

2. DERECHO MERCANTIL

La adquisición de capital social del concesionario público, ¿un supuesto de cesión contractual a los efectos de autorización administrativa?

Does acquiring equity in a public concession holder equate to contract transfer for administrative authorization purposes?

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado

RESUMEN: A raíz de las Directivas de contratación pública 2013/24/UE y 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo ha de plantearse si en los casos de adquisición de capital del concesionario público nos encontramos ante un supuesto de cesión del contrato de concesión y por tanto ante la necesaria autorización administrativa al respecto, para lo que ha de tenerse presente el tipo de concesión pública de que se trate y así poder tratar con rigor la consecuencia jurídica referida en lo que se ha venido a denominar el «mercado secundario de concesiones».

ABSTRACT: Based on Directives 2013/24/EU and 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council on public procurement, one might well wonder if the acquisition of equity in a public concession holder is actually a transfer of the concession contract, in which case administrative authorization would be required. In such events, the type of public concession at issue is a factor in how to treat with all due rigour the legal consequences of what has come to be known as the «secondary concession market».

PALABRAS CLAVE: Derecho de contratos. Parlamento Europeo. Cesión del contrato de concesión. Contratación pública.

KEY WORDS: Contract law. European Parliament. Transfer of concession contracts. Public procurement.

SUMARIO: I. EL NUEVO MARCO NORMATIVO.—II. EL SUPUESTO DE HECHO NO SUJETO A LA DIRECTIVA 2014/23/UE.—III. EL SUPUESTO DE HECHO SUJETO A LA DIRECTIVA 2014/23/UE.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. EL NUEVO MARCO NORMATIVO

Con el objeto de poder abordar esta cuestión, a saber, si en los casos de adquisición de capital del concesionario público nos encontramos ante un supuesto de cesión del contrato de concesión y por tanto ante la necesaria autorización administrativa al respecto, ha de tenerse presente el tipo de concesión pública de que se trate y así poder tratar con rigor la consecuencia jurídica referida en lo que se ha venido a denominar el «mercado secundario de concesiones».

En el presente trabajo vamos a tratar el problema desde el análisis de la concesión pública de servicios, ya que la respuesta a la cuestión en el ámbito de la concesión de dominio público requiere un tratamiento diferente en función del diferente ámbito normativo aplicable.

En este sentido, para el entendimiento de lo que en la actualidad ha de entenderse por concesión pública de servicios, hemos de tener como referente 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, cuyo plazo de transposición terminó el 18 de abril de 2016.

Como razona el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (Expte. TACRC - 252, 253 y 256/2017), dicha Directiva, con el fin de armonizar la regulación de los Estados miembros para eliminar perturbaciones en el mercado interior, opta por un concepto amplio de «*contrato de concesión de servicios*» (no necesariamente vinculado a un servicio público), que define en su artículo 5.1.b) como «*un 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 de contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago*», siendo esencial «*la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación*» de dicho servicio, «*abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos*».

Ese concepto amplio del «*contrato de concesión de servicios*» de la Directiva 2014/23/UE puede amparar figuras que, hasta la fecha, no encontraban adecuado encaje en las tradicionales categorías del contrato de servicios (por no existir un pago de la Administración al contratista, quien se remunera directamente de los usuarios), ni en el contrato de gestión de servicios públicos (por tratarse de contratos que la Administración tiene interés en licitar pero que, en puridad, no tienen por objeto «servicios públicos» que sean de obligada prestación a favor de los ciudadanos).

La nueva Directiva opta por un concepto amplio de contrato de concesión de servicios que no se vincula a la naturaleza pública del servicio, sino a la transferencia del riesgo operacional al contratista, rasgo distintivo con el contrato de servicios, tal y como se declara en el apartado 3.1.5.2. de la Recomendación dirigida a los órganos de contratación por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el 15 de marzo de 2016, en relación con la aplicación de las nuevas directivas de contratación pública.

No se discute que las concesiones demaniales y los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles estén excluidos del ámbito de aplicación del TRLCSP conforme a los apartados o) y p) de su artículo 4.1), y conforme a la propia Directiva 2014/23/UE, según dispone su Considerando 15¹ y su artículo 10.8. Pero en tales casos, lo propio y característico, según se encarga de explicar el Considerando 15 de la citada Directiva, es que la entidad contratante «*establece únicamente sus*

condiciones generales de utilización, sin contratar obras o servicios específicos. Tal es el caso, normalmente, de los contratos de arrendamiento de bienes o de tierras de dominio público, que en general contienen condiciones sobre la toma de posesión del arrendatario, el uso al que debe destinarse el bien, las obligaciones del propietario y del arrendatario por cuanto se refiere al mantenimiento del bien, la duración del contrato de arrendamiento y la devolución de la posesión al propietario, la cuantía del alquiler y los gastos accesorios que debe abonar el arrendatario».

Pues bien, si se considerase que estamos ante un contrato mixto, resultaría de aplicación el artículo 20.3 de la Directiva 2014/23/UE, con arreglo a la cual, «en el caso de contratos que tengan por objeto elementos regulados en la presente Directiva (como sería la concesión de servicios) así como otros elementos (el contrato de privado de arrendamiento de inmuebles), los poderes y entidades adjudicadores podrán decidir adjudicar contratos separados para partes separadas», pero «cuando los poderes o entidades adjudicadoras decidan adjudicar un contrato único, se aplicará la presente Directiva...». Añade el apartado 5 del artículo 20 de la Directiva 2014/23/UE que, «cuando las partes de un determinado contrato no sean objetivamente separables, el régimen jurídico aplicable se determinará en función del objeto principal del contrato», siendo así que, con independencia de la denominación atribuida en los pliegos al contrato, tanto por su contenido obligacional, como desde un punto de vista de lógica empresarial, han de entenderse prevalentes, en muchas ocasiones, las prestaciones relativas a la actividad de servicios, pues los beneficios derivados de dicha actividad forzosamente han de concebirse como superiores al importe de las rentas que el arrendatario o usuario ha de satisfacer por el uso de los bienes en los que desarrolla dicha actividad, lo que conduciría a la aplicabilidad de la Directiva 2014/23/UE.

