apariencia de ilegalidad*. Ante la situación descrita, *el órgano judicial debe tener en cuenta esa apariencia de resultado de mala administración o del mal gobierno de la decisión final, y ponderarla en su pronunciamiento sobre la adopción de medidas cautelares*, puesto que, a la vista del expediente o de su falta, la apariencia de buen derecho se desplaza a la posición del recurrente.

Efectivamente, en el caso de la impugnación de actos trámite, si el presupuesto de adopción de las medidas cautelares es el *periculum in mora* (CHINCHILLA MARÍN, 1999, 581 y ss.), parece razonable entender que el recurso pueda perder su efectividad si, presentado contra una actividad procedimental defectuosa, la Administración, estando el litigio en marcha, dicta el acto definitivo de rescate. La finalidad legítima del recurso en este caso pudiera ser, al margen, insistimos, de la trillada perspectiva defensiva, evitar un defectuoso ejercicio de una potestad, una mala administración que conduzca, inevitablemente, a una decisión de baja calidad. En consecuencia, parece razonable que, para lograr esa finalidad y asegurar el resultado del proceso³⁰, el órgano judicial pueda llegar a conceder, previa ponderación de los intereses en presencia, las oportunas medidas cautelares, incluso posi-

30. *Vid.* la exposición de motivos de la LJCA, apartado VI.5.

tivas, tales como, por ejemplo, la orden de interrupción del procedimiento administrativo en marcha³¹.

En el caso de las decisiones de rescate ya adoptadas, la ausencia de fundamentación o los graves defectos de estas, al provocar la desaparición de la presunción de validez de la decisión administrativa, *comportan al mismo tiempo que la efectividad de la decisión pueda dejar de tener sentido, arrasando así la caída de la presunción de legalidad al privilegio de ejecutoriedad* (FONT LLOVET, 1982, 485 y ss.). Podría jugar, entonces, el criterio del *fumus boni iuris*, o apariencia de buen derecho del recurrente (o de *fumus malus iuris* para la Administración), como elemento a considerar junto al art. 130 LJCA³², conectado a la idea de “abuso de ejecutividad”, la cual ha sido manejada por el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA al comentar diversas resoluciones judiciales³³.

6

Reflexiones finales

La apelación a la mera ideología para gestionar de un modo u otro (de forma directa o indirecta) un servicio público, no es ya suficiente en el siglo XXI, frente al derecho y las obligaciones que este incorpora de buena administración. El derecho no es indiferente ni a la *remunicipalización* ni a la *privatización*. Ello no significa que no puedan adoptarse ambas decisiones, ni que el derecho sea una carrera de obstáculos (también ideológicos) en uno u otro sentido.

31. Por otro lado, con una interpretación *a contrario sensu*, podría llegar a sostenerse que, de no hacerlo así, de no proceder a la paralización del procedimiento en el que se ha desarrollado una posible defectuosa actividad que puede incidir en la decisión final a adoptar o causar perjuicios de imposible reparación (art. 25.1 LJCA), de la inactividad del órgano judicial pudiera “derivarse perturbación grave de los intereses generales o de tercero” (art. 130.2 LJCA), ya que la violación del procedimiento administrativo debido puede comprometer tanto a unos como a otros.

32. Tras la LJCA, no debe descartarse el juego del criterio del *fumus boni iuris*, pese a la ausencia de mención expresa en el art. 130 LJCA. Por un lado, tal criterio parece estar implícito en el art. 136 LJCA, pero, en cualquier caso, como señala CHINCHILLA, C., 1999, 192, la idea de daño o perjuicio seguirá siendo el criterio rector de la adopción de medidas cautelares, “obviamente con otros criterios que van desde el *fumus boni iuris*, hasta los daños o perjuicios que puedan causarse al interés general o a terceros”. En este sentido, tras la entrada en vigor de la LJCA, *vid.* el Auto de 6 de mayo de 1999 (Ar. 4008) afirmando expresamente la vigencia y utilidad del criterio del *fumus boni iuris*. Un análisis de las distintas posiciones doctrinales puede encontrarse en ALCANTARILLA HIDALGO, 2001, 2 y ss.

33. Sobre el criterio del *fumus boni iuris* en su aplicación al ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, pueden consultarse los estudios de GARCÍA DE ENTERRÍA, E., 1991 (a), pp. 65 y ss.; 1991 (b), 255 y ss., y 1991 (c), 411 y ss.

