

# La nueva regulación del rescate en los contratos de concesión y sus implicaciones para la asunción por los ayuntamientos de la gestión directa de los servicios públicos

LUIS MÍGUEZ MACHO

*Catedrático de Derecho Administrativo*

*Universidad de Santiago de Compostela*

1. **Introducción**
2. **Antecedentes legislativos: el rescate en el contrato de gestión de servicios públicos**
3. **¿Es compatible el rescate con las directivas de la Unión Europea de contratación pública?**
4. **Modificaciones del régimen jurídico del rescate introducidas por la Ley de contratos del sector público de 2017**
  - 4.1. Una cuestión previa: la configuración de la gestión indirecta de los servicios públicos en la Ley de contratos del sector público de 2017
  - 4.2. El análisis comparativo de eficacia y eficiencia de la gestión directa frente a la indirecta
  - 4.3. El nuevo régimen indemnizatorio del rescate
  - 4.4. Otras novedades: la aplicación retroactiva de la nueva regulación y la extensión del recurso administrativo especial en materia de contratación a los acuerdos de rescate
5. **La utilización de otras formas de extinción anticipada de los contratos de gestión de servicios públicos como alternativa al rescate**
6. **Implicaciones organizativas del rescate**
  - 6.1. Los medios materiales y personales necesarios para la prestación del servicio. El problema del personal afecto a la prestación del servicio
  - 6.2. La estructura organizativa para la prestación del servicio
7. **Reflexiones conclusivas sobre la nueva regulación del rescate y la “remunicipalización” de los servicios públicos**
8. **Bibliografía**

---

*Artículo recibido el 05/10/2018; aceptado el 12/11/2018.*

## Resumen

En el contexto del debate político y jurídico sobre la llamada “remunicipalización”, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, ha introducido modificaciones en el régimen jurídico del rescate en las concesiones de obras y de servicios. La principal de esas modificaciones –la obligación de realizar un análisis comparativo de eficacia y eficiencia de la gestión directa frente a la indirecta– entronca directamente con las exigencias que la legislación de régimen local impone en la actualidad en relación con la elección de la forma de gestión de los servicios públicos locales. Sin embargo, los obstáculos más importantes con los que se encuentra el rescate, como paso previo a la asunción por los ayuntamientos de la gestión directa de los servicios de su titularidad o competencia, siguen siendo el régimen indemnizatorio de aquel y la complejidad que supone predisponer las medidas organizativas necesarias para que la Administración pueda hacerse cargo de dicha gestión.

Palabras clave: *rescate; concesiones de obras y servicios; contratación pública; servicios públicos locales; remunicipalización.*

### ***The new regulation on the rescue of works and services concessions and its consequences for the assumption by municipalities of the direct management of public services***

#### **Abstract**

*In the context of the political and legal debate on the so-called “remunicipalization”, Spanish Act 9/2017, on public procurement, has introduced changes in the legal regime of the rescue in the works and services concessions. The main one of these modifications – the obligation to carry out a comparative analysis of efficacy and efficiency of direct versus indirect management– is directly related to the requirements currently imposed by legislation on local government to the choice of the management form of local public services. However, the most important obstacles with which the rescue is faced, as a step prior to the municipalities assume the direct management of the services of their ownership or competence, remain the indemnity regime of the rescue and the complexity involved in predisposing the organisational measures necessary for the Administration to take charge of such management.*

*Keywords:* concessions rescue; works and services concessions; public procurement; local public services; remunicipalization.

## 1

**Introducción**

El debate político y jurídico sobre la llamada “remunicipalización” de los servicios públicos<sup>1</sup> ha afectado también a la legislación de contratación pública. La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, ha introducido modificaciones en el régimen jurídico del rescate en las concesiones de obras y de servicios con respecto a las previsiones de su inmediato predecesor, el texto refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que en esta materia seguía la línea asentada por los antecedentes legislativos en la materia. Por lo demás, la principal de esas modificaciones (la exigencia de que se realice un análisis comparativo de eficacia y eficiencia de la gestión directa frente a la indirecta) entronca directamente con los cambios que la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, había llevado a cabo en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, en materia de elección de las formas de gestión de los servicios públicos locales<sup>2</sup>.

---

1. Acerca de la impropiedad del término “remunicipalización”, acertadamente señala el editorial del núm. 58-59 de la revista *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* que “la palabra ‘remunicipalización’ que, naturalmente, no está en el Diccionario de la RAE porque el prefijo no añade al vocablo ‘municipalización’ nada que no pueda entenderse de modo directo, ha debido ser puesta en circulación por algunos de esos políticos, que tanto bullen por la España de nuestros días, que no conocen el régimen de los servicios que administran. Remunicipalizar, rectamente entendido, debería ser volver a municipalizar lo que ha sido desmunicipalizado. Pero no. Lo que quiere aducirse con aquella palabra es el retorno, o el proyecto de recuperar, servicios municipales gestionados por concesionarios o contratistas privados para encomendarlos a empresas u órganos directamente dependientes de los ayuntamientos. Esta operación no implica remunicipalización alguna porque nunca el servicio ha dejado de ser de titularidad pública. Lo que se pretende es el cambio de la forma de gestión de un servicio público ya municipalizado. Rara vez se trata, por consiguiente, de volver a municipalizar un servicio privatizado por haber dejado de ser de titularidad pública” (*El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59, 2016, p. 31). Véase también el clarificador estudio de TORNOS MAS, J., “La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales”, publicado en el mismo número de la revista mencionada, pp. 32 y ss., así como las reflexiones de MÍGUEZ MACHO, L., en “La asunción por los ayuntamientos de la gestión directa de los servicios públicos: perfiles jurídico-administrativos”, en FEIJÓO REY, M.<sup>a</sup> J. y PIMENTEL SILES, M. (eds.), *El interés general y la excelencia en los servicios públicos. La mejor gestión de los servicios municipales en favor de los ciudadanos y no de las ideologías*, Almuzara, Córdoba, 2017, pp. 32 y ss.

2. En la misma línea, el artículo 86.2.a) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, ha establecido para el sector público estatal que la adquisición por una entidad de la condición de medio propio y servicio técnico exige acreditar que “sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica”.

En el contexto mencionado, el objeto de este trabajo es el análisis de la nueva regulación del rescate en las concesiones de obras y de servicios, con especial atención al ámbito de la Administración local y a sus implicaciones para los procesos de asunción directa por los ayuntamientos de la gestión de los servicios públicos de su titularidad o competencia. Para ello, se comenzará con un breve recordatorio de los antecedentes legislativos de esta materia, centrados en la regulación del rescate en el contrato de gestión de servicios públicos que contenía la precedente legislación de contratación pública. A continuación, se dedicará un epígrafe al debate doctrinal sobre la compatibilidad del rescate con las vigentes directivas de contratación pública de la Unión Europea, zanjado por el legislador con el mantenimiento de esta institución en la Ley de contratos del sector público de 2017, pero todavía susceptible de una ulterior reapertura si se llegase a producir algún pronunciamiento al respecto de las instituciones europeas.

Por lo que se refiere al estudio de las modificaciones propiamente dichas del régimen jurídico del rescate introducidas por la Ley de contratos del sector público de 2017, es imprescindible partir, como cuestión previa, de la nueva configuración de la gestión indirecta de los servicios públicos que aquella establece, y que ha provocado que el rescate se aplique como causa de resolución unilateral no solo a las concesiones de obras y de servicios, sino también a los contratos de servicios que conllevan prestaciones directas a los ciudadanos. Una vez tratada esta cuestión, las novedades de la Ley de contratos del sector público de 2017 se dividirán para su exposición en tres bloques: la obligación de realizar un análisis comparativo de eficacia y eficiencia de la gestión directa frente a la indirecta (y su evidente conexión con las exigencias que la legislación de régimen local impone en la actualidad, como ya se ha mencionado, en relación con la elección de la forma de gestión de los servicios públicos locales), el nuevo régimen indemnizatorio del rescate y otras novedades no menos importantes, pero que no suscitan grandes dificultades interpretativas, como son la aplicación retroactiva de la nueva regulación y la extensión del recurso administrativo especial en materia de contratación a los acuerdos de rescate.

Sin embargo, no se cierra aquí el estudio del rescate y de sus implicaciones para la asunción por los ayuntamientos de la gestión directa de los servicios públicos, porque hay otros dos puntos que es necesario abordar de manera complementaria. Uno es la eventual utilización de otras formas de extinción anticipada de los contratos de gestión de servicios públicos como alternativa al rescate, que si ya se planteaba antes de la Ley de contratos del sector público de 2017 para tratar de eludir las consecuencias indemnizatorias que aquel comporta, ahora encuentra incentivos adicionales en las exigencias

que dicho texto legal ha añadido. El otro punto atañe a un requisito que la ley no exige expresamente para el rescate, pero que la realidad impone de forma ineludible: como el rescate implica la decisión de gestionar directamente el servicio, no es factible sin la predisposición de las medidas organizativas necesarias para que la Administración pueda asumir dicha gestión. La complejidad inherente a este presupuesto tácito (del que depende en buena medida el éxito de toda operación “remunicipalizadora”, por emplear la expresión política y mediática) conducirá a unas reflexiones conclusivas sobre el debate acerca de lo que realmente supone la asunción por los ayuntamientos de la gestión directa de los servicios de su titularidad o competencia.