Pues bien, en relación con lo anterior y en sede de la aplicación al caso (cuando así resulte) de 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, hemos de tener presente el artículo 43 1. d) ii) de la referida Directiva² que expresamente prevé lo siguiente:

«Artículo 43
Modificación de los contratos durante su periodo de vigencia

1. LAS CONCESIONES PODRÁN MODIFICARSE SIN NECESIDAD DE INICIAR UN NUEVO PROCEDIMIENTO DE CONCESIÓN DE CONFORMIDAD CON LA PRESENTE DIRECTIVA EN CUALQUIERA DE LOS CASOS SIGUIENTES:

d) cuando un nuevo concesionario sustituya al designado en un principio como adjudicatario por el poder adjudicador adjudicadores o la entidad adjudicadora como consecuencia de:

ii) la sucesión total o parcial del concesionario inicial, a raíz de una reestructuración empresarial, en particular por absorción, fusión, adquisición o insolvencia, por otro operador económico que cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente, siempre que ello no implique otras modificaciones sustanciales del contrato ni tenga por objeto eludir la aplicación de la presente Directiva»³.

O sea, regula la *adquisición* del concesionario inicial como un supuesto de continuidad en la concesión o sucesión en la persona del contratista, siendo que el vigente artículo 85 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Pú-

blico, no recoge dentro de dichos supuestos de sucesión del contratista el de su adquisición, al regular expresamente lo siguiente:

«En los casos de fusión de empresas en los que participe la sociedad contratista, continuará el contrato vigente con la entidad absorbente o con la resultante de la fusión, que quedará subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes del mismo. Igualmente, en los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas, continuará el contrato con la entidad a la que se atribuya el contrato, que quedará subrogada en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, siempre que tenga la solvencia exigida al acordarse la adjudicación o que las diversas sociedades beneficiarias de las mencionadas operaciones y, en caso de subsistir, la sociedad de la que provengan el patrimonio, empresas o ramas segregadas, se responsabilicen solidariamente con aquella de la ejecución del contrato. Si no pudiese producirse la subrogación por no reunir la entidad a la que se atribuya el contrato las condiciones de solvencia necesarias se resolverá el contrato, considerándose a todos los efectos como un supuesto de resolución por culpa del adjudicatario».

En términos análogos al actual TRLCSP (art. 85), se pronuncia el artículo 98 del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al Ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2104, aprobado por el Congreso y publicado el día 10 de agosto de 2017 en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados)⁴, que regula los casos de sucesión del contratista público sin hacer referencia a la *adquisición*, del siguiente modo:

«1. En los casos de fusión de empresas en los que participe la sociedad contratista, continuará el contrato vigente con la entidad absorbente o con la resultante de la fusión, que quedará subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes del mismo. Igualmente, en los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas, continuará el contrato con la entidad a la que se atribuya el contrato, que quedará subrogada en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, siempre que reúna las condiciones de capacidad, ausencia de prohibición de contratar, y la solvencia exigida al acordarse la adjudicación o que las diversas sociedades beneficiarias de las mencionadas operaciones y, en caso de subsistir, la sociedad de la que provengan el patrimonio, empresas o ramas segregadas, se responsabilicen solidariamente con aquellas de la ejecución del contrato. Si no pudiese producirse la subrogación por no reunir la entidad a la que se atribuya el contrato las condiciones de solvencia necesarias se resolverá el contrato, considerándose a todos los efectos como un supuesto de resolución por culpa del adjudicatario.

A los efectos anteriores la empresa deberá comunicar al órgano de contratación la circunstancia que se hubiere producido.

Cuando como consecuencia de las operaciones mercantiles a que se refiere el párrafo anterior se le atribuyera el contrato a una entidad distinta, la garantía definitiva podrá ser, a criterio de la entidad otorgante de la misma, renovada o reemplazada por una nueva garantía que se suscriba por la nueva entidad teniéndose en cuenta las especiales características

del riesgo que constituya esta última entidad. En este caso, la antigua garantía definitiva conservará su vigencia hasta que esté constituida la nueva garantía.

2. Cuando el contratista inicial sea una unión temporal de empresas, se estará a lo establecido en el artículo 69.

Ahora bien, el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al Ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2104, sí que nos ofrece una novedad relativa al denominado «mercado secundario de concesiones» y es la regulación que ofrece al respecto en el artículo 214 (en sede de cesión contractual) de las compraventas de acciones /participaciones sociales de la sociedad concesionaria, con el siguiente tenor:

«Artículo 214. Cesión de los contratos.

1. Al margen de los supuestos de sucesión del contratista del artículo 98 y sin perjuicio de la subrogación que pudiera producirse a favor del acreedor hipotecario conforme al artículo 274.2 o del adjudicatario en el procedimiento de ejecución hipotecaria en virtud del artículo 275, la modificación subjetiva de los contratos solamente será posible por cesión contractual, cuando obedezca a una opción inequívoca de los pliegos, dentro de los límites establecidos en el párrafo siguiente.

A tales efectos, los pliegos establecerán necesariamente que los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos por el contratista a un tercero siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato, y de la cesión no resulte una restricción efectiva de la competencia en el mercado. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 2, letra b), no podrá autorizarse la cesión a un tercero cuando esta suponga una alteración sustancial de las características del contratista si estas constituyen un elemento esencial del contrato.

Cuando los pliegos prevean que los licitadores que resulten adjudicatarios constituyan una sociedad específicamente para la ejecución del contrato, establecerán la posibilidad de cesión de las participaciones de esa sociedad; así como el supuesto en que, por implicar un cambio de control sobre el contratista, esa cesión de participaciones deba ser equiparada a una cesión contractual a los efectos de su autorización de acuerdo con lo previsto en el presente artículo. Los pliegos podrán prever mecanismos de control de la cesión de participaciones que no impliquen un cambio de control en supuestos que estén suficientemente justificados.