Si, volviendo al asunto aquí abordado, se considera necesario el rescate –lo que, no lo olvidemos, se trata de una decisión legítima, inscrita además en el ámbito de la autonomía local constitucionalmente garantizada, si nos encontramos en el ámbito municipal–, este puede llevarse a cabo, siempre que sea fruto de una ponderación cuidadosa y de una justificación coherente, que responda a un buen gobierno y una buena administración, guiados, legítimamente, por visiones políticas legítimas del bien común, pero no obstruidos por miopías ideológicas irracionales. Esta afirmación vale, por cierto –es preciso recalcarlo de nuevo–, para la operación contraria, esto es, la *externalización*, la *privatización* de la gestión, el paso, en definitiva, a la gestión indirecta de un servicio gestionado hasta el momento directamente.

En ese sentido, este estudio puede verse como una sucesión de obstáculos legalistas a las decisiones sobre la gestión de los servicios públicos, o, visión que es la nuestra, como una lista de comprobación, una *checklist*, en positivo, de los deberes (jurídicos) que tienen que hacer las Administraciones en garantía de la mejor decisión posible para los ciudadanos. De tal modo que si se trata de una decisión madura, que ha evaluado y respetado tanto los elementos reglados como los límites derivados de los principios generales y las obligaciones de buena administración, entonces puede adoptarse con la tranquilidad de saber que resistirá el test jurídico correspondiente, en su caso judicial.

En todo caso, la capacitación profesional de los responsables de garantizar el buen funcionamiento de los servicios públicos, su buena administración, es fundamental, más allá de las meras declaraciones grandilocuentes sobre las bondades/maldades de la gestión directa o sobre las bondades/maldades de la indirecta. Como señala el especialista en ciencia política LAPUENTE (en un interesante libro, 2015), necesitamos más personas con capacidad técnica y que se basen en datos empíricos (*exploradoras*, en la tipología que él crea y maneja) para lograr la buena gestión, y menos ideólogos que prometan soluciones mágicas y rápidas (*chamanes*, en su terminología, por contraposición a las *exploradoras*).

Por tanto, más allá de la privatización y la remunicipalización, lo fundamental sería integrar la evaluación de las políticas públicas, en este caso en el ámbito contractual, y ofrecer el diseño institucional y la formación necesaria en garantía de la buena administración. Porque, en definitiva, el modo de prestación de los servicios públicos debe ser en beneficio de los ciudadanos (como señala el art. 45.2 del RSCL de 1955, el modo de gestión debe ser el que “reporte a los usuarios condiciones más ventajosas”), no una ofrenda en el altar de ideólogos *externalizadores* o *remunicipalizadores*.

Ese beneficio de los ciudadanos, que constituye en definitiva el interés general (que no es *transcendente*, ligado a abstractas consideraciones ideológicas, sino *inmanente* a los intereses de los usuarios de los servicios públicos –NIETO, 1991–, y que no consiste solo en la eficiencia económica –PONCE, 2011–), exige un análisis riguroso y justificado del mejor modo de gestión atendiendo a las circunstancias concretas de la Administración prestadora y del servicio específico, caso por caso. Con una diligencia o un cuidado debidos que permitan “un amplio debate social público sobre todas las cuestiones relacionadas con dicho medio de gestión de aquellos servicios en aras de que las observaciones, sugerencias y alegaciones allí formuladas por todos lo que puedan resultar afectados contribuyan a la mejor formación de la voluntad que ha de plasmarse en los sucesivos actos administrativos que han de tomarse en el procedimiento administrativo iniciado para la prestación del servicio en las condiciones que resulten más beneficiosas para el interés general” (STS de 22 de junio de 2004 –recurso de casación 2384/1999–, referida, concretamente, a la aprobación municipal de un cambio del régimen de gestión de servicios públicos de abastecimiento, distribución de agua y alcantarillado, que pasan de gestión directa a gestión indirecta, en la forma de concesión).

Esto es, la gestión pública debe hacer realidad el derecho a una buena administración de los usuarios de los servicios y de la totalidad de los ciudadanos, en terminología ya propia del siglo XXI.