## 2

### **Antecedentes legislativos: el rescate en el contrato de gestión de servicios públicos**

La legislación española de contratación pública siempre ha contemplado la posibilidad de que un contrato administrativo de gestión de servicios públicos se resuelva de manera unilateral por la Administración contratante para que esta asuma la gestión directa del servicio. Mientras el Reglamento de servicios de las corporaciones locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, aún manejaba el concepto decimonónico de municipalización<sup>3</sup>, el texto articulado de la Ley de contratos del Estado, aprobado por el Decreto 923/1965, de 8 de abril, incluía en el artículo 75, entre las causas de extinción del contrato de gestión de servicios públicos, el “rescate del servicio por la Administración” y aclaraba en el artículo 79 que “si la Administración antes de la conclusión del contrato estimase conveniente para el interés general gestionar el servicio por sí o por medio de un ente público, podrá ordenar su rescate”. Ahora bien, este último precepto dejaba también muy claras las consecuencias económicas de esta decisión: “indemnizando al empresario el valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquella, habida

---

3. El concepto original de la municipalización como asunción por los ayuntamientos de la gestión directa de actividades que o bien eran gestionadas por la empresa privada mediante concesiones administrativas, o bien se desarrollaban en régimen de libre mercado y se convertían en servicios públicos municipales, aparece reflejado en dicho texto normativo junto con el término equivalente para el ámbito provincial, que sería “provincialización”. Así, el artículo 45 del Reglamento de servicios señala en su apartado 1 que “la municipalización y la provincialización constituyen formas de desarrollo de la actividad de las corporaciones locales para la prestación de los servicios económicos de su competencia, asumiendo en todo o en parte el riesgo de la empresa mediante el poder de regularla y fiscalizar su régimen”; y añade en el apartado 2 que “las municipalizaciones y las provincializaciones tenderán a conseguir que la prestación de los servicios reporte a los usuarios condiciones más ventajosas que las que pudiera ofrecerles la iniciativa particular y la gestión indirecta”.

cuenta de su grado de amortización y los daños y perjuicios que se le irroguen así como los beneficios futuros que deje aquel de percibir atendiendo a los resultados de la explotación en el último quinquenio”.

La lógica de estas previsiones es impecable. Siendo el servicio de titularidad pública, se reconoce a la Administración la potestad discrecional de cambiar la forma de gestión de indirecta a directa cuando lo considere conveniente para el interés público, pero, dado que la gestión indirecta se articula a través de un contrato regido por el principio *pacta sunt servanda*, esta resolución unilateral sin culpa del empresario privado equivale a un incumplimiento culpable del contrato por la Administración y obliga, por lo tanto, a indemnizar íntegramente todos los daños y perjuicios irrogados a aquel, lo que incluye el daño emergente (en particular, el valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir habida cuenta de su grado de amortización) y el lucro cesante (los beneficios futuros que el empresario dejará de percibir)<sup>4</sup>. A la misma conclusión se llega si, en lugar de operar con los principios del derecho de la contratación, se concibe el rescate como la expropiación de una titularidad patrimonial privada, tal como defiende buena parte de la doctrina y la jurisprudencia<sup>5</sup>. Sin embargo, esto último no implica que el rescate se rija por la legislación expropiatoria; al tratarse de un sacrificio patrimonial que se produce en el seno de una relación jurídica singular con la Administración como es la contractual, deberá resolverse en el seno de la misma y conforme a las reglas de esta<sup>6</sup>.

Este régimen del rescate ha permanecido en esencia inalterado en los cincuenta años siguientes, pues ha ido pasando a los sucesivos textos legales que han regulado la contratación primero de las Administraciones públicas y después del sector público; también es el que se le ha venido aplicando al contrato de concesión de obras públicas a partir de su moderna regulación por la Ley 13/2003, de 23 de mayo<sup>7</sup>. Como la Ley de bases del régimen local,

4. Cosa distinta es el régimen indemnizatorio cuando la extinción anticipada no se produce en virtud del ejercicio de una potestad administrativa, sino de una cláusula del propio contrato. En estos supuestos, que TORNOS MAS, J., denomina de “rescate contractual”, “la indemnización del concesionario se realiza según las modalidades previstas en el contrato –artículos 232, 233 y 274 del Reglamento General de Contratación, de 25 de noviembre de 1975-” (GIMENO FELIU, J. M.<sup>3</sup> [dir.], *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor [Navarra], 2018, p. 1479).

5. Véase PONCE SOLÉ, J., “Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 40, 2016, p. 79.

6. Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo*, II, decimoquinta edición, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, p. 278.

7. Esta Ley lo contemplaba en los artículos 264.g) y 266.3, que insertó en el texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

desde su reforma por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, ha acabado por remitir la gestión indirecta de los servicios públicos locales a las modalidades del contrato de gestión de servicios públicos, la extinción anticipada de un contrato de este tipo para que la Administración municipal asuma la gestión directa del servicio queda sometida a las previsiones de la legislación de contratación del sector público.

### 3

#### **¿Es compatible el rescate con las directivas de la Unión Europea de contratación pública?**

En pleno debate sobre la “remunicipalización” de los servicios públicos, las nuevas directivas de la Unión Europea en materia de contratación pública han generado la duda de si cabe mantener en nuestro ordenamiento jurídico la articulación tradicional del rescate como uno de los supuestos de ejercicio de la prerrogativa o potestad que ostenta la Administración para la resolución unilateral de los contratos administrativos. La Unión Europea se ocupa en dichas normas por primera vez de la extinción de los contratos públicos; en lo que atañe a la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, su artículo 44 dispone que “los Estados miembros se asegurarán de que los poderes y entidades adjudicadores tengan la posibilidad, con arreglo a condiciones determinadas por la legislación nacional aplicable, de poner fin a una concesión durante su período de vigencia, siempre que se cumpla alguna de las condiciones siguientes”; y enuncia tres supuestos de resolución unilateral de las concesiones por la entidad contratante: cuando una modificación de la concesión suponga una nueva adjudicación; cuando el contratante se encontrase, en el momento de la adjudicación del contrato, en una de las situaciones contempladas en el artículo 38.4 de la Directiva (prohibiciones de contratar) y, por lo tanto, tendría que haber sido excluido del procedimiento de adjudicación de la concesión; cuando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictamine, en un procedimiento por incumplimiento dirigido contra un Estado miembro, que un poder adjudicador, o entidad adjudicadora de aquel, ha adjudicado una concesión sin ajustarse a las obligaciones que le imponen los Tratados o la propia Directiva.

Si se interpretase, de acuerdo con lo que propugnan algunos autores, que la lista de supuestos de resolución unilateral de las concesiones por la entidad contratante contenida en el precepto citado es taxativa, el rescate ya no podría configurarse como una prerrogativa contractual de la Administración, sin perjuicio de que esta tuviese la posibilidad de conseguir el mismo efecto

por vía extracontractual mediante el ejercicio de la potestad expropiatoria general sobre los derechos del contratista o la empresa de este<sup>8</sup>. Sin embargo, existen sólidos argumentos para descartar esta interpretación<sup>9</sup> y, de hecho, el legislador español no la ha acogido en la Ley de contratos del sector público de 2017, que mantiene la configuración tradicional del rescate, con modificaciones que no tienen relación alguna con las directivas.

Lo primero que hay que hacer notar (ya que, aunque es obvio, a veces tiende a olvidarse) es que la Directiva 2014/23/UE, como las demás directivas de contratación pública, solo es de aplicación a los contratos que en nuestro ordenamiento jurídico se denominan “sujetos a una regulación armonizada”; con carácter general, y sin entrar en mayores precisiones que no son necesarias a los efectos de este estudio, si de concesiones de obras y servicios se trata, su valor estimado en la actualidad deberá ser igual o superior a 5 548 000 euros. Es verdad que al resto de los contratos de concesión se les tendrán que aplicar los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, pero difícilmente cabrá sostener que esos principios impidan que la Administración ostente la prerrogativa contractual de rescatar la concesión para asumir la gestión directa de la obra o del servicio por motivos de interés público<sup>10</sup>.

Ahora bien, incluso para las concesiones sujetas a una regulación armonizada, es más que dudoso que el artículo 44 de la Directiva 2014/23/UE se deba interpretar en el sentido de que excluya el rescate como prerrogativa contractual de la Administración. El precepto no establece expresamente que la lista de supuestos de resolución unilateral de los contratos de concesión por la entidad contratante sea taxativa, y el considerando 80, que lo explica, tampoco se pronuncia en tal sentido. Este último da a entender que lo que se busca con la norma es garantizar que “los poderes adjudicadores y entidades

8. Véase GIMENO FELIU, J. M.<sup>a</sup>, “Remunicipalización de servicios locales y derecho comunitario”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59, 2016, p. 71. Sobre la expropiación como vía sustitutiva del rescate y sus límites, véase CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., GIMENO FELIU, J. M.<sup>a</sup>, QUINTERO OLIVARES, G. y SALA, P., *Servicios públicos e ideología. El interés general en juego*, Profit, Barcelona, 2017, pp. 87 y ss.

9. Véase PONCE SOLÉ, J., “Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones”, cit., p. 84, así como FONT I LLOVET, T. y GALÁN GALÁN, A., “El debate sobre los servicios públicos locales: público y privado, la efectividad de los derechos sociales, autonomía y financiación”, *Anuario del Gobierno Local 2017*, pp. 13 y ss.

10. Sobre el alcance en general de las competencias de la Unión Europea en materia de contratación pública, hay que remitirse a las consideraciones de MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., en “Sentido y alcance de la transposición de las directivas de la Unión Europea (Análisis particular en materia de contratación pública)”, *Revista de Administración Pública*, núm. 202, 2017, pp. 19 y ss., muy críticas con la tendencia a realizar una lectura extensiva y poco matizada del alcance de las facultades de las instituciones de la Unión en este ámbito.



adjudicadoras tengan la posibilidad, con arreglo a condiciones determinadas por la legislación nacional aplicable, de poner fin a una concesión durante su período de vigencia, siempre que así lo exija el derecho de la Unión”, lo que no excluye que pueda haber otros supuestos de ejercicio de la potestad de resolución unilateral con fundamentos diferentes a la tutela del derecho de la Unión<sup>11</sup>.

