

JORNADAS SOBRE EL IMPACTO DE LA NUEVA
REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS EN EL
DERECHO DE AGUAS

***La prestación de servicios hidráulicos
mediante concesión***

Francisco Hernández González
Profesor titular de Derecho Administrativo
Universidad de La Laguna

Facultad de Derecho
Universidad de Murcia
06 de octubre de 2017

CUESTIONES A TRATAR:

- El concepto tradicional de concesión de servicios públicos y su relación con la gestión de los servicios hidráulicos
- La concesión de servicios en el Derecho Comunitario antes y después de la Directiva de 2014.
- El efecto directo de la Directiva.
- Las novedades del Proyecto de ley.
- El concepto de riesgo operacional.

I. LA CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS EN EL DERECHO ESPAÑOL

1. LA CONCESIÓN COMO MODO TRADICIONAL DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS:

- **Abastecimiento de aguas y alcantarillado** = servicios públicos obligatorios susceptibles de municipalización con monopolio
 - ✓ Primera etapa (Estatuto Municipal de 1924): gestión directa o gestión indirecta mediante **concesión** a empresa particular
 - ✓ Segunda etapa (LRL de 1950): la municipalización conlleva la gestión directa y el monopolio.

La gestión del servicio de abastecimiento de agua en los municipios de más de 100.000 habitantes (1948): 11 municipios, de forma directa; 5 municipios, parte del servicio en gestión directa y parte mediante **concesión**; y 3 municipios, exclusivamente mediante **concesión** (La Coruña, Santander y Valencia).

- ✓ Tercera etapa (LBRL): libertad de elección de los modos de gestión. Expansión de la técnica concesional para la gestión de los servicios públicos relacionados con el **ciclo integral del agua** (abastecimiento, saneamiento y depuración).
- ✓ Cuarta etapa: debate sobre “remunicipalización” o “contraprivatización” de los servicios de agua (exclusión de la Directiva de concesiones de 2014)

2. ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LA CONCESIÓN DE SERVICIOS:

- ✓ Modalidad de gestión indirecta de los **servicios públicos**, por la que el empresario particular gestionará el servicio a su **riesgo y ventura**
- Primer elemento: contratación de un **servicio público**:
- ✓ Permite delimitar la **concesión de servicios públicos** (ej., *limpieza de calles*) del **contrato de servicios** (ej., *limpieza de edificios públicos*)
 - ❖ *¿Contratos para la depuración de aguas residuales? Informe JCCA 27/2002: contratos de gestión de servicios públicos (concesión)*
- Segundo elemento: **riesgo y ventura** del concesionario:
- ✓ Permite diferenciar la **concesión** del resto de **contratos de GSP** (concierto, empresa mixta y gestión interesada).
- Es un falso tópico: Ni es un elemento exclusivo de la concesión; ni es real que en la concesión de servicios públicos exista riesgo económico.

3. EL RÉGIMEN ECONÓMICO-FINANCIERO DE LA CONCESIÓN:

1º. Retribución del concesionario (art. 129.1 y 2 RSCL):

- ✓ Tarifas abonadas por los usuarios
- ✓ Subvención otorgada por la Administración (concesiones gratuitas)
- ✓ Tarifas + subvención

2º. Principio de remuneración suficiente (art. 129.3 RSCL): cubrir el coste del establecimiento del servicio, los gastos de explotación y el beneficio empresarial.

3. Principio de equilibrio financiero (arts. 127.2 y 128.3 RSCL): compensar la mayor onerosidad derivada del ejercicio de la *potestas variandi, factum principis, riesgo imprevisible y fuerza mayor*.

➤ **Conclusión:** como regla general, el **CONCESIONARIO** sólo asume el riesgo derivado de la mala gestión (= riesgo y ventura)

II. LA CONCESIÓN DE SERVICIOS EN EL DERECHO COMUNITARIO:

- **Concesión de servicios:** excluida de la Directiva de 2004.