7

Bibliografía

- ALCANTARILLA HIDALGO, F. J., “La revisión casacional de la tutela cautelar”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 496, de 26 de julio de 2001, pp. 2 y ss.
- ARPAL, J., Voz “Ideología”, en GINER, S., LAMO DE ESPINOSA, E. y TORRES, C. (eds.), *Diccionario de Sociología*, Alianza editorial, 1998, pp. 366 y ss.
- BLANQUER CRIADO, D., *La concesión de servicio público*, Tirant lo Blanch, 2002.
- BOUSTA, R., *Essai sur le notion de bonne administration en droit public*, L’Harmattan, 2010.
- CASSAGNE, J. C., *Derecho Administrativo II*, Lexis Nexis Abeledo-Perrot, 7.^a edición, 2002.
- CASTILLO BLANCO, F. A., “Garantías del derecho ciudadano al buen gobierno y a la buena administración”, *Revista española de derecho administrativo*, núm. 172, 2015, pp. 123-162.

- CERRILLO, A. y PONCE, J., *Transparència, accés a la informació pública i bon govern. Comentaris a la Llei 19/2014, de 9 de desembre*, UOC-Genera-
litat de Catalunya, 2015.
- CERULLI IRELLI, V., “La simplificación de la acción administrativa”, *Documen-
tación Administrativa*, núm. 248-249, 1997.
- CHINCHILLA MARÍN, C., “La tutela cautelar”, en LEGUINA VILLA, J. y SÁNCHEZ
MORÓN, M., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-admini-
strativa*, Lex Nova, Valladolid, 1999, pp. 581 y ss.
- CHINCHILLA MARÍN, C., “La regulación de las medidas cautelares”, *Justicia
Administrativa*, núm. extraordinario de 1999.
- DESDENTADO DAROCA, E., *Los problemas del control judicial de la discrecio-
nalidad técnica (un estudio crítico de la jurisprudencia)*, Civitas, Ma-
drid, 1997.
- DESDENTADO DAROCA, E., *El precario administrativo*, Aranzadi, 1999.
- DESDENTADO DAROCA, E., Voz “Precario administrativo”, en GONZÁLEZ GAR-
CÍA, J. V. (dir.), *Diccionario de obras públicas y bienes públicos*, Iustel,
2007, pp. 595 y ss.
- ESTEVE PARDO, J., “La Administración garante. Una aproximación”, *Revista
de Administración Pública*, núm. 197, 2015.
- FERNÁNDEZ, T. R., *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Civitas, 1991.
- FERNÁNDEZ, T. R., “Las obras públicas”, *Revista de Administración Pública*,
núm. 100-102, 1983, pp. 2427 y ss.
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., Voz “Concesiones demaniales”, en MUÑOZ MA-
CHADO, S. (dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, tomo I, Iustel,
2005, pp. 563 y ss.
- FONT LLOVET, T., “Nuevas consideraciones en torno a la suspensión judicial
de los actos administrativos”, *REDA*, núm. 34, 1982, pp. 485 y ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo
I*, Civitas, Madrid, 11.ª ed., 2002.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (a), “La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre
medidas cautelares: La recepción del principio del ‘fumus boni iuris’
(Auto de 20 de diciembre de 1990) y su trascendencia general”, *REDA*,
núm. 69, 1991, pp. 65 y ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (b), “La consolidación del nuevo criterio jurisprudencial
de la ‘apariencia de buen derecho’ para el otorgamiento de medidas
cautelares. Silencio administrativo y apariencia de abuso de la ejecutivi-
dad”, *REDA*, núm. 70, 1991, pp. 255 y ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (c), “La aplicación de la ‘apariencia de buen derecho’
como base de las medidas cautelares en el recurso directo contra Regla-
mentos”, *RAP*, núm. 125, 1991, pp. 411 y ss.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, *Revista de Administración Pública*, núm. 38, 1962, pp. 159 y ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, Jueces y control de la Administración*, Civitas, 1995.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La actividad industrial y mercantil de los municipios”, *RAP*, núm. 17, 1955, pp. 87-138.
- GIMENO FELIU, J. M.^a, “Decálogo de Reglas para prevenir la corrupción en los Contratos Públicos”, en *Observatorio de la Contratación Pública*, 12 de noviembre de 2014, disponible en:
<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.180/relcategoria.208/reلمenu.3/chk.1b2c9f6d99eecf44223c17ac60720747>
- HEFETZ, Amir y WARNER, M., “Beyond the market versus planning dichotomy: understanding privatisation and its reverse in US cities”, *Local Government Studies*, vol. 33, núm. 4, 2007, pp. 555-572.
- KUHN, T. S., *The structure of scientific revolutions*, University of Chicago, Chicago, 3.^a ed., 1996 (existe traducción al español: *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1981).
- LAPUENTE, V., *El retorno de los chamanes*, Península, 2015. Primeras páginas en: <http://www.planetadelibros.com/el-retorno-de-los-chamanes-libro-202206.html>
- MAGALDI, N. (a), *Los orígenes de la municipalización de servicios en España*, INAP, 2012.
- MAGALDI, N. (b), “La primera doctrina española sobre la municipalización de servicios públicos: en particular, la recepción de la doctrina extranjera por el profesor Gascón y Marín”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núms. 39-40, Zaragoza, 2012, pp. 165-219, disponible en:
[http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=10&ved=0ahUKEWjhveLSr87JAhVHRBQKHS-PDc0QFghPMAK&url=http%3A%2F%2Fwww.aragon.es%2Festaticos%2FGobiernoAragon%2Forganismos%2FinstitutoAragonesAdministracionPublica%2Fdocumentos%2Fdocs%2Finstituto%2520Aragon%25C3%25A9s%2520Adm%2520P%25C3%25BAblica%2FRevista%2520Aragon%2520Adm%2520P%25C3%25BAblica%2FRevista%2520comp%252032%2520jun%25202008%2B%2FNumero_39-40%2FRArAP%252039-40%2520\(04%2520Nuria%2520Magaldi\).pdf&usg=AFQjCNG5WBxOq8eQZDqKAQI5TFRPKI73Nw&sig2=9FDY8xDnaCbm0_iS-tNn_w](http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=10&ved=0ahUKEWjhveLSr87JAhVHRBQKHS-PDc0QFghPMAK&url=http%3A%2F%2Fwww.aragon.es%2Festaticos%2FGobiernoAragon%2Forganismos%2FinstitutoAragonesAdministracionPublica%2Fdocumentos%2Fdocs%2Finstituto%2520Aragon%25C3%25A9s%2520Adm%2520P%25C3%25BAblica%2FRevista%2520Aragon%2520Adm%2520P%25C3%25BAblica%2FRevista%2520comp%252032%2520jun%25202008%2B%2FNumero_39-40%2FRArAP%252039-40%2520(04%2520Nuria%2520Magaldi).pdf&usg=AFQjCNG5WBxOq8eQZDqKAQI5TFRPKI73Nw&sig2=9FDY8xDnaCbm0_iS-tNn_w)