Por su parte, el artículo equivalente en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, que es el 73, es muy claro cuando señala que “los Estados miembros velarán por que los poderes adjudicadores tengan la posibilidad de rescindir un contrato público durante su período de vigencia, *al menos en las circunstancias que se indican a continuación* y con arreglo a las condiciones determinadas por el derecho nacional aplicable”. Puesto que no hay ninguna razón para que en esta materia una y otra Directiva sigan criterios distintos, este sería un argumento más a favor del carácter abierto del listado de supuestos de resolución unilateral del artículo 44 de la Directiva 2014/23/UE.

Por último, otro fundamento no desdeñable para sostener la subsistencia del rescate como prerrogativa contractual de la Administración es la amplia libertad que las directivas de contratación pública siguen reconociendo a las autoridades de los Estados miembros para optar entre la gestión directa e indirecta de los servicios públicos<sup>12</sup>. Así, el artículo 1.4 de la Directiva 2014/24/UE dispone que “la presente Directiva no afectará a la decisión de las autoridades públicas de decidir si desean asumir ellas mismas determinadas funciones públicas, en qué forma y en qué medida, en virtud del artículo 14 del TFUE y del Protocolo n.º 26”. Todavía más explícitamente, el artículo 2.1 de la Directiva 2014/23/UE, titulado “principio de libertad de administración de las autoridades públicas”, proclama que estas 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”, añadiendo a continuación que “dichas autoridades podrán optar por realizar sus funciones de interés público con recursos propios o en colaboración con otras autoridades o confiarlas a operadores económicos”.

11. Véase FONT I LLOVET, T. y GALÁN GALÁN, A., “El debate sobre los servicios públicos locales: público y privado, la efectividad de los derechos sociales, autonomía y financiación”, cit., pp. 15-16.

12. Véase HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L., *La nueva concesión de servicios. Estudio del riesgo operacional*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 104-105.

## 4

### **Modificaciones del régimen jurídico del rescate introducidas por la Ley de contratos del sector público de 2017**

#### 4.1

#### **Una cuestión previa: la configuración de la gestión indirecta de los servicios públicos en la Ley de contratos del sector público de 2017**

La Ley de contratos del sector público de 2017 ha cambiado la tipología de los contratos que se pueden utilizar para encargar a un empresario privado la gestión indirecta de un servicio público, tratando con ello de adaptar nuestro ordenamiento jurídico a la novedad que ha supuesto la Directiva 2014/23/UE, que somete por primera vez a regulación armonizada las concesiones de servicios.

En la definición del nuevo contrato de concesión de servicios contenida en el artículo 15 de la Ley de contratos del sector público de 2017, que sustituye al tradicional contrato de gestión de servicios públicos, se parte de que el objeto del contrato es la encomienda de la gestión de un servicio cuya prestación sea de titularidad o competencia de uno o varios poderes adjudicadores, a cambio bien del derecho a explotar dicho servicio, bien de dicho derecho acompañado del de percibir un precio. Aquí ya se observa una primera diferencia con respecto al contrato de gestión de servicios públicos tradicional, pues la Ley de contratos del sector público de 2017 admite que el servicio objeto del contrato pueda no ser de titularidad pública, es decir, pueda no ser un servicio público en el sentido subjetivo de la expresión, dado que para la Directiva 2014/23/UE esa cuestión no tiene relevancia. Esto ha obligado al legislador español a diferenciar, en algunos puntos de la regulación de la nueva concesión de servicios, los supuestos en que el contrato tiene por objeto la gestión de verdaderos servicios públicos de aquellos otros en que el objeto es la gestión de otros servicios.

En cambio, de acuerdo con la Directiva, el artículo 14 de la Ley de contratos del sector público de 2017 añade, en su apartado 2, que “el derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo anterior”, remitiéndose en este punto a la regulación del contrato de concesión de obras. El apartado 4 del artículo 14, siguiendo nuevamente lo que establece la Directiva 2014/23/UE, señala que el llamado “riesgo operacional” abarca el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos, y define “riesgo de demanda” como “el que se debe a la demanda real de las obras o

servicios objeto del contrato”, y “riesgo de suministro” como “el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda”.

A efectos prácticos, sin embargo, estas definiciones son poco clarificadoras; donde realmente se aclara en qué consiste la transferencia del riesgo operacional al concesionario es en el párrafo segundo del artículo 14.4: “se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión”. Y aún se añade que “la parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable”<sup>13</sup>.

Descendiendo a los ejemplos prácticos, nos encontramos con que, en principio, puede ser objeto de la nueva concesión de servicios la gestión indirecta de todos aquellos servicios públicos que se prestan a los ciudadanos *uti singuli*, es decir, de manera individualizada, a condición de que la retribución del concesionario dependa de forma sustancial del nivel de utilización del servicio por los usuarios, ya la abonen estos mediante tarifas, ya la abone la Administración o entidad contratante<sup>14</sup>. También podrá ser objeto del contrato la gestión de otros servicios de competencia administrativa que no tienen el carácter de servicios públicos, pero donde existen igualmente usuarios individualizados y el contratista percibe su retribución en función de la utilización

13. Para un análisis exhaustivo del concepto de “riesgo operacional” en la Directiva 2014/23/UE es obligado remitirse a la monografía de HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L., *La nueva concesión de servicios. Estudio del riesgo operacional*, cit., en especial pp. 235 y ss. Véanse también HUERGO LORA, A., “El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *Documentación Administrativa*, nueva época, núm. 4, 2017, pp. 44 y ss.; MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, tomo XIII, *Contratos del sector público*, 2.ª edición, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2018, pp. 96 y ss., y LAZO VITORIA, X., “El riesgo operacional como elemento delimitador de los contratos de concesión”, en GIMENO FELIU, J. M.ª (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 519 y ss.

14. Sin embargo, VILLAR ROJAS, F. J., manifiesta sus dudas de que quepa recurrir a la concesión de servicios en el caso de los servicios mínimos obligatorios de los municipios, porque “el traslado del riesgo operacional puede resultar incompatible con el funcionamiento regular y continuo de los servicios públicos locales, de igual modo que la necesidad de los vecinos de recibir las prestaciones correspondientes –que son básicas o esenciales– pugna con la idea de un riesgo real estructural o significativo sobre el que construir unas bases económicas que trasladen aquel riesgo al operador económico y, por tanto, a su capacidad de gestión” (“El impacto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público en la gestión de los servicios públicos locales”, *Anuario de Derecho Municipal 2017*, núm. 11, 2018, p. 86).

de aquellos; por ejemplo, servicios de restauración o reprografía que se prestan en edificios públicos.

Por el contrario, la concesión de servicios difícilmente se podrá utilizar para contratar la gestión indirecta de los servicios públicos que se prestan a los ciudadanos *uti universum*, es decir, de manera indiferenciada, en los que no hay usuarios individualizados y, por tanto, en principio no es posible fijar la retribución del contratista en función de la utilización del servicio. Aquí entrarían supuestos, por poner algunos ejemplos del ámbito de la Administración local, como el del alumbrado público, la recogida y el tratamiento de residuos, la limpieza viaria, el mantenimiento de jardines y zonas verdes, etc. De la misma forma, tampoco podría utilizarse para contratar la gestión indirecta de servicios públicos que sí cuentan con usuarios individualizados, pero en los cuales el contratista tiene garantizada su retribución con independencia del nivel de utilización del servicio, tal como sucede en ocasiones con los servicios públicos de carácter social y asistencial<sup>15</sup>. En todos estos casos habrá que recurrir al contrato de servicios y, consciente de ello, el legislador ha incluido en el artículo 312 de la Ley de contratos del sector público de 2017 las “especialidades de los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía” (en realidad, habría sido más correcto hablar en general de las especialidades de los contratos de servicios cuyo objeto es la gestión indirecta de servicios públicos)<sup>16</sup>. Entre esas especialidades se halla justamente la aplicación del rescate como causa de resolución del contrato (letra g) del artículo 312, por remisión al artículo 294, relativo a las causas de resolución de las concesiones de servicios).

## 4.2

### El análisis comparativo de eficacia y eficiencia de la gestión directa frente a la indirecta

El cambio más importante que la Ley de contratos del sector público de 2017 ha llevado a cabo en la regulación del rescate en las concesiones es la previ-

15. Sobre la polémica cuestión de si el riesgo operacional puede incluir el riesgo de disponibilidad y no solo el de demanda, lo que llevaría a que bajo ciertas condiciones el contrato de concesión fuese aplicable también a los supuestos mencionados en el texto, hay que remitirse de nuevo a HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L., *La nueva concesión de servicios. Estudio del riesgo operacional*, cit., pp. 270 y ss., pp. 283 y ss., y pp. 320 y ss., así como a HUERGO LORA, A., “El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, pp. 49 y ss., y LAZO VITORIA, X., “El riesgo operacional como elemento delimitador de los contratos de concesión”, cit., pp. 534 y ss.