2. Para que los contratistas puedan ceder sus derechos y obligaciones a terceros, los pliegos deberán contemplar, como mínimo, la exigencia de los siguientes requisitos:

a) Que el órgano de contratación autorice, de forma previa y expresa, la cesión. Dicha autorización se otorgará siempre que se den los requisitos previstos en las letras siguientes. El plazo para la notificación de la resolución sobre la solicitud de autorización será de dos meses, transcurrido el cual deberá entenderse otorgada por silencio administrativo.

b) Que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato o, cuando se trate de un contrato de concesión de obras o concesión de servicios, que haya efectuado su explotación durante al

menos una quinta parte del plazo de duración del contrato. No será de aplicación este requisito si la cesión se produce encontrándose el contratista en concurso aunque se haya abierto la fase de liquidación, o ha puesto en conocimiento del juzgado competente para la declaración del concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación, o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, en los términos previstos en la legislación concursal. No obstante lo anterior, el acreedor pignoraticio o el acreedor hipotecario podrá solicitar la cesión en aquellos supuestos en que los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios los pliegos prevean, mediante cláusulas claras e inequívocas, la posibilidad de subrogación de un tercero en todos los derechos y obligaciones del concesionario en caso de concurrencia de algún indicio claro y predeterminado de la inviabilidad, presente o futura, de la concesión, con la finalidad de evitar su resolución anticipada.

c) Que el cessionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia que resulte exigible en función de la fase de ejecución del contrato, debiendo estar debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente, y no estar incursa en una causa de prohibición de contratar.

d) Que la cesión se formalice, entre el adjudicatario y el cessionario, en escritura pública.

3. El cessionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que corresponderían al cedente.

La introducción de lo anterior fue fruto de la enmienda número 679 del Grupo Parlamentario Socialista, resultando su motivación la siguiente:

«Se contempla expresamente la cesión de participaciones en sociedades contratistas de propósito específico (concesionarias), para crear una mayor certeza de la posibilidad y condiciones de la cesión, necesaria para la existencia de un mercado secundario de concesiones».

Así pues, en función de lo anteriormente expuesto, ¿a qué debemos atenernos en la actualidad ante un supuesto de venta de acciones /participaciones sociales del concesionario público de servicios?; ¿estamos ante un caso de cesión de la concesión de servicios y de necesaria autorización administrativa?

II. EL SUPUESTO DE HECHO NO SUJETO A LA DIRECTIVA 2014/23/UE

En los casos de adquisición de capital social de concesionarios públicos no sujetos 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, cuyo plazo de transposición terminó el 18 de abril de 2016, bien *ratione temporis* (es decir, para contratos de concesión de servicios ofrecidos o adjudicados antes del 17 de abril de 2014, según prevé el artículo 54 de la referida Directiva 2014/23/UE para la entrada en vigor de la misma), bien *ratione materiae* (por ejemplo, concesiones que estando fuera del ámbito de aplicación objetiva de la Directiva 2014/23/UE carezcan de una regulación nacional propia del supuesto de hecho, v.gr. concesiones portuarias; aunque para este caso el régimen sea también sustancialmente idéntico en nuestra legislación nacional), entendemos que continúa siendo de aplicación el criterio ofrecido al respecto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Es decir, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 19 de junio de 2008 (asunto C-454/06), donde se establece que:

«44. En efecto, de los autos se desprende que APA-OTS es una filial al 100 % de APA, que esta última dispone de un poder de dirección sobre APA-OTS y que existe entre estas dos entidades un contrato de transferencia de pérdidas y beneficios, que asume APA. Además, de los autos se desprende que un representante autorizado de APA aseguró a la entidad adjudicadora que, tras la transferencia de los servicios OTS, APA respondería solidariamente junto con APA-OTS y que nada cambiaría en la prestación de conjunto existente.

45. Tal acuerdo representa, en esencia, una reorganización interna de la otra parte contratante, que no modifica de manera esencial los términos del contrato inicial.

46. En este contexto, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta sobre las consecuencias jurídicas de la circunstancia de que la entidad adjudicadora no tenga la seguridad de que las participaciones sociales no se cederán a terceros durante el periodo de vigencia del contrato.

47. Si las participaciones sociales de APA-OTS fueran cedidas a un tercero durante el periodo de vigencia del contrato examinado en el asunto principal, ya no se trataría de una reorganización interna de la otra parte inicial del contrato, sino de un cambio efectivo de parte contratante, lo que constituiría en principio el cambio de un término esencial del contrato. Esta circunstancia podría constituir una nueva adjudicación del contrato en el sentido de la Directiva 92/50.

48. Se aplicaría un razonamiento análogo si la cesión de las participaciones sociales de la filial a un tercero ya estuviera prevista en el momento de la transferencia a esta de las actividades de que se trata (véase, en este sentido, la Sentencia de 10 de noviembre de 2005, Comisión/Austria, C-29/04, Rec. I-9705, apartados 38 a 42).

49. No obstante, en tanto no se produzca tal evolución, sigue siendo válido el análisis que figura en el apartado 45 de la presente sentencia, según el cual la situación considerada constituye una reorganización interna de la otra parte contratante. La inexistencia de una garantía de que las participaciones sociales no se cederán a terceros durante la vigencia del contrato no afecta a esta conclusión».

Es decir, según esta Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 19 de junio de 2008 (asunto C-454/06) la venta de participaciones de la sociedad concesionaria sería un supuesto de novación contractual, por lo que se requeriría la correspondiente autorización administrativa del poder adjudicador, pese a que en el derecho comunitario positivo vigente en la fecha de dicha sentencia, esto es, la Directiva 92/50/CEE y la Directiva 2004/18/CE, regularen la cuestión, ofreciéndonos por tanto una solución en función de la tradicional consideración de contrato *intuitu personae* otorgado a la concesión.

Por otro lado, lo anterior viene a concordar en lo sustancial con el criterio que ha venido manteniendo el Consejo de Estado, en sus Dictámenes 3375/2001, 2578/1998, 998/1994 y 1507/1993, que viene entendiendo que la venta de las acciones / participaciones del concesionario, en casos en que la misma suponga una alteración del control efectivo del mismo, se asimila a un supuesto de cesión de la concesión que requiere autorización administrativa previa.

