

La nueva concesión de servicios. Estudio del riesgo operacional. Francisco L. Hernández González. Ed. Aranzadi, 2018

“Las concesiones de servicios públicos están sufriendo la mayor crisis de su historia”. Con esta afirmación, Francisco L. Hernández González resume los cambios experimentados por la concesión de servicios como consecuencia de la transposición de la cuarta generación de Directivas de contratación pública de 2014.

Esta obra del prof. Hernández contribuye a la compleja labor de integrar el Derecho europeo con la tradición jurídica española; objetivo que supera con creces, no solo por arrojar luz sobre los problemas que giran en torno a la nueva configuración de la concesión, sino por la profundidad y claridad con que se dilucidan todas las cuestiones analizadas. Ello da buena muestra del conocimiento y experiencia que el autor tiene sobre la materia.

La jurisprudencia europea primero, y las Directivas después, han ido dando una nueva configuración a las concesiones. Recientemente, esos cambios se han integrado en el ordenamiento español por medio de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas europeas –LCSP/2017–. Esta norma suprime el contrato de gestión de servicios públicos y crea el contrato de concesión de servicios. Lo relevante de este cambio se encuentra en que ya no se atiende a la naturaleza de la prestación, ni a sus destinatarios para diferenciar la concesión de servicios del contrato público de servicios, sino al riesgo de explotación derivado de la operación, esto es, al riesgo operacional.

Como se puede observar, la normativa europea ha abocado al legislador español a asumir el concepto europeo de concesión y a relegar a un segundo plano el objeto del contrato. De esta forma, se rompe con la tradición española, lo que, en palabras del autor, permite hablar de un “nuevo contrato de concesión de servicios –que reemplaza al viejo contrato de gestión de servicios públicos–, cuyo objeto ya no se limita de forma exclusiva a la prestación de servicios públicos”.

Para comprender estos cambios y sus consecuencias, el libro se estructura en tres partes. La primera parte, estudia la evolución de la concesión de servicios públicos en el ordenamiento español. El fin es conocer los cimientos de la institución, sobre todo, desde el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales de 1955, para que ello permita comprender el presente y afrontar futuro. Esta parte consta de tres capítulos: en el capítulo primero se analiza el auge y crisis de la concesión de servicios públicos durante el siglo XX. Se examina cómo la concesión sobrevive a los procesos de municipalización y nacionalización de mitad de siglo, así como a las liberalizaciones de grandes servicios públicos que se produjeron tras la incorporación

de España a la UE. En una etapa más reciente, el capítulo se centra en estudiar cómo la concesión afronta con incertidumbre la corriente remunicipalizadora que recorre la UE y que ha abierto un debate sobre la recuperación de la gestión directa de servicios locales básicos.

El capítulo segundo examina la configuración tradicional de la concesión de servicios públicos. Para ello, se delimita la concesión de otras figuras. Esto permite al autor explicar que la concesión se concibe como un contrato por el que se encomienda a un particular la prestación de un servicio público, que asume la organización del mismo a su riesgo y ventura, con independencia de cuál sea el modo de remuneración. Este análisis se hace, como es lógico, a la luz de la configuración legal y de las numerosas aportaciones jurisprudenciales que, entre otras cuestiones, determinan que la ejecución de la concesión va a estar sujeta a los principios de continuidad y regularidad del servicio –con el consiguiente mantenimiento del equilibrio financiero del contrato–, sin que por ello desaparezca el principio de riesgo y ventura.

El capítulo tercero, como cierre de la primera parte, se centra en explicar las técnicas de equilibrio financiero de la concesión de servicios públicos. Esto permitirá comprobar que, al margen de las diferencias propias de la prestación, la concesión de servicios públicos no se diferencia en esencia del contrato de obras públicas en lo referido a la aplicación a los terceros de compensación por ejercicio del *ius variandi*, riesgo imprevisible y *factum principis*.

La segunda parte, se ocupa del concepto de concesión de servicios en el Derecho europeo. El capítulo cuarto tiene por objeto la concesión de servicios en el período anterior 2014. En este sentido cabe distinguir dos etapas: la primera se basa en aplicar un criterio delimitador de las concesiones apoyado en la remuneración por los usuarios; y la segunda, se basa en la traslación del riesgo de explotación económica. Se aborda con detalle el concepto de riesgo de explotación, estableciéndose las diferencias con el riesgo y ventura.

El capítulo quinto analiza exhaustivamente la Directiva de concesiones de 2014, que positiviza el criterio de la transferencia del riesgo de explotación –denominado desde ahora riesgo operacional–. En esta parte del libro se estudian las siguientes características: riesgo operacional de naturaleza económica, riesgo de resultado vinculado a la demanda y/o al suministro, riesgo no meramente nominal o desdeñable y riesgo incierto, pero previsible. De ello cabe destacar que el legislador nacional no se limita a recoger la jurisprudencia del TJUE, cuyo criterio solo contemplaba el riesgo de demanda, sino que también incluye el riesgo de oferta.

La tercera parte del libro estudia la transposición de la Directiva de concesiones en el Derecho español. En concreto, el capítulo sexto se centra en la evolución de la aplicación de la Directiva que, en primer lugar, tuvo valor interpretativo, poste-

riormente tuvo efecto directo y, finalmente, se ha integrado en el ordenamiento por medio de la LCSP/2017. Se presta especial atención a cómo antes de la aprobación la nueva legislación de contratación pública, los tribunales administrativos de recursos contractuales se hicieron eco de la jurisprudencia del TJUE, transformando la mayor parte de los contratos de gestión de servicios públicos en contratos de servicios, convirtiendo a aquel en un contrato residual.

Por último, el capítulo séptimo examina el concepto y régimen jurídico del nuevo contrato de concesión de servicios en la LCSP/2007. En esta parte destaca el análisis del concepto de riesgo operacional en la legislación nacional, que es tan impreciso como en la Directiva y no resuelve las dudas sobre su naturaleza. Esto lleva al autor a analizar cuestiones como el régimen retributivo, el plazo de duración o el restablecimiento del equilibrio económico. En relación con el régimen jurídico, el análisis se centra en las diferencias entre concesiones armonizadas, concesiones no armonizadas y concesiones excluidas del ámbito de aplicación de la ley.

Finalmente, el autor hace unas reflexiones en las que hace balance de las cuestiones analizadas y formula algunas propuestas entre las que destaca la necesidad de hacer una interpretación más flexible del riesgo operacional que permita a la concesión de servicios recuperar parte del protagonismo que ha perdido.

En fin, el libro del profesor Hernández González analiza los pormenores de la concesión de servicios y su nueva configuración, prestando especial atención al impacto que ha causado la introducción del criterio del riesgo operacional. Estamos, por tanto, ante una obra de extraordinario interés, llamada a convertirse en referencia obligatoria para todo aquel que quiera conocer en profundidad el nuevo régimen de la concesión de servicios.

Claudia Hernández López
Profesora Ayudante Dra. de Derecho Administrativo.
Universidad de La Laguna