



**Segons l'estudi "L'interès públic i la seva satisfacció amb la col·laboració público-privada"  
de la Cambra de Comerç de Barcelona**

## **L'interès públic ja no és excusa per modificar els contractes de les concessions de serveis**

- **Els procediments de rescat de les concessions de serveis públics han de ser totalment reinterpretats a la vista de la normativa comunitària ja en vigor.**
- **El rescat d'una concessió no pot ser considerat ja com una prerrogativa del contracte administratiu.**
- **La gestió pública sense eficiència és desviació de poder, invalida les decisions i pot ser recorreguda judicialment.**
- **La incorrecta tramitació del rescat d'una concessió pot donar lloc a delictes de prevaricació, coaccions o usurpació.**

**Barcelona, 5 de juliol de 2017.-** L'interès públic ja no és títol jurídic suficient per modificar o alterar un contracte de concessió de servei públic. Els eixos de la regulació europea de les concessions de serveis públics no són les prerrogatives públiques, sinó preservar el dret de la competència entre operadors i respectar el principi de seguretat jurídica que obliga a estar als pactes. Aquesta és una de les principals conclusions de l'estudi **L'interès públic i la seva satisfacció amb la col·laboració público-privada**, elaborat pels catedràtics de Dret José María Gimeno Feliu i Gonzalo Quintero Olivares i l'ex-president del Tribunal Suprem i del Tribunal Constitucional, Pascual Sala. L'estudi, editat per la Cambra de Comerç de Barcelona, analitza els fonaments jurídics comunitaris de la col·laboració entre el sector públic i el privat per a la prestació de serveis essencials als ciutadans i assenyalava les claus de la seguretat jurídica perquè les empreses puguin atendre aquests serveis públics.

En la polèmica de si els serveis públics han de ser prestats per l'Administració o han de permetre la participació privada, els autors afirmen que no interessa tant que sigui gestió directa o indirecta com que constitueixi la millor prestació (també en paràmetres d'eficiència) de l'activitat. És a dir, ha de prevaler la idea del nivell òptim de gestió.

Així, assenyalen, enfront de la idea d'una gestió pública directa, l'essencial, des de la perspectiva del ciutadà i la protecció dels seus drets, ha de ser la millor prestació del servei públic, al marge de qui sigui el que s'encarregui de la seva gestió (així s'ha advertit de forma expressa per la Sentència del Tribunal Constitucional 84/2015, en analitzar la constitucionalitat de les formes de gestió indirecta en els serveis sanitaris públics, advertint que no per això hi ha incompliment de l'article 41 de la CE). I aquesta visió objectiva és compatible i fins i tot indispensable, assegurant, amb la participació de la iniciativa privada.



Davant les objeccions ideològiques que veuen la gestió indirecta dels serveis públics com una privatització dels mateixos, els autors de l'estudi recorden la jurisprudència acumulada en el sentit que “els diferents contractes sobre la base dels quals el sector privat s'encarrega del finançament de les inversions i/o l'explotació d'obres públiques o serveis públics, no constitueixen, parlant amb propietat, una forma de privatització, sinó que es tracta més aviat d'un conjunt d'institucions jurídiques, que tenen com a objectiu mobilitzar les inversions privades i el *savoir faire* industrial i tècnic del sector privat, amb la finalitat de proveir els equipaments públics necessaris per a la societat i l'economia”.

### **Revisar els processos de rescat de concessions**

L'estudi assenyala que els procediments de rescat de les concessions de serveis públics han de ser totalment reinterpretats a la vista de la normativa comunitària ja en vigor. Això suposa, essencialment, que tant el rescat d'una concessió com les figures anàlogues no poden ser considerades ja com una prerrogativa del contracte administratiu, ja que aquest cedeix a favor d'un model d'igualtat de tracte i d'eficiència i integritat en la gestió dels fons públics. En l'opció de rescat estem realment davant una expropiació forçosa i, en conseqüència, haurà d'existir causa justificada i ha d'aplicar-se el procediment expropiatori legalment establert.