El Dictamen del Consejo de Estado 3375/2001 razonó lo siguiente:

«A juicio del Consejo de Estado, la importancia de la identidad del concesionario no resulta una cuestión menor. A la Administración no le es indiferente quién es el titular de la concesión y las condiciones en que construye, conserva y explota la obra pública. Ello se evidencia en el caso de las concesiones de obras públicas en que la legislación general de contratos de las Administraciones Públicas permite la transferencia de la concesión siempre “que el órgano de contratación autorice expresamente y con carácter previo la cesión” (art. 114 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas). Sobre la base de que a la Administración no le es indiferente quién es el titular de la concesión, el Consejo de Estado considera oportuno señalar que, en el desempeño de su función consultiva, ha entendido que “la transferencia de la titularidad de todas las acciones de una entidad concesionaria comporta la transmisión de la concesión” (dictamen núm. 998/94, de 23 de junio de 1994). Parece evidente que en tal caso no se produce una alteración de la titularidad formal, pero sí de los accionistas o partícipes y, por ende, de los últimos propietarios. Como se ha puesto de manifiesto tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia, el denominado mito de la personalidad jurídica no puede servir ni para justificar situaciones legalmente fraudulentas ni para desvirtuar la esencia de la institución. Es preciso, traspasando los conceptos abstractos y las formas jurídicas, investigar el fondo de las situaciones. En tal caso, el Consejo de Estado proclamó en el mencionado dictamen que «(...) la transferencia de todas las acciones de una entidad concesionaria comporta la sustitución del concesionario, pues la sociedad es simple reflejo de la actuación, intereses y solvencia de quienes son sus socios; se da una transmisión real de la condición de concesionario; de ahí que deba considerarse que tal supuesto precisa de la autorización administrativa establecida para tal caso, pues la Administración necesita saber en cada momento quién es el concesionario real y cuáles son sus garantías (...)».

Es claro, por tanto, que los casos de transferencia de la titularidad de todas o parte de las acciones representativas del capital social de una sociedad se equiparan a los de transmisión de la concesión, cualquiera que sea el porcentaje efectivamente transmitido, siempre que suponga una alteración del control efectivo de la sociedad concesionaria».

En supuestos de concesiones demaniales portuarias, el Consejo de Estado emite los Dictámenes 1507/1993, 998/1994 y 2578/1998 y considera extinguida la concesión por no haberse solicitado la autorización administrativa previa.

A estos efectos y en materia de concesiones portuarias (excluidas del ámbito objetivo de aplicación de la Directiva 2014/23/UE), recordamos que el artículo 92.4 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, prevé expresamente lo siguiente:

4. *La enajenación de las acciones, participaciones o cuotas de una sociedad, comunidad de bienes u otros entes sin personalidad jurídica que tengan como actividad principal la explotación de la concesión, exigirá la autorización de la Autoridad Portuaria siempre que pueda suponer que el adquirente obtenga una posición que le permita influir de manera efectiva en la gestión o control de dicha sociedad o comunidad.*

En el supuesto de que la concesión tenga por objeto la prestación de un servicio portuario o el desarrollo de una actividad o servicio comercial directamente relacionado con la actividad portuaria, la transmisión no podrá ser autorizada cuando el adquirente sea titular de una concesión con el mismo objeto o tenga una participación directa o indirecta que le permita influir de manera efectiva en una sociedad o comunidad titular de una concesión cuyo objeto sea el mismo, siempre que ostente una posición dominante en la actividad objeto de la concesión dentro del puerto o cuando como consecuencia de la adquisición pueda adquirirla.

Para la determinación de las situaciones de influencia efectiva en la gestión o control de una entidad y de tenencia de posición dominante en el puerto se estará a lo dispuesto en el artículo 121.1 de esta ley.

En el caso de sociedades mercantiles, se presume que existe influencia efectiva en la gestión o control de una sociedad cuando se produzca alguno de los supuestos previstos en el artículo 42.1 del Código de Comercio o del artículo 18 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital (art. 121.1 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre).

La Doctrina ha razonado con acierto esta cuestión. De esta forma y para las concesiones que nos ocupa, podemos traer a colación el siguiente razonamiento de MESTRE DELGADO⁵: «...En el caso de las personas jurídicas, las condiciones que se tienen en cuenta son las que las caracterizan como tales, y no en principio las de las personas —físicas o jurídicas— que las forman. La adjudicación, de esta forma, se realizará en atención a la infraestructura de la empresa, al diseño de gestión del servicio establecido en la oferta, a su capital social, a la experiencia acreditada respecto a objetos semejantes, etc. Pero no en atención a la composición física del accionariado. No es posible sostener, en mi opinión, y con carácter general, que cualquier modificación de la titularidad del capital social de una empresa concesionaria de servicios públicos determine una vulneración del requisito que vengo analizando, y por ello que constituya causa de extinción de la misma.

A esta regla general pueden añadirse algunas especialidades, a fin de completar el régimen cabalmente aplicable: de un lado, merece consideración diferente la transmisión del capital social de empresas cuyo objeto social único sea el de prestar un determinado servicio público, que la del capital de sociedades que tengan una finalidad más amplia o diversa. En este último supuesto no es discutible que el principio de libertad de empresa despliega unos efectos más intensos que en el primero de los casos enunciados, donde parece que se puede subsumir con mayor facilidad una cesión encubierta de la concesión. De otro lado, resulta útil individualizar el tratamiento jurídico de aquellos supuestos en los que se transmita íntegramente el capital social de la empresa o una parte sustancial que atribuya la capacidad de decisión y organización al adquirente, frente al de los casos en que ello no suceda, bien porque se trate de transmisiones de menor entidad, bien porque se esté en presencia de operaciones de estricta inversión, sin capacidad de gestión ni decisión (acciones sin derecho a voto, por ejemplo).

Con estos parámetros se puede efectuar un acercamiento más real a la cuestión que nos ocupa, de tal forma que será posible concluir que existe materialmente una cesión de la concesión cuando se transmita íntegramente el capital social —o una parte suficientemente representativa del mismo desde la perspectiva del dominio de la empresa— de una empresa jurídica cuyo fin único es la gestión del servicio público a que se refiera.

En estos supuestos, por lo tanto, no resulta arriesgado sostener que materialmente se produce una excepción singular al régimen que disciplina la adjudicación de contratos de gestión de servicios públicos, en la misma forma a la apreciable en el caso de cesión entre personas físicas».

En suma, cuando exista un cambio de control efectivo (vgr. art. 42 del Código de Comercio) en el capital social de un concesionario de servicios cuyo objeto social sea la prestación de un servicio público, resultando inaplicable la Directiva 2014/23/UE, entendemos que se produciría una cesión de la concesión, requiriendo autorización administrativa previa, so pena de extinción de la concesión.