16. No obstante, como pone de manifiesto VILLAR ROJAS, F. J., “la regulación de esta clase de contratos es más incompleta que la aplicable a la concesión de servicios” (“El impacto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público en la gestión de los servicios públicos locales”, cit., p. 87).

sión de la exigencia de que este venga precedido de un análisis comparativo de eficacia y eficiencia de la gestión directa frente a la indirecta que justifique la superioridad de la primera sobre la segunda desde esta perspectiva, lo que supone una limitación de la discrecionalidad de la Administración contratante que no existía en la legislación de contratación del sector público anteriormente vigente<sup>17</sup>. Así se establece en el último inciso de los artículos 279.c) (concesiones de obras) y 294.c) (concesiones de servicios): “el rescate de la concesión requerirá además la acreditación de que dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional”<sup>18</sup>.

Esta limitación para la asunción por la Administración de la gestión directa de las obras y los servicios públicos deriva de los principios de sostenibilidad financiera, eficiencia y eficacia, que encuentran su fundamento último en los artículos 103.1 y 135 de la Constitución y en la Ley orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, a lo que hay que sumar, en lo que se refiere específicamente a los servicios públicos

17. Lo cual no significa, por supuesto, que el ejercicio de la potestad de rescate no fuese justiciable, como analiza con detalle PONCE SOLÉ, J., en “Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones”, cit., pp. 79-83 y 87 y ss.

18. El inciso tiene su origen en las enmiendas del Congreso de los Diputados al Proyecto de Ley de contratos del sector público núms. 930 y 938, suscritas por el diputado del Grupo Parlamentario Mixto D. Francesc Homs Molist, de la antigua Convergencia Democrática de Cataluña. La redacción original de las enmiendas añadía “y que no resulta posible introducir competencia efectiva. A este último efecto deberá solicitarse informe de la autoridad de competencia. Los requisitos del rescate serán de aplicación a la expropiación de la concesión o de la empresa concesionaria”, y su fundamento se encontraba en el Informe de Proyecto Normativo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia núm. 88/13, relativo al Anteproyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local. Al transaccionarse estas enmiendas en la ponencia del Congreso, su contenido fue despojado de los elementos vinculados al principio de libre competencia, y quedó tan solo el análisis comparativo de eficacia y eficiencia. Posteriormente, hubo enmiendas en el Senado (núms. 59 y 61, del Grupo Parlamentario Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, y 101 y 102, del Grupo Parlamentario Socialista) que defendieron la vuelta a la redacción original del Proyecto de Ley, la cual no contemplaba el análisis comparativo de eficacia y eficiencia, pero no fueron aceptadas por la Cámara. En el debate en el pleno, la senadora D.<sup>a</sup> Matilde Valentín Navarro, del Grupo Parlamentario Socialista, sostuvo que “el Proyecto de Ley penaliza... la remunicipalización de servicios previamente adjudicados para su prestación privada”, afirmando que el análisis comparativo de eficacia y eficiencia “pretende tanto retrasar como dificultar la adopción de esta medida. De hecho, impone requisitos más rígidos que para abrir un procedimiento de contratación en relación con la necesidad del contrato – artículo 28– y los de ejecución directa de prestaciones por la Administración pública – artículo 30–. Esto no es razonable y resulta contradictorio con la mecánica de la Ley, supone una restricción de la capacidad de organización de las propias Administraciones públicas” (*Diario de Sesiones*, Senado, XII Legislatura, núm. 42, de 27 de septiembre de 2017, p. 170). En realidad, como se dirá a continuación, la legislación de régimen local impone un análisis de sostenibilidad y eficiencia para la elección de cualquiera de las formas de gestión de los servicios públicos locales, sean directas o indirectas.

locales, las previsiones que se han introducido al respecto en la propia legislación básica de régimen local<sup>19</sup>. Esta última, tras su reforma por la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, ha limitado la completa discrecionalidad que el artículo 85.2 reconocía a las entidades locales para elegir entre las distintas formas de gestión de los servicios públicos, al establecer que “los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación”<sup>20</sup>.

Por consiguiente, para cambiar la forma de gestión de un servicio público local, y lo mismo se aplica cuando se trata de asumir como servicio público una actividad que con anterioridad no lo era y hay que elegir la forma de gestión, se tendrá que acreditar en el expediente que se tramite al efecto la mayor sostenibilidad y eficiencia de la que se desea aplicar con respecto a las demás que permite la ley. Conviene resaltar que estas previsiones no se limitan a imponer al ayuntamiento que justifique en abstracto que la forma de gestión elegida va a ser sostenible financieramente, eficiente y eficaz, sino que obligan a desarrollar un análisis comparativo que acredite que lo va a ser en mayor medida que otras alternativas. Cuando se trata de cambiar la forma de gestión de un servicio que ya era de titularidad o competencia municipal,

19. Sobre la progresiva configuración de la sostenibilidad financiera de los servicios públicos como un verdadero principio general del derecho administrativo en nuestro ordenamiento jurídico, véanse las reflexiones de FERNÁNDEZ, T.-R., en “Reflexiones sobre la sostenibilidad de los servicios públicos, un nuevo principio general en gestación”, *Revista de Administración Pública*, núm. 200, 2016, pp. 439-450.

20. VILLAR ROJAS, F. J., advierte que esta sostenibilidad de la que habla la Ley de bases del régimen local no tiene exactamente el mismo sentido que la que regula la Ley orgánica de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, ya que esta última “se refiere siempre a la sostenibilidad de la hacienda pública en su conjunto, lo cual permite que algún servicio sea insostenible o, dicho de otro modo, sea incapaz de generar recursos para hacer frente a sus costes presentes y futuros, sin que ello afecte a aquella condición global”; tampoco la eficiencia se aplica en el mismo sentido, pues en la Ley orgánica de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera “no se considera en términos clásicos (empleo más racional de los recursos, lo mismo con menos), sino que se vincula con el impacto de la iniciativa en ‘los ingresos y los gastos presentes y futuros’ de acuerdo con los principios de sostenibilidad y estabilidad” (“Implicaciones de los principios de sostenibilidad y estabilidad presupuestaria en los modos de gestión de los servicios públicos locales”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59, 2016, p. 103). En todo caso, apunta ESTEVE PARDO, J., que, “como conceptos jurídicos indeterminados que son, su aplicación podría eventualmente ser objeto de fiscalización por parte de los tribunales, lo que no resultaba en modo alguno admisible en la regulación anterior que otorgaba una total discrecionalidad a los entes locales para optar por los modos de gestión que la ley ofrecía sin marcar ninguna preferencia” (“El movimiento remunicipalizador. Experiencias y expectativas”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 69, 2017, p. 10). Sobre el control judicial del cumplimiento de estos requisitos, véase ORTEGA BERNARDO, J. y SANDE PÉREZ-BEDMAR, M.<sup>a</sup> DE, “El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales”, *Anuario de Derecho Municipal 2015*, núm. 9, 2016, pp. 71-72.

requerir este juicio comparativo equivale en la práctica a dar preferencia a la modalidad establecida frente a cualquier otra que se quiera implantar, lo que no deja de plantear algunas dificultades.

Si el ayuntamiento que pretende asumir la gestión directa de un servicio público desea erogararlo al margen de criterios de mercado (lo cual sería posible tanto en el caso de los servicios reservados que se prestan en régimen de monopolio como en el de los servicios de carácter social y asistencial)<sup>21</sup>, el análisis de sostenibilidad financiera es imprescindible porque el servicio no se va a autofinanciar y, por tanto, habrá que garantizar que la Hacienda municipal podrá hacer frente al coste que suponga su prestación<sup>22</sup>. Ahora bien, en estos supuestos no parece que tenga mucho sentido que se exija demostrar, además, que la gestión directa es más sostenible y eficiente desde el punto de vista económico que la indirecta, ya que el servicio se va a prestar sin atender a criterios economicistas de mercado. Además, no es descartable que, si el servicio era de titularidad o competencia municipal y se gestionaba indirectamente, ya se viniese sosteniendo con aportaciones de fondos públicos en forma de subvenciones a las tarifas, o incluso mediante la retribución del coste íntegro de su prestación por la Administración municipal.

En cambio, si la asunción de la gestión directa no va a alterar el carácter económico que tenía la actividad cuando la desarrollaba la empresa privada, el servicio deberá autofinanciarse, con lo cual su sostenibilidad financiera estará, en principio, asegurada. Otra cosa es que la gestión mu-

---

21. No se puede ocultar que en el ámbito local no es fácil determinar en la práctica cuándo consideraciones de carácter social y asistencial justifican prestar un servicio no reservado al margen de las reglas del mercado. Es muy significativo el caso de los gimnasios municipales, en el que la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo ha admitido esa excepción, tras negarse a elevar una cuestión prejudicial de interpretación al Tribunal de Justicia de la Unión Europea; véanse las sentencias de 20 de junio de 2006 (recurso de casación núm. 9108/2003), 14 de febrero de 2007 (recurso de casación núm. 2621/2004) y 29 de junio de 2009 (recurso de casación núm. 5709/2004). Sobre el problema general de la competencia y los servicios públicos locales, cabe remitirse al completo estudio de GONZÁLEZ TORROBA, P., *Cuando el ayuntamiento hace la competencia. Servicio público local y derecho de la competencia*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.