PRIMERA ETAPA: REMUNERACIÓN POR LOS USUARIOS

- Comunicación interpretativa de 2000 y Directiva de 2004: **naturaleza de la prestación** (servicio público) y **derecho de explotación** de la obra o servicio.
- *TJUE: “derecho de explotación”* = **remuneración del concesionario por los usuarios** (influencia del Derecho francés)
 - ✓ *STJUE Parking Brisen de 2005:* **gestión de un aparcamiento público de pago** = concesión de servicios.
 - ✓ *STJUE Conste 2005:* **servicio sanitarios de terapias respiratorias domiciliarias** = contrato de servicios.
- En el **Derecho español** esta interpretación no tuvo mucha aceptación: la concesión requiere la presencia de un **servicio público** (con independencia del modo de retribución)
 - ✓ **Concesión de servicios públicos** = **limpieza de calles, recogida de residuos, guardería infantil, extinción de incendios, depuración de aguas residuales, etc.** (servicios públicos gratuitos).

SEGUNDA ETAPA: TRANSFERENCIA DEL RIESGO DE EXPLOTACIÓN:

- **Concesión de servicios** (TJUE): transferencia al contratista de una parte significativa del riesgo de explotación = **Riesgo operacional**: exposición a las “*incertidumbres del mercado*” (≠ mala gestión).
 - Criterios subsidiarios: remuneración por los usuarios y servicio público.
 - ✓ *STJUE Comision/Italia 18-07-2007*: **tratamiento de residuos urbanos (contrato de servicios)**. Modificación del canon para garantizar el equilibrio financiero del contrato.
 - ✓ *STJUE Eurowasser 10-09-2009 y Acoset 15-09-2009*: **servicio de gestión integrada del agua**. Existe **concesión de servicios** aun cuando el riesgo de explotación sea muy limitado.

- **España**: 1º. Riesgo de explotación = riesgo y ventura. NO ES CORRECTO
2º. Riesgo de explotación = *resultado incierto de la gestión* (LCSP 2007: *uso o frecuentación del servicio*) (**Informe JCCA nº 22/09: la retribución dependa de los rendimientos de su explotación**)
 - **Contratos de servicios**: servicio de resonancia magnética y radiología; alumbrado público; prevención incendios
 - **Concesión de servicios**: gestión y explotación de un camping municipal

III. LA DIRECTIVA 2014/23, DE CONCESIONES (1)

➤ **Objeto:**

- Concesiones de cuantía igual o superior a **5.225.000 euros** (= contrato armonizado)

➤ **Novedades:**

- ✓ Positiva el concepto jurisprudencial de **riesgo de explotación**
- ✓ **Amplio régimen de exclusiones** (arts. 10-17): **sector del agua** (art. 12)
- ✓ Régimen especial para las **concesiones de servicios sociales** (art. 19: régimen simplificado) y **entidades no lucrativas con fines sociales** (art. 24: reserva de concesiones)
- ✓ **Garantías procedimentales mínimas** (garantizar publicidad, transparencia y concurrencia) (arts. 30-41): posibilidad de **negociar** con candidatos y licitadores (art. 37.6)
- ✓ **Limitación de la duración** (art. 18): 5 años o plazo superior que no exceda del tiempo razonable para recuperar las inversiones más un beneficio
- ✓ Régimen de **modificación** de las concesiones más flexible que el previsto en el TRLCSP (arts. 43-44): hasta el 50% del valor inicial.

LA DIRECTIVA 2014/23, DE CONCESIONES (2)

➤ Concepto de **CONCESIÓN DE SERVICIOS** (art. 5):

“Contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadoras confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a) a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago”.

➤ Caracteres:

- ✓ **Objeto:** prestación y gestión de “servicios” distintos de la ejecución de obras (ámbito más amplio que el servicio público)
- ✓ **Contraprestación:** derecho de explotar los servicios o este mismo derecho en conjunción con un pago de la Administración

- **Remuneración:** tarifas + subvención
- **Derecho de explotación** = “*transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de los servicios”* (cdos. 18 a 20)

IV. EFECTO DIRECTO DE LA DIRECTIVA (18 abril 2016)

➤ Recomendación de la JCCA de 16 de marzo de 2016:

1º. CONTRATOS DE GSP SUJETOS A REGULACIÓN ARMONIZADA: (5.225.000 euros)

A. Con transferencia del riesgo operacional = **concesión de servicios**

- ✓ Régimen jurídico: a) Directiva de concesiones; b) normas del TRLCSP aplicables a los contratos sujetos a regulación armonizada; y c) normas del TRLCSP aplicables a los CGSP