III. EL SUPUESTO DE HECHO SUJETO A LA DIRECTIVA 2014/23/UE

Para los casos de adquisición de capital social de concesionarios públicos sujetos 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, ya hemos visto que el 43 1. d) ii) de la referida Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, cuyo plazo de transposición terminó el 18 de abril de 2016, regula la *adquisición* del concesionario inicial como un supuesto de continuidad en la concesión o sucesión en la persona del contratista.

Antes de nada, ni que decir tiene que la adquisición de la empresa como conjunto o actividad organizada de producción de bienes y servicios en el mercado puede efectuarse bien mediante la adquisición directa del correspondiente establecimiento mercantil o bien a través de la adquisición indirecta de acciones, participaciones o cuotas sociales, forma esta última que supone en la práctica la inmensa mayoría de los casos de adquisiciones de empresas.

Así, desde una primera aproximación el objeto del contrato de compraventa de empresa dependerá de la modalidad directa o indirecta de la misma. Es decir, tal y como hemos comentado en la adquisición directa el objeto vendrá configurado tradicionalmente por el establecimiento mercantil, donde es preciso una correcta configuración del mismo en cuanto su comprensión como conjunto de derechos y obligaciones, *vid.* STS de 13 de febrero de 1992 (*RJ* 1992, 842), mientras que en la modalidad de adquisición indirecta el objeto —igualmente, desde un punto de vista tradicional— vendrá configurado por las acciones, participaciones sociales o cuotas sociales de que se trate.

En este grupo de casos de concesiones sujetas a la Directiva 2014/23/UE también hemos de diferenciar en el presente análisis si nos encontramos con un supuesto producido con anterioridad a la transposición por el Estado español de la Directiva 2014/23/UE cuyo plazo de transposición expiró el día 18 de abril de 2016, o bien, si nos encontramos en un supuesto producido tras la transposición de la referida Directiva 2014/23/UE teniendo presente que a fecha de este trabajo contamos con que el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, ha sido aprobado por el Congreso y publicado el día 10 de agosto de 2017 en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados) encontrándose pendiente de envío al Senado para su tramitación.

Pues bien en el primero de los casos (antes de la transposición de la Directiva) hemos de ubicar la solución —si interpretamos como entendemos que ha de hacerse el término *adquisición* del 43 1. d) ii) de la referida Directiva 2014/23/UE

comprehensivo de los casos de compraventa de acciones / participaciones sociales del concesionario público y por tanto como un caso de sucesión en la persona del contratista público —en el ámbito de lo que conocemos como efecto directo de las Directivas comunitarias.

Al hilo de lo anterior, seguimos lo expuesto por la Recomendación de 15 de marzo de 2016 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en ejercicio de la competencia que le atribuye el artículo 2.4.c) del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, por el que se establece su régimen orgánico y funcional, en relación con la aplicación de las nuevas directivas de contratación cuando analiza el conocido efecto directo de las Directivas comunitarias del siguiente modo: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha venido reconociendo efecto directo a las disposiciones de las directivas comunitarias una vez expirado el plazo de transposición de las mismas sin que esta se haya llevado a cabo, pudiendo ser invocadas por los particulares ante la jurisdicción nacional, siempre que se cumplan una serie de requisitos que se establecen en la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia (entre otras, en las Sentencias Van Duyn, de 4 de diciembre de 1974; Ratti, de 5 de abril de 1979; Ursula Becker, de 19 de enero de 1982; y Pfeiffer y otros, de 5 de octubre de 2004).

Dichos requisitos son los siguientes:

- Que la disposición sea lo suficientemente clara y precisa.
- Que la disposición establezca una obligación que no esté sujeta a ninguna excepción ni condición. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado en diversas ocasiones (entre otras, en la Sentencia Kaefer y Proacci, de 12 de diciembre de 1990) que una disposición es incondicional cuando no otorga a los Estados Miembros ningún margen de apreciación.

Por otro lado, la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea únicamente ha reconocido el efecto directo «vertical» de las Directivas Comunitarias, es decir, en las relaciones entre los Estados miembros y los particulares, no siendo aplicable el citado efecto directo de las Directivas en el plano «horizontal», es decir, en las relaciones entre particulares, alegándolo un particular frente a otro. Por su parte, debe destacarse que dentro de las relaciones entre los Estados miembros y los particulares (efecto directo vertical), la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no admite que un Estado Miembro invoque las disposiciones de una Directiva no transpuesta en perjuicio de un particular (Sentencia Ratti, de 5 de abril de 1979).

En definitiva, y en el caso que nos ocupa, a partir de la fecha en que debió estar realizada la transposición, es decir, el 18 de abril de 2016, gozarán de efecto directo las disposiciones de las Directivas que cumplan los requisitos citados anteriormente.

Como señala GIMENO FELIU⁶, entendemos que el meritado artículo 43 1. d) ii) de la referida Directiva 2014/23/UE, es de lo que goza del mencionado efecto directo de la directiva comunitaria, cuando razona lo siguiente:

«Para el caso de la Directiva 23/2014, de concesiones, son varios los preceptos que, por ese carácter de incondicionados, deberán ser considerados plenamente eficaces.

Esto sucede con los siguientes preceptos:

(...)

21) Gran efecto práctico derivará de la aplicación directa del nuevo régimen de modificaciones del contrato concesional (art. 43). El nuevo régimen,

casi análogo al del artículo 72 de la Directiva de contratación pública, parece ampliar las posibilidades de modificación (lo que puede desplazar el régimen de los arts. 105 a 107 TRLCSP). En todo caso, la doctrina ya consolidada del TJUE no queda desplazada por esta nueva regulación, pues como advierte en considerando 107 de la Directiva 2014/24, «es preciso aclarar las condiciones en las que la modificación de un contrato durante su ejecución exige un nuevo procedimiento de contratación, teniendo en cuenta la jurisprudencia pertinente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea». Así, esta doctrina sigue siendo el parámetro de enjuiciamiento de tal posibilidad (que no *ius variandi*) y que se limita a los casos estrictamente necesarios para preservar el propio contrato sin alterar su causa o contenido sustancial».