22. Sobre los obstáculos adicionales que suponen para la mejora de la cobertura y la calidad de los servicios con cargo a recursos públicos las limitaciones a la aplicación del superávit de las entidades locales que impone la Ley orgánica de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, véase VILLAR ROJAS, F. J., “Implicaciones de los principios de sostenibilidad y estabilidad presupuestaria en los modos de gestión de los servicios públicos locales”, cit., pp. 105-106. Por eso comenta ESTEVE PARDO, J., que “se ha visto así en la actual legislación, al orientar la opción por el ‘modo de gestión más sostenible y eficiente’ y afirmar el principio de sostenibilidad presupuestaria, una clara preferencia por los modos de gestión indirecta, puesto que no se realizan con cargo a los presupuestos municipales” (“El movimiento remunicipalizador. Experiencias y expectativas”, cit., p. 10).

nicipal vaya a resultar económicamente más eficiente que la llevada a cabo por la empresa privada, y esto es lo que deberá demostrar el análisis comparativo que exigen la Ley de bases del régimen local y, para el caso de rescate, la Ley de contratos del sector público de 2017. En principio, la gestión pública tiene la ventaja de que puede no incluir la percepción de un beneficio y, en ocasiones, permite acudir a medios e infraestructuras públicas cuya disponibilidad no implica un coste directo para el gestor del servicio<sup>23</sup>. Sin embargo, las obligaciones económicas que el rescate conlleva para la Administración, en concepto de indemnizaciones al contratista, pueden fácilmente anular este tipo de ventajas.

Por último, el juicio comparativo más difícil de realizar es el de eficacia. En qué condiciones se venía prestando el servicio o gestionando la actividad hasta el momento de la asunción de su gestión directa por la Administración se puede saber y analizar cualitativa y cuantitativamente, pero cómo lo vaya a hacer esta cuando comience a gestionar directamente el servicio es una incógnita que obliga a operar con previsiones y expectativas que parecen difíciles de fundamentar de manera objetiva.

Falta por señalar que, desde el punto de vista de las garantías formales, el rescate, como cualquier supuesto de ejercicio de una potestad administrativa, exige la tramitación del correspondiente procedimiento con audiencia del interesado, en este caso el contratista, en el cual se tendrá que integrar el análisis comparativo de eficacia y eficiencia. Al tratarse en concreto de la prerrogativa de resolución unilateral de los contratos administrativos, si el contratista formula oposición, habrá que solicitar preceptivamente dictamen al Consejo de Estado o al órgano consultivo equivalente de la comunidad autónoma (artículo 191 de la Ley de contratos del sector público)<sup>24</sup>. Cuando los contratos hayan sido celebrados por poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones públicas, la resolución del procedimiento acordando el rescate corresponderá al departamento ministerial u órgano de la Administración autonómica o local al que esté adscrito o corresponda la tutela del poder adjudicador (párrafo segundo del artículo 319.2 de la Ley de contratos del sector público de 2017).

23. Véase ALFONSO MELLADO, C. L., “La reversión a la gestión directa de servicios públicos: problemas laborales”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 69, 2017, p. 23.

24. Sobre el procedimiento administrativo para acordar el rescate en detalle, véase PONCE SOLÉ, J., “Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones”, cit., pp. 86-87.



### 4.3

#### El nuevo régimen indemnizatorio del rescate

Otros cambios afectan a los criterios de determinación y cálculo de la indemnización del contratista en los casos de rescate. En lo que se refiere a las inversiones realizadas por el contratista, el apartado 1 del artículo 295 de la Ley de contratos del sector público de 2017 señala que, en los supuestos de resolución por causa imputable a la Administración, como sería el rescate, esta abonará al concesionario en todo caso el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de los servicios objeto de concesión, atendiendo a su grado de amortización, aplicándose un criterio de amortización lineal de la inversión. Por su parte, el apartado 4 cambia la forma de cálculo del lucro cesante, al remitirse al artículo 280.3.a), relativo a la concesión de obras, que ahora lo cuantifica basándose en la media aritmética de los beneficios antes de impuestos obtenidos durante un período de tiempo equivalente a los años que restan hasta la terminación de la concesión (o, en caso de que el tiempo restante fuese superior al transcurrido, tomando como referencia este último) y no ya en los resultados de la explotación de la obra o del servicio en el quinquenio anterior al rescate. Se precisa también que la tasa de descuento aplicable será la que resulte del coste de capital medio ponderado correspondiente a las últimas cuentas anuales del concesionario.

De todas formas, las modificaciones expuestas no afectan al principio general de la indemnización íntegra al empresario de todos los daños y perjuicios que se le irroguen por la extinción anticipada del contrato, incluyendo la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a la Administración, habida cuenta de su grado de amortización, y los beneficios futuros que deje de percibir del contratista (artículo 295.4 de la Ley de contratos del sector público de 2017), con lo que el coste económico del rescate para las arcas públicas se mantiene esencialmente inalterado<sup>25</sup>.

---

25. De ahí que MUÑOZ MACHADO, S., concluya que “esta exigencia elimina prácticamente la utilización del rescate, puesto que su ejecución requerirá la indemnización al contratista por diferentes conceptos, lo cual añade a la operación de rescate costes que son disuasorios que minoran necesariamente la eficiencia de la gestión pública” (*Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, tomo XIII, *Contratos del sector público*, 2.ª edición, cit., p. 218).

#### 4.4

### **Otras novedades: la aplicación retroactiva de la nueva regulación y la extensión del recurso administrativo especial en materia de contratación a los acuerdos de rescate**

Ha de añadirse que este nuevo régimen del rescate no solo se aplica a los contratos adjudicados después de la entrada en vigor de la Ley de contratos del sector público de 2017, sino también a los adjudicados con anterioridad, en virtud del apartado 3 de la disposición transitoria primera de la Ley (“La presente Ley será de aplicación a los acuerdos de rescate... que se realicen con posterioridad a su entrada en vigor”); es decir, cualquier rescate producido una vez en vigor la Ley de contratos del sector público de 2017 se rige por esta, con independencia de la fecha de adjudicación del contrato que se resuelve. Se exceptúa así la regla general de que a los contratos administrativos se les aplica la normativa vigente en el momento de su adjudicación (disposición transitoria primera, apartado 2, de la Ley de contratos del sector público de 2017), garantizándose la eficacia inmediata de la nueva regulación del rescate, que, de otra forma, tardaría años en ser realmente operativa<sup>26</sup>.

Además, los acuerdos de rescate en concesiones cuyo valor estimado supere los tres millones de euros pueden ser objeto del recurso especial en materia de contratación, con arreglo a la letra f) del apartado 2 del artículo 44, en relación con la letra c) del apartado 2 del mismo precepto (aunque no se prevé expresamente lo mismo para el rescate en los contratos de servicios sujetos al recurso especial, que son los de valor estimado superior a los cien mil euros)<sup>27</sup>.

26. Aunque parecen obvios el sentido y la finalidad de esta novedad de la Ley de contratos del sector público de 2017, lo cierto es que no aparecía en el Proyecto de Ley, ni fue tampoco introducida como consecuencia de ninguna enmienda de las formuladas por escrito por los miembros del Congreso de los Diputados; la redacción finalmente aprobada del apartado 3 de la disposición transitoria primera apareció en el informe de la ponencia del Congreso, sin explicación alguna, y fueron vanos los intentos vía enmiendas en el Senado de que se volviera al texto original del precepto en el Proyecto de Ley, que no mencionaba los acuerdos de rescate.

27. En este caso el origen de la novedad sí está claro, porque procede de otra de las enmiendas presentadas en el Congreso de los Diputados por el Sr. Homs Molist, en concreto la núm. 841, que pretendía extender el ámbito del recurso administrativo especial no solo a los acuerdos de rescate en las concesiones, sino también a la expropiación de concesiones o empresas concesionarias, pero se olvidó del rescate en los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a los ciudadanos.

## 5

**La utilización de otras formas de extinción anticipada de los contratos de gestión de servicios públicos como alternativa al rescate**

Otra alternativa para asumir la gestión directa de un servicio público consiste en aguardar a que se extinga el contrato de gestión del mismo, bien por la finalización de su plazo normal de duración, bien por otra causa distinta al rescate, y no volver a licitarlo, sino aprovechar la ocasión para cambiar la forma de gestión. Al no haber acuerdo de rescate, además de no ser necesario indemnizar al contratista en los términos ya estudiados, tampoco serían de aplicación las nuevas previsiones que contiene la Ley de contratos del sector público de 2017 en relación con aquel, como la obligación de acreditar que la gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional (aunque la legislación básica de régimen local, como ya se ha visto, exige una justificación similar) o la eventualidad de que, si lo permite el valor estimado del contrato, la decisión sea objeto del recurso administrativo especial en materia de contratación.

Sobre la posibilidad de aprovechar otras causas de extinción de los contratos de gestión de servicios públicos para asumir la gestión directa de estos conviene hacer algunas precisiones. En primer lugar, es evidente que, por más que la Administración desee asumir la gestión directa tras la extinción del contrato, la resolución de este formalmente no será un rescate si concurre otra causa válida de resolución. En particular, no hay ningún obstáculo para que se negocie con el contratista una resolución por mutuo acuerdo de las partes, dado que la legislación de contratos del sector público la permite siempre que no concurra otra causa de resolución que sea imputable al contratista, y que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato (como ocurriría en el presente caso, puesto que la Administración desea asumir la gestión directa del servicio). En relación con la primera de esas condiciones, hay que apuntar que es también un límite para el propio rescate, es decir, no cabría proceder al rescate del servicio si concurre otra causa de resolución que sea imputable al contratista, sino que habría que aplicar necesariamente esta última<sup>28</sup>. De otra forma, se estaría liberando al contratista en fraude de ley de las consecuencias gravosas que tiene la resolución culpa-

---

28. Sobre la distinción entre rescate y resolución anticipada por incumplimiento del contratista, véase el desarrollo que realiza en extenso GIMENO FELIU, J. M.<sup>a</sup>, en “Remunicipalización de servicios locales y derecho comunitario”, cit., pp. 55 y ss., así como MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, tomo XIII, *Contratos del sector público*, 2.<sup>a</sup> edición, pp. 108 y 218.

ble de un contrato administrativo, para aplicarle las condiciones mucho más ventajosas del rescate.