- MESTRE DELGADO, J. F., “La extinción de las autorizaciones y concesiones demaniales”, en CHINCHILLA MARÍN, C. (coord.), *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Thomson Civitas, 2004, pp. 491 y ss.
- MESTRE DELGADO, J. F., *La extinción de la concesión de servicio público*, La Ley, 1992.
- MIGLIARI, W. y Ponce, J., “El derecho a una buena administración y su protección judicial. La contribución del derecho y de los juristas al buen funcionamiento de las instituciones públicas”, Blog de la Revista Catalana de Derecho Público, 2015, consultable en <http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapc-rcdp/2015/10/22/el-derecho-a-una-buena-administracion-y-su-proteccion-judicial-la-contribucion-del-derecho-y-de-los-juristas-al-buen-funcionamiento-de-las-instituciones-publicas-wellington-migliari-y-juli-ponce-s/>
- MIRALLES, A., *Privatization of water utilities in Catalan municipalities: Explanatory elements and consequences in price distribution*, capítulo 3, tesis doctoral, Universitat de Barcelona, 2006.
- MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, vol. I, Thomson Civitas, 2004.
- NIETO, A., “La Administración sirve con objetividad los intereses generales”, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (ed.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. III, Civitas, Madrid, 1991, pp. 2185 y ss.
- NIETO-GARRIDO, E. y MARTÍN DELGADO, I., *European Administrative Law in the Constitutional Treaty*, Hart, 2007.
- PONCE SOLÉ, J., “Ciencias sociales, Derecho Administrativo y buena gestión pública. De la lucha contra las inmunidades del poder a la batalla por un buen gobierno y una buena administración mediante un diálogo fructífero”, *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, jul. 2014. Disponible en: <http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=GAPP&page=article&p=view&path%5B%5D=10176>
- PONCE SOLÉ, J., “La prevención de la corrupción mediante la garantía del derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local (con referencias al Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno)”, en *Anuario del Gobierno Local*, 2012, pp. 93 y ss., disponible en: <http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/handle/10873/1432>
- PONCE SOLÉ, J., “Crisis económica, deberes jurídicos de eficiencia y economía y Derecho Administrativo”, en BLASCO, A. (coord.), *El derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo derecho*