En suma, en este grupo de casos y por mor del efecto directo de la regulación de las modificaciones del contrato concesional por el hecho de no haber sido transpuesta en plazo la Directiva 2014/23/UE, no se admite que un Estado Miembro invoque las disposiciones de una Directiva no transpuesta en perjuicio de un particular, por lo que el supuesto de hecho consistente en la venta de las acciones / participaciones sociales del concesionario público de servicios debe quedar amparado por el efecto directo razonado.

Para el segundo grupo de casos de concesiones sujetas a la Directiva 2014/23/UE, es decir, cuando nos encontramos en un supuesto producido tras la trasposición de la referida Directiva 2014/23/UE el tratamiento del problema ha de efectuarse desde la óptica de la primacía del derecho comunitario, preguntándonos por la actitud del Juez y del particular ante la desviación del legislador español del derecho comunitario en la transposición del mismo al Ordenamiento jurídico nacional.

Para ello y como puede deducirse de lo razonado hasta ahora, partimos de la premisa de que en el término *adquisición* al que hace referencia el 43 1. d) ii) de la referida Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión se encuentra comprendido el supuesto de adquisición del capital social del concesionario, así como que la actual regulación del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al Ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, esto es su artículo 214, entra en contradicción al exigir requisitos de autorización administrativa con el régimen liberalizador del derecho comunitario de concesiones en cuanto a la sucesión en la persona del contratista propugnada para dicho casos. Evidentemente, cualquier análisis que efectuamos sobre esta cuestión habrá de ser revisado a la luz del texto legislativo definitivo que resulte de aprobación tras su tramitación en el Senado.

Sobre la actitud del Juez en cuanto a la inaplicación de la norma de rango legal por contradicción con el derecho de la unión europea, merece traer a colación la opinión de ALONSO GARCÍA⁷ al respecto, quien razonaba lo siguiente:

«El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (hoy, de la Unión Europea), dejó bien claro en 1978 (*asunto Simmenthal*) que el Juez nacional estaba obligado a inaplicar normas por su propia autoridad en el supuesto de considerarlas incompatibles con el Derecho comunitario; ello, salvo que este suscitará alguna duda interpretativa (o de validez), en cuyo caso el Juez nacional carecería de competencia para resolver por su propia autoridad tal duda (como paso previo indispensable a los efectos de poder cotejar ulteriormente su compatibilidad con la norma interna) de llegarse a dar las condiciones para activar con carácter obligatorio la cuestión prejudicial europea, aclaradas por el propio Tribunal de

Justicia en 1982 (en lo concerniente a la interpretación, *asunto CILFIT2*) y 1987 (en lo concerniente a la validez, *asunto Foto-Frost*).

(...)

En relación, en primer lugar, con el tema de las *inaplicaciones de normas de rango legal* por el Juez ordinario por contradicción con el Derecho de la Unión Europea, me atrevo a calificar como irrefutable la posición actual del TC sobre ambas caras de la misma moneda, que puede sintetizarse de la siguiente manera:

Por un lado, y según la STC 58/2004, cuando resulta *procedente* el planteamiento de la cuestión prejudicial en términos obligatorios, según exigencias del artículo 267 TFUE tal y como ha sido interpretado por el TJUE, y el Juez ordinario, por su propia autoridad, inaplica una normas de rango legal por contraria al Derecho de la Unión, ello acarrea una vulneración de la tutela judicial efectiva en su manifestación de *derecho a un proceso con todas las garantías*, sin necesidad de entrar en consideraciones acerca de si dicha vulneración abarca también su manifestación del *derecho a obtener una resolución motivada y fundada en Derecho* (o lo que es igual a efectos práctico, tal actuación, *per se*, implicaría también una vulneración del derecho a obtener una resolución motivada y fundada en Derecho).

Por otro lado, y según la STC 78/2010, cuando resulta *improcedente* el planteamiento de la cuestión prejudicial en términos obligatorios, según exigencias del artículo 267 TFUE tal y como ha sido interpretado por el TJUE, y el Juez ordinario, por su propia autoridad, inaplica una normas de rango legal por contraria al Derecho de la Unión, ello no acarrea una vulneración alguna de la tutela judicial efectiva en su manifestación de *derecho a un proceso con todas las garantías*. Pero puede acarrear, en función de la argumentación judicial, una vulneración de dicha tutela en su manifestación del *derecho a obtener una resolución motivada y fundada en Derecho* (terreno este último más abonado para posibles conjjeturas, en cuanto a la determinación del mayor o menor rigor que emplearía el TC en su control; en mi opinión, y a diferencia de lo que sucedería en relación con la inaplicación de normas reglamentarias, me inclino por un control en términos muy rigurosos, habida cuenta de la importancia que el TC otorga a la ley en nuestro sistema de fuentes, incluso cuando vinculado este con el propio de la Unión»).

En relación con lo anterior, hay que tener presente también que el Tribunal Constitucional sigue la doctrina del acto claro y del acto aclarado tal y como razona en su Auto 86/2011 de 9 de junio de 2011.

En la Sentencia del Tribunal Constitucional 78/2010, de 20 de octubre de 2010, se razona sobre la obligatoriedad o no de plantear la cuestión prejudicial por parte del Juez nacional en los siguientes términos:

«Ya con este punto de partida, ha de señalarse que el Tribunal ha avocado este recurso de amparo para que sea conocido por el Pleno —arts. 10.1 n) (LA LEY 1979, 2383) y 13 LOTC (LA LEY 1979, 2383)—, a fin de fijar nuestra doctrina sobre la cuestión prejudicial del Derecho comunitario, rectificando la que deriva de la STC 194/2006 (LA LEY 2006, 70010), de 19 de junio, en los términos que seguidamente se indican.