Más problemática es una cuestión que se plantea ahora que la Ley de contratos del sector público de 2017 obliga a utilizar el contrato de servicios para la gestión indirecta de los servicios públicos en los casos en que no se cumple el requisito de la transferencia del riesgo operacional al contratista y, por tanto, no cabe recurrir a la concesión de servicios. La regulación legal del contrato administrativo de servicios, a diferencia tanto de la que regía el contrato de gestión de servicios públicos tradicional como de la aplicable a la actual concesión de servicios, contempla como causa de resolución anticipada el desistimiento por parte de la Administración<sup>29</sup>, con la importante particularidad de que en tal caso la indemnización a que tiene derecho el contratista se tasa en un seis por ciento del precio de adjudicación de los servicios dejados de prestar, excluido el impuesto sobre el valor añadido, en concepto de beneficio industrial<sup>30</sup>. Además, para el desistimiento no se exige expresamente motivación de ningún tipo, con lo que no sería aplicable el requisito de acreditar que la gestión directa es más eficaz y eficiente que la indirecta (sin perjuicio, de nuevo, de lo que dispone la legislación de régimen local para el cambio de la forma de gestión de los servicios públicos), ni es impugnabile por la vía del recurso administrativo especial en materia de contratación, sea cual sea el valor estimado del contrato.

En consecuencia, podría ocurrir que fuese más ventajoso para la Administración acudir al desistimiento que al rescate, tanto por motivos de simplificación de la tramitación como, sobre todo, si la indemnización que tuviese que abonar al contratista fuese inferior a la que resultase de aplicar las reglas del segundo. También cabría que, por el contrario, para el contratista fuese preferible el desistimiento por parte de la Administración que el rescate, en el supuesto de que la indemnización del seis por ciento fuese superior a la que le correspondiese en función de los beneficios futuros dejados de percibir, calculados como una proyección de los resultados reales de la ejecución del contrato en el tiempo en que estuvo en vigor. En todo caso, dado que la Ley de contratos del sector público de 2017 contempla de manera expresa el rescate como causa de resolución de los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos, desistir del contrato cuando lo que

29. Artículo 313.1.b) de la Ley de contratos del sector público de 2017, que se corresponde al artículo 308.b) del texto refundido anteriormente vigente.

30. Artículo 313.3, párrafo segundo, de la Ley de contratos del sector público de 2017; en el artículo 309.3 del texto refundido anteriormente vigente, la indemnización era de un diez por ciento del precio de los estudios, informes, proyectos o trabajos pendientes de realizar, en concepto de beneficio dejado de obtener.

se quiere es asumir la gestión directa del servicio constituiría una utilización de dicha causa de resolución en fraude de ley.

## 6

### Implicaciones organizativas del rescate

#### 6.1

#### Los medios materiales y personales necesarios para la prestación del servicio. El problema del personal afecto a la prestación del servicio

Como se ha adelantado en la Introducción a este trabajo, el rescate tiene un presupuesto que se puede considerar “oculto”, en la medida en que no se menciona expresamente en la legislación que lo regula: la Administración tendrá que dotarse de los medios necesarios para la gestión directa del servicio y adaptar su estructura organizativa a la nueva tarea de la que se va a hacer cargo.

Por lo que a los medios materiales se refiere, cuando se trata de servicios gestionados indirectamente, una parte de los mismos podría provenir del anterior gestor. La legislación de contratos del sector público regula la llamada “reversión del servicio”, que consiste, como dice en la actualidad el artículo 291.1 de la Ley de contratos del sector público de 2017, en que “finalizado el plazo de la concesión, el servicio revertirá a la Administración, debiendo el contratista entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados”. Esta obligación es aplicable también a los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos, de acuerdo con la letra b) del artículo 312 de la Ley. Asimismo, el apartado 2 del artículo 291 prevé que “durante un período prudencial anterior a la reversión, que deberá fijarse en el pliego, el órgano competente de la Administración adoptará las disposiciones encaminadas a que la entrega de los bienes se verifique en las condiciones convenidas”<sup>31</sup>.

En cuanto a los medios personales, la cuestión es de mayor complejidad, porque es preciso tener en cuenta tres factores: en primer lugar, la eventual subrogación de la Administración en la posición como empleador del anterior gestor del servicio, con todas las complicaciones que ello presenta para

---

31. Sobre los perfiles de la reversión en el nuevo contrato de concesión de servicios, véase AVEZUELA CÁRCCEL, J., “El contrato de concesión de servicios”, en PALOMAR OLMEDA, A. y GARCÉS SANAGUSTÍN, M. (dirs.), *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2018, pp. 801 y ss.

la integración de los trabajadores afectados en la plantilla de aquella<sup>32</sup>; en segundo lugar, la posibilidad de destinar a la gestión del servicio personal con el que ya cuente la propia Administración, lo que exigiría su reasignación o la redefinición de sus funciones, y la consiguiente modificación de la relación de puestos de trabajo; en tercer lugar, en el caso de que las medidas anteriores no sean aplicables o no resulten suficientes para proveer al servicio del personal necesario, habría que incluir las nuevas necesidades de personal en la oferta de empleo público, siempre que lo permitan las limitaciones a la incorporación de personal a las Administraciones públicas que contienen las leyes de presupuestos generales del Estado y, siguiendo las disposiciones de carácter básico de estas, las leyes anuales de presupuestos de las comunidades autónomas, y todo ello partiendo de que la Administración de que se trate cuente con disponibilidad presupuestaria para hacer frente al aumento de la plantilla. Mientras no se incorpore el nuevo personal, y hay que tener en cuenta a este respecto que el proceso se dilatará inevitablemente debido a la necesidad de respetar los principios y reglas de selección de los empleados públicos, no quedará otro remedio que acudir a las modalidades de empleo temporal en la Administración (funcionarios interinos o, en su caso, personal laboral temporal), que también encuentran limitaciones en las leyes anuales de presupuestos.

Esas restricciones se fundamentan en la competencia de los órganos generales del Estado sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (artículo 149.1.13.ª de la Constitución), y consisten no solo en la fijación de un techo presupuestario a los gastos de personal de las distintas entidades que integran el sector público, sino también, lo que es más importante a los efectos de este trabajo, en la prohibición directa de que se incorpore nuevo personal más allá de ciertos límites cuantitativos, con independencia de que exista disponibilidad presupuestaria para hacer frente a dicha incorporación. Los límites a los que se está haciendo alusión se establecen por referencia a la llamada “tasa de reposición”, que señala el porcentaje

---

32. Véanse, entre otros, los completos y bien fundamentados trabajos de CASTILLO BLANCO, F. A., “Remunicipalización de servicios sociales y situación del personal de los servicios rescatados”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59, 2016, pp. 72-95; ALFONSO MELLADO, C. L., “La reversión a la gestión directa de servicios públicos: problemas laborales”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 69, 2017, pp. 22-35, y FEIJÓO REY, M.ª J., “La integración como empleados públicos del personal de las empresas contratistas”, en FEIJÓO REY, M.ª J. y PIMENTEL SILES, M. (eds.), *El interés general y la excelencia en los servicios públicos. La mejor gestión de los servicios municipales en favor de los ciudadanos y no de las ideologías*, Almuzara, Córdoba, 2017, pp. 157-183, así como las reflexiones que dedican a la cuestión ORTEGA BERNARDO, J. y SANDE PÉREZ-BEDMAR, M.ª DE, en “El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales”, cit., pp. 82 y ss.

del personal perdido por una Administración pública en el ejercicio inmediatamente anterior que se puede reponer a través de la oferta de empleo público del ejercicio vigente.

Esto tiene consecuencias muy profundas para la asunción por los ayuntamientos de la gestión directa de los servicios públicos. Como ya se ha dicho, esa asunción exigirá disponer del personal necesario para gestionar y prestar el servicio, de manera que, si no es aplicable la subrogación de la Administración municipal en la posición como empleador del anterior gestor del servicio, y tampoco resulta posible recurrir a la plantilla con que cuenta aquella, las restricciones a la incorporación de nuevo personal pueden acabar impidiendo que la operación se lleve a cabo, aun en el caso de que esté garantizada la sostenibilidad financiera de la misma.

Este obstáculo no se puede bordear eligiendo una modalidad de gestión directa que suponga encargar la gestión del servicio a un medio propio personificado del ayuntamiento, porque las restricciones a la incorporación de personal que contemplan las leyes anuales de presupuestos afectan al sector público en general, y no solo a las Administraciones públicas territoriales. La única posible salida sería acudir al empleo temporal (funcionarios interinos o personal laboral temporal), que las leyes anuales de presupuestos permiten “en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables”, pero entonces la asunción por los ayuntamientos de la gestión directa de los servicios públicos se resolvería en un incremento de la temporalidad en el empleo público.

Por su parte, en los supuestos de subrogación de la Administración en la posición como empleador del anterior gestor del servicio, los trabajadores se ven abocados en principio a la condición de personal laboral por tiempo indefinido (no fijo), que obliga a su regularización mediante la convocatoria del correspondiente proceso selectivo regido por los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, con lo que correrán el riesgo de perder su puesto de trabajo si no superan el mencionado proceso<sup>33</sup>. Eso sí, en este caso no se aplicaría el límite de la tasa de reposición si la integración del personal se llevase a cabo en sociedades mercantiles públicas, en virtud del apartado

---

33. Por eso advierte ALFONSO MELLADO, C. L., que “las decisiones que se adopten han de tomar en cuenta los problemas de empleo que se pueden generar porque no parece que sea asumible que se deteriore la situación de las condiciones laborales, que en muchos casos de gestión privada ya son de por sí bastante precarias y que no pueden precarizarse más por una vuelta a lo público basada exclusivamente en la reducción de costes” (“La reversión a la gestión directa de servicios públicos: problemas laborales”, cit., p. 23). Sobre la configuración de los procesos selectivos en estos supuestos, véase FELIÓ REY, M.<sup>a</sup> J., “La integración como empleados públicos del personal de las empresas contratistas”, cit., pp. 167 y ss.

dos de la disposición adicional vigésima sexta de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de presupuestos generales del Estado para el año 2017<sup>34</sup>.