Els professors Quintero, Gimeno i Sala assenyalen que la possibilitat de rescatar una concessió ha de reesituar-se, no ja com una prerrogativa inherent al contracte administratiu, sinó des de la lògica de l'exercici d'una potestat expropiatòria, i no ja des de la d'un poder contractual. Així, solament quan es compleixin els requisits de la normativa expropiatòria, i sempre previ pagament de la justa indemnització que procedeixi, podrà recuperar-se anticipadament la gestió directa d'un servei. Indemnització que haurà de ponderar adequadament els conceptes de compensació industrial i d'amortització, així com de pèrdua de fons de comerç.

### **Gestió pública i estabilitat pressupostària**

Els autors sostenen que quan una administració decideixi reassumir la gestió directa en la prestació d'un servei públic, hauran de justificar-se els avantatges socials i econòmiques de la mateixa. Existeix el risc que es tracti d'una “solució” que pot anar en contra del principi de confiança legítima, d'una banda, però per una altra, i més important, del principi d'eficiència i del d'estabilitat pressupostària. En cap cas, assenyalen els autors de l'estudi, l'objectiu ha de ser el d'“estabilitzar” la plantilla laboral de les empreses que prestaven el servei, ja que tal objectiu resulta aliè a l'eficiència com a causa vàlida de l'operació de “reassumpció” de la gestió. Si el que es pretén és una nova “moral pública” per evitar la “precarització de condicions laborals” en les concessions, o evitar falta d'informació de costos, la millor opció és la “reformulació” jurídica de la relació concessional (per exemple, forma de pagament de les factures, suposats de reequilibri, exigències d'estabilitat de plantilla o d'un mínim de retribució, prerrogatives d'inspecció, o inclusió de penalitats, entre altres).

La gestió d'un servei públic per part d'una administració solament pot exercir-se des d'una perspectiva de la millor i més eficient qualitat de la prestació del servei. En cas contrari, assenyalen els autors, pot comportar l'existència d'un vici de desviació de poder (molt evident si la decisió pretén una “funcionarització encoberta del personal”). Desviació de poder que invalidarà jurídicament la decisió i que, òbviament, podrà ser combatuda jurídicament.



### **Conseqüències penals del rescat de concessions**

D'altra banda, assenyala l'estudi, la seguretat del concessionari, que es presenta habitualment com una condició necessària per a l'adequat compliment de la concessió, és una mica més que això: un bé jurídic penalment tutelat, ja que forma part de l'interès general que els concessionaris puguin estar recolzats per la seguretat. Això significa que, pel què fa a un procés de rescat d'una concessió administrativa, la seva incorrecta tramitació pot donar lloc a l'aparició de delictes, d'entre els quals sobresurt, per esmentar expressament a l'expropiació, el de l'article 541 del Codi Penal.

Així mateix, podrien concórrer, en funció de les circumstàncies, diversos tipus penals: a) el delictes de prevaricació, referit a l'ordre de procedir a confiscar, encara que seria difícil conferir a aquesta classe d'ordre la condició de "resolució en assumpte administratiu", la qual cosa portaria possiblement el fet cap a altres terrenys; b) el delictes de coaccions, per als supòsits en els quals l'execució de la decisió de recórrer a les vies de fet vagi acompanyada de violència o intimidació; c) el delictes d'usurpació, amb l'agreujament d'abús de la funció pública, només tindria cabuda en relació amb la confiscació de terres, donat que els únics drets "usurpables" són els drets reals immobiliaris. Si la confiscació comportés l'ocupació material d'instal·lacions que pertanyen al concessionari, podria donar-se el delictes d'usurpació segons la manera en què aquesta es dugués a terme.



<http://premsa.cambrabcn.org>



@presscambrabcn #Cambrabcn