2. La cuestión de inconstitucionalidad —art. 163 CE (LA LEY 1978, 2500)— y la cuestión prejudicial del Derecho comunitario —arts. 19.3 b) del Tratado de la Unión Europea (TUE) (LA LEY 1994, 109) y

267 del Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) (LA LEY 1957, 6) [antiguo artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE)]— están sujetas a regímenes jurídicos, que, en lo que ahora importa, se ajustan a exigencias diferentes: a) El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad resulta imprescindible en relación con las normas legales posteriores a la Constitución si no existe la posibilidad de lograr una interpretación de ellas que acomode su sentido y aplicación a la norma suprema: solo mediante el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad puede llegarse a dejar sin aplicación una norma legal posterior a la Constitución y que contradice a esta.

b) Distinto es el régimen jurídico de la cuestión prejudicial propia del Derecho comunitario, pues la obligación de plantearla desaparece, aun tratándose de decisiones de órganos jurisdiccionales nacionales que no son susceptibles de un recurso judicial conforme al Derecho interno, tanto cuando la cuestión suscitada fuese materialmente idéntica a otra que haya sido objeto de una decisión prejudicial en caso análogo (SSTJCE de 27 de marzo de 1963, asuntos Da Costa y acumulados, 28 a 30/62; y de 19 de noviembre de 19991, asunto Francovich y Bonifaci, C-6 y 9/90), como cuando la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión (STJCE de 6 de octubre de 1982, asunto Cilfit, 283/81). Y es que para dejar de aplicar una norma legal vigente por su contradicción con el Derecho comunitario el planteamiento de la cuestión prejudicial solo resulta preciso, con la perspectiva del artículo 24 CE (LA LEY 1978, 2500), en caso de que concurran los presupuestos fijados al efecto por el propio Derecho comunitario, cuya concurrencia corresponde apreciar a los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria».

En cuanto a la actitud del justiciable, y con carácter general, el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente a obtener una resolución judicial motivada solo es vulnerado si la resolución judicial es arbitraria, irrazonable o errónea, conforme doctrina reiterada de nuestro Tribunal Constitucional, aunque también puede originarse la vulneración del justiciable a una resolución fundada en derecho si el Juez omite la aplicación de una norma que con total evidencia resulte aplicable.

Para un entendimiento de lo anterior, resulta acertada la estructuración que ofrece al respecto ARROYO JIMÉNEZ⁸, cuando expone lo siguiente:

«El primero es el de las resoluciones judiciales que inaplican normas de Derecho interno en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, esto es, el supuesto en que el órgano judicial constata la existencia de una contradicción entre el Derecho nacional y el europeo y deja de aplicar la norma nacional por su propia autoridad. Desde la perspectiva del derecho a obtener una resolución motivada, la sentencia solo será inconstitucional si la decisión incurre en arbitrariedad o irrazonabilidad manifiestas o si descansa en premisas fácticas patentemente erróneas.

En segundo lugar, este canon de control es también el adecuado en el supuesto en que el órgano judicial, en lugar de aplicar el principio de primacía, busque sortear el conflicto delimitando recíprocamente los ámbitos de aplicación de la norma de Derecho interno y de la norma europea en perjuicio de la primera.

En tercer lugar, la perspectiva de control que proporciona el derecho a obtener una resolución motivada es también la que debe emplearse en caso de que

el conflicto entre normas de Derecho de la Unión Europea y de Derecho interno se sorteara mediante la interpretación restrictiva del alcance de aquellas y no, por tanto, mediante el desconocimiento frontal del principio de primacía (un supuesto este que, según se comprobará en otra ocasión, probablemente merezca otro encuadramiento constitucional). Se trata, pues, del caso inmediatamente anterior pero con la peculiaridad de que el órgano judicial pretende evitar la contradicción internormativa restringiendo el alcance de la norma europea en lugar de la nacional.

En cuarto lugar, lo mismo ocurre cuando las normas procedentes de cada uno de estos sistemas no son contradictorias o cuando el Derecho nacional sencillamente no contiene normas relevantes para el caso, de manera que las únicas disposiciones aplicables proceden del Derecho europeo. Dos supuestos son particularmente importantes debido a su proximidad con otros en los que, según se comprobará en entradas posteriores, el canon de control es más intenso. Se trata, por un lado, de las resoluciones judiciales que resuelven erróneamente problemas de sucesión normativa en el ámbito del Derecho de la Unión Europea y, por otro, de la decisión de no promover una cuestión prejudicial de interpretación cuando dicha decisión, a pesar de ser incorrecta de conformidad con el Derecho de la Unión, no va acompañada de la inaplicación de una Ley interna (SSTC 27/2013, de 11 de febrero; 99/2015, de 25 de mayo)».

En función de lo anterior, consideramos que el planteamiento de la cuestión prejudicial en virtud de lo previsto en el artículo 267 del TFUE habría de ser el mecanismo de actuación correcto si el Juez nacional albergara dudas sobre la interpretación y aplicación del derecho comunitario, en nuestro caso, la que pudiera suscitarse del alcance liberalizador que entendemos que propugna el término *adquisición* al que hace referencia el 43 1. d) ii) de la referida Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión y si efectivamente se encuentra comprendido el supuesto de adquisición del capital social del concesionario, ya que efectivamente no nos encontramos en ninguno de los supuestos que excepcionaría el planteamiento de la cuestión en función de la aplicación de la doctrina del acto claro y aclarado, debiéndose únicamente delimitar la obligación o no del referido Juez nacional, en función, de si la resolución que dictara en el proceso correspondiente fuera susceptible o no de recurso, so pena de incurrir en errónea motivación de la sentencia.

Sobre la motivación errónea, el Tribunal Constitucional ha reiterado (por todas, SSTC26/2009, de 26 de enero, FJ 2; 61/2009, de 9 de marzo, FJ 4, y 82/2009, de 23 de marzo, FJ 6) que «el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos. Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos o razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos fundamentadores de la decisión; y en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho. Este último aspecto no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, pero sí conlleva la garantía de que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan solo una mera apariencia (por todas, STC 311/2005, de 12 de diciembre, FJ 4).

En relación con el error patente, el Tribunal Constitucional ya ha puesto de manifiesto que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) cuando la resolución judicial sea el resultado de un razonamiento que no se corresponde con la realidad por haber ocurrido el órgano judicial en un error patente en la determinación y selección del material de hecho o del presupuesto sobre el que se asienta su decisión y de la legalidad apreciada por el Tribunal, produciendo con ello efectos negativos en la esfera jurídica del ciudadano, destacándose que los requisitos necesarios para dotar de relevancia constitucional dicho error son que no sea imputable a la negligencia de la parte sino atribuible al órgano judicial, pueda apreciarse inmediatamente de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales y resulte determinante de la decisión adoptada por constituir el soporte único o básico —*ratio decidendi*— de la resolución, de forma que no pueda saberse cuál hubiera sido el criterio del órgano judicial de no haber ocurrido en él (por todas, STC 4/2008, de 21 de enero, FJ 3)».