## 6.2

### La estructura organizativa para la prestación del servicio

Cuando el rescate afecta a un servicio público de titularidad o competencia de un ayuntamiento, todos estos medios materiales y personales tendrán que incardinarse en la Administración municipal a través de alguna de las modalidades de gestión directa de los servicios públicos locales que contempla el artículo 85.2.A) de la Ley de bases del régimen local: gestión por la propia entidad local, organismo autónomo local, entidad pública empresarial local o sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública. Sin embargo, la elección entre esas modalidades no es del todo libre. El precepto mencionado, tras su reforma por la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, precisa que solo puede crearse una entidad pública empresarial o una sociedad mercantil local cuando se acredite, en una memoria justificativa elaborada al efecto, que resultan más sostenibles y eficientes que la gestión por la propia entidad local o mediante organismo autónomo, y para ello habrá que tener en cuenta criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. En el expediente deberá constar la memoria justificativa del asesoramiento recibido, en la que se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como el apoyo técnico recibido, y se recabará informe del interventor local para que valore la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas.

Estas últimas previsiones requieren de algunas aclaraciones. En realidad, lo diga o no la Ley de bases del régimen local, solo cabe utilizar una entidad pública empresarial o una sociedad mercantil para gestionar un servicio público cuando este sea una actividad susceptible de explotación económica y se establezca un régimen de tarifas que permita la autofinanciación del servi-

34. Establece el precepto que “en aquellos supuestos en los que, excepcionalmente, en cumplimiento de una sentencia judicial, o previa tramitación de un procedimiento que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, el personal referido en el apartado 1.a) anterior sea incorporado a sociedades mercantiles públicas, las incorporaciones que se produzcan de acuerdo con lo previsto en este apartado, no se contabilizarán como personal de nuevo ingreso del cómputo de la tasa de reposición de efectivos”. El apartado 1.a) se refiere a “los trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o de servicios públicos o de cualquier otro contrato adjudicado por las Administraciones públicas previstas en el artículo 2.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuando los contratos se extingan por su cumplimiento, por resolución, incluido el rescate, o si se adopta el secuestro o intervención del servicio conforme a la legislación de contratos del sector público que resultase aplicable a los mismos”.



cio, es decir, que, como mínimo, cubra los costes que suponga la prestación de aquel, ya que, por su propia naturaleza, entidades públicas empresariales y sociedades mercantiles públicas han de financiarse con ingresos de mercado<sup>35</sup>. Ahora bien, los supuestos de “remunicipalización”, por definición, afectan a servicios que venían siendo gestionados por la empresa privada, por lo que no hay duda de que se tratará de actividades susceptibles de explotación económica, aptas en principio para su gestión a través de una entidad pública empresarial o de una sociedad mercantil de forma más sostenible y eficiente que por la propia entidad local o por un organismo autónomo<sup>36</sup>.

El planteamiento sería distinto si lo que se pretende mediante la asunción de la gestión del servicio por el ayuntamiento es orillar el carácter económico de la actividad. Esto sería factible tanto en el caso de los servicios reservados que se pueden prestar en régimen de monopolio como en el de los servicios de carácter social y asistencial, para cuya erogación las Administraciones públicas no tienen que sujetarse a las reglas del mercado<sup>37</sup>. En estos supuestos

35. Esta parece la interpretación más plausible, porque de otra forma, como pone de manifiesto VILLAR ROJAS, F. J., habría que entender que el legislador ha establecido una prioridad de todo punto inmotivada de lo administrativo sobre lo empresarial en la gestión de los servicios públicos locales (“Implicaciones de los principios de sostenibilidad y estabilidad presupuestaria en los modos de gestión de los servicios públicos locales”, cit., p. 104).

36. Lo anterior tiene una implicación más: para la asunción de la gestión directa del servicio mediante la utilización de las modalidades que nos ocupan, tanto si la entidad pública empresarial o la sociedad mercantil pública se crea *ad hoc* para este fin como si se recurre a una ya existente, habría que tramitar preceptivamente el expediente para el ejercicio de actividades económicas al que se refiere el artículo 86.1 de la Ley de bases del régimen local, y que desarrolla el artículo 97 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril. Así lo establece la conocida sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2002 (recurso de casación núm. 6139/1996), dictada en la estela de la no menos conocida sentencia de 10 de octubre de 1989 (ponente: Antonio Bruguera Manté, caso “Iniciatives”), aunque la necesidad de aplicar ese procedimiento en los supuestos de simple cambio del modo de gestión de un servicio público, y no de creación de un servicio público nuevo, es altamente polémica. Sobre el estado de la cuestión, véase ORTEGA BERNARDO, J. y SANDE PÉREZ-BEDMAR, M.<sup>a</sup> DE, “El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales”, cit., pp. 76 y ss., así como ALEMANY GARCÍAS, J., *La recuperación de los servicios públicos locales (Texto actualizado a la Ley 9/2007, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público)*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 137 y ss.

37. Son fundamentales en este sentido las precisiones de ORTEGA BERNARDO, J. y SANDE PÉREZ-BEDMAR, M.<sup>a</sup> DE, sobre la distinción entre los servicios públicos locales que se prestan en concurrencia, pero no en competencia, con la iniciativa empresarial privada y aquellas actividades económicas locales que se prestan en concurrencia y con pleno sometimiento a las reglas de la competencia (“El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales”, cit., pp. 72 y ss.). Desde esta perspectiva, dentro de los servicios públicos locales habría que diferenciar tres categorías: servicios reservados que se prestan en régimen de monopolio, en los que no hay concurrencia con la empresa privada y, por tanto, no se plantea la cuestión de la libre competencia; servicios que se prestan en concurrencia con la empresa privada, pero sin sujeción a las reglas de la

no sería procedente elegir como modalidad de gestión directa ni la entidad pública empresarial ni la sociedad mercantil, sino que habría que acudir a la gestión por la entidad local con sus propios medios o a la creación de un organismo autónomo. Ahora bien, la decisión de gestionar un servicio público renunciando a su autofinanciación puede afectar a la sostenibilidad financiera de la Administración municipal, con lo que dicha decisión, aunque en los casos antes señalados sea admisible desde la perspectiva del principio de libre competencia, es posible que encuentre obstáculos desde el punto de vista de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

Por último, si la estructura organizativa que se crea para la gestión del servicio está personificada, es preciso tener en cuenta los requisitos que las directivas de contratación pública de la Unión Europea, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión, imponen para que a los medios propios personificados se les puedan encargar de manera directa, es decir, sin pasar por un procedimiento de adjudicación abierto a la concurrencia, tareas de contenido económico<sup>38</sup>. Esos requisitos se recogen y desarrollan en la actualidad en el artículo 32 de la Ley de contratos del sector público de 2017.

Desborda el objeto del presente estudio llevar a cabo un análisis pormenorizado del precepto citado<sup>39</sup>. Sin embargo, no se puede dejar de mencionar, por sus implicaciones para los supuestos de rescate en concesiones, que la letra d) de su apartado 2 ha añadido un requisito más, que no proviene directamente del derecho de la Unión Europea, pero que había sido anticipado para los medios propios personificados del sector público estatal por el artículo 86.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, y ahora se generaliza para todas las Administraciones públicas: el medio propio personificado debe contar con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social, lo cual se presumirá cuando aquel haya obtenido la clasificación como contratista del sector público respecto de los grupos, subgrupos y categorías que se correspondan al objeto de dichos encargos.

---

competencia (en principio, los servicios de carácter social y asistencial); y actividades económicas que se realizan en concurrencia con la empresa privada y con sujeción a las reglas de la competencia.

38. Véase VILLAR ROJAS, F. J., “El impacto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público en la gestión de los servicios públicos locales”, cit., pp. 82 y ss.

39. Véanse, entre otros estudios específicos sobre el mismo, AMOEDO SOUTO, C. A., “Los encargos a medios propios e instrumentales: ¿hacia un nuevo comienzo?”, en GIMENO FELIU, J. M.<sup>a</sup> (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 369-410, y NOGUERA DE LA MUELA, B., “Cooperación vertical: los encargos a medios propios o servicios técnicos”, en GAMERO CASADO, E. y GALLEGU CÓRDOLES, I. (dirs.), *Tratado de contratos del sector público*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 683 y ss.

La finalidad de este requisito es evitar que los medios propios personificados se utilicen como pantallas para la posterior subcontratación a la empresa privada de las tareas que se les encargan, que se hará normalmente con requisitos más laxos que los que deben aplicar en su actividad contractual las Administraciones públicas.

Ahora bien, contradiciendo en cierto modo lo anterior, el apartado 7 del propio artículo 32 de la Ley de contratos del sector público de 2017 permite a los medios propios personificados subcontratar “prestaciones parciales” sin limitación alguna, justamente “en los supuestos en los que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin”, así como en “aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública”. Llama la atención la diferencia con el régimen aplicable a los concesionarios privados, a los que el artículo 296 de la misma Ley solo les permite subcontratar “prestaciones accesorias”, que no parecen ser lo mismo que las “prestaciones parciales” de las que habla el artículo 32.7.