Excepto: no estén excluidos expresamente del ámbito objetivo de la Directiva.
Ejemplo: **servicios hidráulicos** (art. 12 DC)

B. Sin transferencia del riesgo operacional = **contrato de servicios**

- ✓ Régimen jurídico: a) Directiva de contratos; b) normas del TRLCSP aplicables a los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada; y c) normas del TRLCSP aplicables a los CGSP

2º. CONTRATOS DE GSP NO SUJETOS A REGULACIÓN ARMONIZADA:

- ✓ Régimen jurídico: normas del TRLCSP aplicables a los CGSP

GESTIÓN DEL CICLO INTEGRAL DEL AGUA

- Res TACRC 360 y 406/2014: **concesión de servicios públicos**
- Res. TACRC 58/2017: **contrato de servicios**
 - Régimen económico del contrato:
 - ✓ Pago de las tarifas abonadas por los usuarios
 - ✓ Remuneración complementaria por la instalaciones de acometidas y el pago de tasas por licencias de enganche
 - ✓ Importe de los trabajos realizados a los usuarios
 - ✓ Subvenciones otorgadas por la Administración para el mantenimiento del equilibrio económico de la concesión
 - ✓ Contribuciones especiales

“aunque se diga literalmente que el contrato se regirá por el principio de riesgo y ventura,... no hay realmente transferencia de riesgo, por lo que *el contrato debe ser calificado como de servicios*”

V. PROYECTO DE LEY: CLASES DE CONTRATOS

TRLCSP:

- Contrato de obra
- Contratos de gestión de servicios públicos:
 - **concesión**
 - concierto
 - gestión interesada
 - empresa mixta
- Contrato de suministros
- Contrato de servicios
- **Concesión de obra pública (Ley 13/2003)**
- Colaboración público-privada (Ley 30/2007)

PROYECTO DE LEY

- Contrato de obra
 - Concesión de obras
 - Contrato de servicios
 - **Concesión de servicio**
 - Contrato de suministro
-

¿Concierto, gestión interesada y empresa mixta?
= **concesión** o **contrato** de servicios.

V. PROYECTO DE LEY: CRITERIOS DE DISTINCIÓN

1. CONCESIÓN DE SERVICIOS (arts. 15 y 284):

- ✓ Gestión de un “servicio” cuya prestación sea de su titularidad o competencia / susceptibles de explotación económica /no impliquen ejercicio de autoridad. No se limita a servicios públicos
- ✓ Contrapartida: **derecho a explotar el servicio** o dicho derecho acompañado del de percibir un **precio** (= pago por la Admt).
 - **Derecho de explotación** = transferencia del *riesgo operacional*

2. CONTRATO DE SERVICIOS (art. 17):

- ✓ Prestación de un servicio distinto de obras o suministro.
- ✓ Puede comprender prestaciones directas a los ciudadanos (= **servicios públicos**) cuando no exista riesgo de explotación (compensar al contratista los costes de inversión).
 - Prestación de un **servicios público**: establecer el régimen jurídico del servicio / imposibilidad de embargo / secuestro o intervención del servicio público / rescate / poderes de policía (art. 312)

OJO: Cambia la calificación jurídica del contrato, pero no el régimen jurídico.

VI. CONCEPTO DE “RIESGO OPERACIONAL” (DIRECTIVA 2014/23)

- ✓ ***Riesgo operacional de carácter económico***
 - No se garantice la recuperación de las **inversiones** ni de los **costes de explotación** (no basta con que no hayan beneficios).
- ✓ **Exposición real a las incertidumbres del mercado:**
 - La remuneración dependa de la **demanda** y/o de la **oferta**, sin importar si la abonan los usuarios o la Administración.
 - No incluye los riesgos comunes (riesgos de mala gestión, riesgo regulatorio, riesgo financiero, etc.)
- ✓ **Riesgo significativo o sustancial:**
 - Puede ser un **riesgo limitado**, compartido con el poder adjudicador
- ✓ **Riesgo incierto:**
 - Debe derivarse de **factores externos**, ajenos al concesionario (≠ mala gestión)
- ✓ **Riesgo previsible:**
 - “Condiciones normales de funcionamiento”.
 - Es compatible con la compensación por **circunstancias imprevisibles y fuerza mayor**

APLICACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL (análisis caso por caso):

➤ Hay riesgo de explotación:

- Retribución por la Administración en función del uso ([Res TACRC 58/2017](#))
- Retribución por usuarios + 50% (riesgo impago) ([Res. TARC Madrid 105/2014](#))

➤ No hay riesgo de explotación:

- La Administración paga al concesionario una cantidad fija, con independencia del mayor o menor uso del servicio ([Res. TACRC 280/2015](#); [Inf JCCA 9/2015](#))
- “Cláusulas de calidad” y penalidades por incumplimiento (= riesgo común)
- No existen inversiones o gastos de primer establecimiento y el número de usuarios fluctúa muy poco ([Res. TACRC 146/2015](#))
- Pago por servicios prestados, cuando se garantiza un nivel de usuarios (ej., servicios sanitarios o sociales) ([Inf JCCA 80/2013](#); [Res TACRC 602/2015](#))
- Compensación en caso de servicio deficitario ([Inf JCCA Aragón 13/2015](#))

➤ El riesgo no es significativo:

- La Administración retribuye el 78% del contrato ([Res. TACRC 560/2015](#))

➤ Es compatible con la compensación: ([Inf. JCCA Aragón 24/2013](#))

- En caso de *ius variandi*, *factum principis*, *riesgo imprevisible* y errores de la Administración en la elaboración de la documentación

VII. PRINCIPALES NOVEDADES DEL PROYECTO DE LEY (1)

- **Art. 19.2. Contratos NO SARA:** concesiones de servicios hidráulicos.
- **Art. 29. Duración.** Directiva + TR: 40 (servicios y obras), 25 (servicios no sanitarios) y 10 años (servicios sanitarios).
- **Art. 44.** Recurso especial: concesiones + 3 millones de euros
- **Art. 285. 1. Pliegos:** división en lotes; **2. Estudio de viabilidad:** vinculante cuando concluya la inviabilidad.
- **Art. 286. Efectos, cumplimiento y extinción:** régimen general, excepto artículos 206 (suspensión) y 208 (cumplimiento).
- **Art. 287.3. Posibilidad de hipoteca:** cuando conlleven la realización de obras o instalaciones fijas.
- **Art. 288. Obligaciones:** seguir prestando el servicio hasta el nuevo contrato.

VII. PRINCIPALES NOVEDADES DEL PROYECTO DE LEY (2)

- **Art. 289. Revisión de las tarifas (no son tributos):** se aplica el régimen previsto para la revisión de precios. **Abono de un canon** por el concesionario a la Administración concedente.
- **Art. 290. Modificación y mantenimiento del equilibrio económico:** ampliación del plazo de duración hasta un 15% de su duración inicial. Regula el **desistimiento** del contrato.
- **Art. 291. Reversión:** imposibilidad de **embargo** de los bienes.
- **Art. 293.** Posibilidad de acordar el **secuestro del servicio** en caso de perturbación grave y no reparable, “por causas ajenas al concesionario”.
- **Art. 294. Resolución de la concesión:** a) **rescate:** acreditar que la gestión directa es más eficaz); b) **secuestro** o intervención del servicio por plazo superior a 3 años.

VII. PRINCIPALES NOVEDADES DEL PROYECTO DE LEY (3)

- **Art. 295. Efectos de la resolución:**

. Nueva forma de computar el importe a abonar al concesionario por las **obras y bienes que deban revertir** a la Admt.:

a) Por causa imputable a la Admt.: grado de amortización

b) Por causa no imputable a la Admt.: el que resulte de la nueva adjudicación de la concesión

. Nueva forma de calcular los beneficios futuros a abonar al concesionario por daños y perjuicios.

- **Art. 296. Subcontratación:** solo prestaciones accesorias.

- **Art. 297.** Aplicación supletoria de la normativa aplicable al **contrato de concesión de obra obras.**

- **D.A. 22. Adjudicación directa** de concesiones de servicios a **empresas mixtas** de capital público mayoritario.

JORNADAS SOBRE EL IMPACTO DE LA NUEVA
REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS EN EL
DERECHO DE AGUAS

GRACIAS