Una actitud contraria que permitiera la elusión de la referida norma comunitaria mediante un recurso interpretativo que impidiera la aplicación de la misma en favor de la norma jurídica nacional contraria y que conllevara por tanto la vulneración del principio de supremacía del derecho comunitario (art. 4 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial), podría suponer efectivamente una vulneración de la tutela judicial efectiva en su modalidad consistente en el derecho a obtener una resolución judicial motivada por la irrazonabilidad de la misma en que consideramos que se incurriría por dejar de aplicar la norma comunitaria analizada, que justificaría la interposición del correspondiente recurso de amparo (art. 24 CE) aunque seamos conscientes de la dificultad práctica que supondría la apreciación de la irrazonabilidad propugnada, dado el reiterado criterio del Tribunal Constitucional restrictivo en la apreciación de la misma, pese a los anteriores razonamientos de nuestro más Alto Tribunal antes transcritos.

III. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA. Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva (A propósito de las SSTC 58/2004, 194/2006 y 78/2010). *WP IDEIR* núm. 4 (2014). UCM.
- ARROYO JIMÉNEZ. Derecho europeo y tutela judicial efectiva (I): el derecho a una resolución fundada en Derecho. <http://almacendedderecho.org/derecho-europeo-y-tutela-judicial-efectiva-i-el-derecho-a-una-resolucion-motivada/>.
- MESTRE DELGADO. *La extinción de la concesión de servicio público*. La Ley, 1992.
- GIMENO FELIU. El efecto directo de las directivas de contratación pública de 2014 en ausencia de transposición en plazo por España. *Contratación administrativa práctica*. Año 2016, número 143.

IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 19 de junio de 2008.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 311/2005, de 12 de diciembre.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 4/2008, de 21 de enero.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 78/2010, de 20 de octubre de 2010.

- Sentencia del Tribunal Constitucional 26/2009, de 26 de enero.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 61/2009, de 9 de marzo.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 82/2009, de 23 de marzo.
- Auto del Tribunal Constitucional 86/2011 de 9 de junio de 2011.

NOTAS

¹ (15) «Tampoco deben considerarse concesiones a efectos de la presente Directiva determinados acuerdos cuyo objeto es el derecho de un operador económico a explotar determinados parajes o recursos de carácter público, con arreglo al Derecho privado o público, como es el caso de terrenos o cualquier propiedad pública, especialmente en el sector de los puertos marítimos e interiores o aeroportuario, en los que el Estado, poder adjudicador o entidad adjudicadora establece únicamente sus condiciones generales de utilización, sin contratar obras o servicios específicos. Tal es el caso, normalmente, de los contratos de arrendamiento de bienes o de tierras de dominio público, que en general contienen condiciones sobre la toma de posesión del arrendatario, el uso al que debe destinarse el bien, las obligaciones del propietario y del arrendatario por cuanto se refiere al mantenimiento del bien, la duración del contrato de arrendamiento y la devolución de la posesión al propietario, la cuantía del alquiler y los gastos accesorios que debe abonar el arrendatario».

² En términos análogos se pronuncia el artículo 72.1d) ii) de 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.

Teniendo presente que el Considerando 107 de esta Directiva 2014/24/UE prevé expresamente que:

«Es preciso aclarar las condiciones en las que la modificación de un contrato durante su ejecución exige un nuevo procedimiento de contratación, teniendo en cuenta la correspondiente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Es obligatorio un nuevo procedimiento de contratación cuando se introducen en el contrato inicial cambios fundamentales, en particular referidos al ámbito de aplicación y al contenido de los derechos y obligaciones mutuos de las partes, incluida la distribución de los derechos de propiedad intelectual e industrial. Tales cambios demuestran la intención de las partes de renegociar condiciones esenciales de dicho contrato. En concreto, así sucede si las condiciones modificadas habrían influido en el resultado del procedimiento, en caso de que hubieran formado parte del procedimiento inicial.

En todo momento debe ser posible introducir modificaciones en el contrato que representen un cambio menor de su valor hasta un determinado valor sin que sea necesario seguir un nuevo procedimiento de contratación. Para ello, con el fin de garantizar la seguridad jurídica, la presente Directiva debe disponer umbrales de minimis, por debajo de los cuales no sea necesario un nuevo procedimiento de contratación. Las modificaciones del contrato por encima de dichos umbrales deberían ser posibles sin la necesidad de seguir un nuevo procedimiento de contratación, en la medida en que cumplan las correspondientes condiciones establecidas en la presente Directiva».

³ Ha de tenerse en cuenta la tesis correcta acerca del principio general de irretroactividad en la aplicación del derecho comunitario consagrado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia Fédesa y otros (C331/88), apartado 45, en la que razonó que «si bien, como regla general, el principio de seguridad jurídica se opone a que un acto comunitario comience a producir efectos en una fecha anterior a la de su publicación, puede ocurrir lo contrario, con carácter excepcional, cuando así lo exija el objetivo perseguido y se respete adecuadamente la confianza legítima de los interesados».

⁴ La transitoriedad es tratada en este Proyecto de Ley de la siguiente forma:

Disposición transitoria primera. Expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley.

1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento

de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados sin publicidad, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.

2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior.

⁵ MESTRE DELGADO. *La extinción de la concesión de servicio público.* La Ley, 1992, páginas 174 y 175.

⁶ GIMÉNO FELIU. El efecto directo de las directivas de contratación pública de 2014 en ausencia de transposición en plazo por España. *Contratación administrativa práctica.* Año 2016, número 143.

⁷ ALONSO GARCÍA. Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva (A propósito de las SSTC 58/2004, 194/2006 y 78/2010). *WP IDEIR* núm. 4 (2014). UCM.

⁸ ARROYO JIMÉNEZ. Derecho europeo y tutela judicial efectiva (I): el derecho a una resolución fundada en Derecho. <http://almacendedederecho.org/derecho-europeo-y-tutela-judicial-efectiva-i-el-derecho-a-una-resolucion-motivada/>