De esta manera, podríamos llegar a encontrarnos con supuestos de gestión indirecta de los servicios públicos disfrazada de gestión directa, si la entidad instrumental a través de la cual esta se lleva a cabo subcontrata por partes la gestión del servicio en cuestión con la empresa privada, tal como consiente el precepto antes mencionado. En los casos de rescate en concesiones, ello supondría incurrir en un verdadero fraude de ley, pues aquel solo se contempla legalmente para la gestión directa del servicio por razones de interés público (artículo 294.c) de la Ley de contratos del sector público de 2017), con lo que no resulta admisible que inmediatamente después del rescate la gestión se devuelva a la empresa privada, ni en bloque ni por partes.

## 7

### **Reflexiones conclusivas sobre la nueva regulación del rescate y la “remunicipalización” de los servicios públicos**

Desde su regulación por el texto articulado de la Ley de contratos del Estado de 1965, la institución del rescate en el contrato de gestión de servicios públicos apenas había experimentado cambios normativos en nuestro ordenamiento jurídico; bien al contrario, sirvió de modelo al rescate en la concesión de obra pública, cuando en 2003 se incorporó una disciplina completa de esta a la legislación de contratos de las Administraciones públicas. Esta regulación se caracterizaba por reconocer una amplia discrecionalidad a la Administración a la hora de decidir la resolución anticipada de los contratos que nos ocupan, con la finalidad de asumir la gestión directa de la obra o del

servicio, garantizando al contratista una indemnización completa de los daños y perjuicios que se le irrogasen, incluyendo daño emergente y lucro cesante.

Ha sido el debate actual sobre la “remunicipalización” de los servicios públicos el factor que ha provocado el importante cambio de este panorama normativo introducido por la Ley de contratos del sector público de 2017. La discrecionalidad para acordar el rescate se ve ahora limitada por la exigencia de que se justifique la mayor eficacia y eficiencia de la gestión directa sobre la concesional, mientras se mantiene inalterado el principio de la indemnización íntegra del contratista. Esta nueva exigencia se ha criticado porque supondría una preferencia legislativa por la gestión indirecta frente a la directa, pero ello no es del todo exacto, al menos en el ámbito local, si se tiene en cuenta que la legislación de régimen local desde 2013 exige acreditar la sostenibilidad y eficiencia de cualquier forma de gestión de los servicios públicos que se elija, sea directa o indirecta.

La lógica que subyace a estas previsiones radica en que lo que debería ser una decisión política, propiamente discrecional, es qué prestaciones tienen que ser garantizadas a los vecinos como servicios públicos municipales, con qué alcance y bajo qué régimen de financiación. Esas decisiones políticas en parte las adopta el legislador, a través de las listas de servicios públicos obligatorios que incorpora la legislación de régimen local estatal y autonómica, y en parte corresponden a cada corporación local, que, en el uso de su autonomía y dentro de los límites que establecen la citada legislación de régimen local y la de carácter sectorial, puede ampliar el elenco mínimo de prestaciones. En cambio, la opción por una forma de gestión u otra tendría que ser una decisión eminentemente técnica, guiada por consideraciones de sostenibilidad financiera, eficacia y eficiencia. No sería de recibo que, por prejuicios de tipo ideológico, se abocase a los vecinos a recibir las prestaciones cuya garantía asume la Administración local en peores condiciones de calidad y precio que las que se venían aplicando, y esto resulta predicable tanto de los casos en que se defiende en abstracto la superioridad de la gestión pública sobre la privada, como parece estar de moda en la actualidad, como cuando se sostiene de manera igualmente indiscriminada lo contrario, que es lo que sucedía con frecuencia hace unos años.

Sin embargo, la decisión de asumir la gestión directa de los servicios públicos tiene implicaciones que no se producen cuando se opta por la gestión indirecta y que constituyen lo que en este trabajo se ha denominado el requisito o presupuesto “oculto” del rescate. La gestión indirecta exige la redacción de unos buenos pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas, que garanticen que el contratista que asuma la prestación del servicio lo haga respetando las condiciones establecidas por la Administración y

bajo el debido control y supervisión de esta, pero la gestión directa obliga a la Administración a dotarse de los medios materiales, personales y organizativos necesarios para la prestación del servicio, operación de una complejidad incomparablemente superior a la correcta redacción de unos documentos jurídicos y técnicos. Y si la Administración se demuestra incapaz de predisponer esos medios y tiene que acabar recurriendo a la colaboración privada para la gestión del servicio, entonces la pregunta que hay que hacerse es qué diferencia hay, desde el punto de vista de la “recuperación de lo público”, entre la gestión indirecta abierta y transparentemente licitada y la gestión directa en la que de forma disimulada se acaba entregando el servicio, fragmentado en prestaciones parciales, a contratistas privados.

## 8

### Bibliografía

- ALEMANY GARCÍAS, J., *La recuperación de los servicios públicos locales (Texto actualizado a la Ley 9/2007, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público)*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2018.
- ALFONSO MELLADO, C. L., “La reversión a la gestión directa de servicios públicos: problemas laborales”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 69, 2017, pp. 22-35.
- AMOEDO SOUTO, C. A., “Los encargos a medios propios e instrumentales: ¿hacia un nuevo comienzo?”, en GIMENO FELIU, J. M.<sup>a</sup> (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 369-410.
- AVEZUELA CÁRCCEL, J., “El contrato de concesión de servicios”, en PALOMAR OLMEDA, A. y GARCÉS SANAGUSTÍN, M. (dirs.), *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2018, pp. 737-822.
- CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., GIMENO FELIU, J. M.<sup>a</sup>, QUINTERO OLIVARES, G. y SALA, P., *Servicios públicos e ideología. El interés general en juego*, Profit, Barcelona, 2017.
- CASTILLO BLANCO, F. A., “Remunicipalización de servicios sociales y situación del personal de los servicios rescatados”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59, 2016, pp. 72-95.
- ESTEVE PARDO, J., “El movimiento remunicipalizador. Experiencias y expectativas”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 69, 2017, pp. 4-11.
- FELIÓO REY, M.<sup>a</sup> J., “La integración como empleados públicos del personal de las empresas contratistas”, en FELIÓO REY, M.<sup>a</sup> J. y PIMENTEL SILES, M.

- (eds.), *El interés general y la excelencia en los servicios públicos. La mejor gestión de los servicios municipales en favor de los ciudadanos y no de las ideologías*, Almuzara, Córdoba, 2017, pp. 157-183.
- FERNÁNDEZ, T.-R., “Reflexiones sobre la sostenibilidad de los servicios públicos, un nuevo principio general en gestación”, *Revista de Administración Pública*, núm. 200, 2016, pp. 439-450.
- FONT I LLOVET, T. y GALÁN GALÁN, A., “El debate sobre los servicios públicos locales: público y privado, la efectividad de los derechos sociales, autonomía y financiación”, *Anuario del Gobierno Local 2017*, pp. 11-43.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo*, II, decimoquinta edición, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017.
- GIMENO FELIU, J. M.<sup>a</sup>, “Remunicipalización de servicios locales y derecho comunitario”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59, 2016, pp. 50-71.
- GONZÁLEZ TORROBA, P., *Cuando el ayuntamiento hace la competencia. Servicio público local y derecho de la competencia*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L., *La nueva concesión de servicios. Estudio del riesgo operacional*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018.
- HUERGO LORA, A., “El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *Documentación Administrativa*, nueva época, núm. 4, 2017, pp. 31-51.
- LAZO VITORIA, X., “El riesgo operacional como elemento delimitador de los contratos de concesión”, en GIMENO FELIU, J. M.<sup>a</sup> (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 517-544.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., “Sentido y alcance de la transposición de las directivas de la Unión Europea (Análisis particular en materia de contratación pública)”, *Revista de Administración Pública*, núm. 202, 2017, pp. 13-41.
- MÍGUEZ MACHO, L., “La asunción por los ayuntamientos de la gestión directa de los servicios públicos: perfiles jurídico-administrativos”, en FELIÓ REY, M.<sup>a</sup> J. y PIMENTEL SILES, M. (eds.), *El interés general y la excelencia en los servicios públicos. La mejor gestión de los servicios municipales en favor de los ciudadanos y no de las ideologías*, Almuzara, Córdoba, 2017, pp. 29-70.
- MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, tomo XIII, *Contratos del sector público*, 2.<sup>a</sup> edición, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2018.

- NOGUERA DE LA MUELA, B., “Cooperación vertical: los encargos a medios propios o servicios técnicos”, en GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (dirs.), *Tratado de contratos del sector público*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 665-711.
- ORTEGA BERNARDO, J. y SANDE PÉREZ-BEDMAR, M.<sup>a</sup> DE, “El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales”, *Anuario de Derecho Municipal 2015*, núm. 9, 2016, pp. 64-96.
- PONCE SOLÉ, J., “Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 40, 2016, pp. 68-108.
- “Remunicipalización. Editorial”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59, 2016, p. 31.
- TORNOS MAS, J., “La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59, 2016, pp. 32-49.
- TORNOS MAS, J., “El contrato de concesión de servicios”, en GIMENO FELIU, J. M.<sup>a</sup> (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 1447-1484.
- VILLAR ROJAS, F. J., “Implicaciones de los principios de sostenibilidad y estabilidad presupuestaria en los modos de gestión de los servicios públicos locales”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59, 2016, pp. 96-106.
- VILLAR ROJAS, F. J., “El impacto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público en la gestión de los servicios públicos locales”, *Anuario de Derecho Municipal 2017*, núm. 11, 2018, pp. 76-101.