- administrativo*, Actas del VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, INAP, 2011, pp. 459 y ss. Disponible en: http://bibliotecadigital.inap.es/Datos/Monografias/el_derecho_publico_crisis_economica/el_derecho_publico_crisis_economica.pdf
- PONCE SOLÉ, J. (coord.), *Derecho Administrativo Global*, Marcial Pons, 2010.
- PONCE SOLÉ, J., “Good Administration and Administrative Procedures,” *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 12, Iss. 2, 2005, disponible en: http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEWja2N2vqM7JAhVHthQKHbkqAYYQFgggMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.repository.law.indiana.edu%2Fcgi%2Fviewcontent.cgi%3Farticle%3D1310%26context%3Dijgls&usg=AFQjCNGUqQKGLKhja59FRS3ITuXUXaHwxQ&sig2=A2jbK4VTMuLNo_sc1_cEUw
- PONCE SOLÉ, J., “La revocació de llicències en el Reglament d’obres, activitats i serveis”, en FONT LLOVET, T. (coord.), *Dret Local*, UB-UAB-Marcial Pons, Barcelona, 1997, pp. 165 y ss.
- PONCE SOLÉ, J., *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Lex Nova, Valladolid, 2001.
- PONCE SOLÉ, J., “Una aproximación al fenómeno privatizador en España”, *Revista de Administración Pública*, num. 139, 1996, disponible en: <http://www.cepc.gob.es/ca/publicacions/revistes/revistes-electroniques?IDR=1&IDN=137&IDA=24045>
- PREBISSY -SCHNALL, C., “Exécution du marché. Pouvoirs de l’Administration”, *JurisClasseur Administrative*, Fasc. 638, 12 de noviembre de 2008.
- REBOLLO PUIG, M., “La presunción de validez”, *REDA*, num. 128, 2005.
- RICHER, L., *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 7.^a edición, 2010.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.^a, *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.^a, “Normas de conducta y normas de control. Un estudio metodológico sobre la discrecionalidad planificadora, la ponderación y su control judicial”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2015. Disponible en: http://www.indret.com/es/derecho_constitucional/13/?sa=10
- SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, Tecnos, Madrid, 10.^a ed., 2014.
- SIERRA, S. DE LA, *Una metodología para el derecho comparado europeo*, Civitas, 2004.
- VERGES, J., *Las privatizaciones en España*, UAB, 5.^a ed., julio 2013, https://ddd.uab.cat/pub/estudis/2013/130250/Las_Privatizaciones_de_EP_en_Espana.pdf.

- VILLAR PALASÍ, J. L., *La intervención administrativa en la industria*, IEP, Madrid, 1964.
- WAKEFIELD, J., *The right to good administration*, Kluwer Law International, 2007.
- WARNER, M., BALLARD, M. y HEFETZ, A., “Contracting Back In - When Privatization Fails”, capítulo 4, pp. 30-36, en *The Municipal Year Book 2003*, International City County Management Association, Washington, DC, disponible en: <http://cms.mildredwarner.org/p/47>
- WARNER, M., “Reversing privatization, rebalancing government reform: Markets, deliberation and planning”, *Policy and Society*, núm. 27, 2008, pp. 163–174, disponible en: http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwjB2P_7qM7JAhVHvhQKHS15ALEQFggjMAA&url=http%3A%2F%2Fcms.mildredwarner.org%2Fp%2F87.pdf&usg=AFQjCNGIeyIEwWwOBBCpCbWJeTw58S z56g&sig2=V1h3qZCcrgeSm6i02n2dxQ
- WARNER, M. y BEL, G., “Competition or Monopoly? Comparing Privatization of Local Public Services in the US and Spain”, *Public Administration*, vol. 86, núm. 3, 2008, pp. 723–735, disponible en: https://www.researchgate.net/publication/227494976_Competition_or_Monopoly_Comparing_Privatization_of_Local_Public_Services_in_the_US_and_Spain
- WOLLMANN, H., “La experiencia de los ordenamientos europeos: ¿un ‘retorno’ a las gestiones públicas/municipales?”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 31, febrero de 2013, pp. 70-80. Consultable en: <http://amor.cms.hu-berlin.de/~h0598bce/docs/Wollmann.retorno%20a%20las%20gestiones%20publicas.pdf>