

turalidad propia de estos contratos, indicando que evocan «una prestación como “alma” de contrato (de gestión) de servicio público atrapada (o prisionera) en un “cuerpo” de contrato público de servicios». En todo caso, tratándose de un servicio público de obligatoria de prestación permanente y necesaria a los ciudadanos, no parece que, con carácter general, pueda articularse esta prestación como una concesión de servicios, ni siquiera haciendo depender el precio de las toneladas efectivamente gestionadas, ya que la demanda constante del servicio y el nivel relativo de estabilidad del volumen de residuos para un volumen de población dada no parece exponer al operador a una pérdida potencial no meramente nominal o deseable.

El profesor Fortes Martín analiza una cuestión relevante en este tipo de contratos, como es la referida a la aplicación de la «cláusula de progreso» y en qué medida la adaptación del servicio, durante su ciclo de vida, a los avances de la técnica puede tener repercusiones relevantes en el equilibrio del contrato o puede implicar incluso el desestimiento del contrato por parte del contratista.

La monografía aborda también una cuestión clave y que debería marcar, a mi entender, el futuro de la gestión de residuos municipales: la configuración de la tasa municipal de residuos para que actúe como un elemento incentivador para fomentar la participación ciudadana en el mejor funcionamiento del sistema de recogida selectiva. El autor señala que las tasas, en la medida en que no diferencia entre comportamientos ciudadanos, generan «indiferencia contaminadora» en el vecino, que va a abonar la misma cantidad se implique o no en el sistema, genere más o menos residuos. Acierta al afirmar la necesidad de profundizar en las políticas fiscales más innovadoras centradas en el pago por generación.

En fin, nos encontramos ante una obra que, sin duda, será de gran utilidad a quienes tengan que diseñar y articular la «ley del contrato» del servicio local de recogida —y, habitualmente, tratamiento— de residuos municipales, que, en el caso de las grandes ciudades, se trata de muy complejos contratos de servicios. Y, por supuesto, pienso que estamos ante un profundo trabajo donde los operadores jurídicos hallarán soluciones válidas a los cuestiones que tengan que resolver, que es susceptible de generar tan sustancioso —y vital para la ciudadanía— contrato de servicio de recogida de residuos domésticos.

Francisco Javier Sanz Larruga
Universidade da Coruña

MERCEDES FUERTES: *Las desventuras del dinero público. Elegía al principio de «riesgo y ventura»*, Madrid, Marcial Pons, 2018, 203 págs.

Es de sobra conocido que la contratación pública es uno de los grandes motores de la economía nacional. No es inusual recordar que representa alrededor

del 20% del PIB de nuestro país, lo que implica que este sector mueve cada año unos 220.000 millones de euros.

La ingente cantidad de recursos públicos destinados a la contratación pública explica, entre otros motivos, que sea uno de los ámbitos de actividad pública en el que mayores tentaciones existen para incurrir en prácticas corruptas. De hecho, la realidad judicial ha demostrado que en este sector dichas tentaciones con indeseable frecuencia se han materializado en forma de amaños, mordidas, sobornos, pago de comisiones ilegales o blanqueo de dinero.

Que la adjudicación de contratos públicos ha venido siendo un campo abonado para la corrupción no es ninguna novedad y son numerosos los estudios que, en especial de unos años a esta parte, han prestado atención a este grave problema.

Sin embargo, mucha menos curiosidad ha despertado otra grave y acuciante situación que también ha dejado su desgarradora impronta en la contratación pública española y que aún ligado en ocasiones a la corrupción no necesariamente va de su mano. Nos referimos a la obscena cantidad de dinero público que de forma sangrantemente impúdica se ha despilfarrado como consecuencia de la realización de muchos proyectos públicos, especialmente de macroproyectos, que han culminado en estruendosos fracasos.

A esto ha contribuido la existencia de demasiados intereses creados, una notable falta de responsabilidad política o la carencia de mecanismos efectivos de control tanto *ex ante* como también *ex post*. Peligrosa mezcla de ingredientes que han servido de caldo de cultivo de escandalosas improvisaciones, faltas de rigurosidad política prominentes, y propiciado, en fin, las coyunturas adecuadas para desencadenar una larga lista de despropósitos cuyos elevados costes han recaído sobre las espaldas de las arcas públicas.

Pues bien, el libro escrito por la profesora Mercedes Fuertes que presentamos en esta recensión expone y profundiza de forma sagaz en este hiriente panorama.

Surge la obra de la necesidad sentida por su autora de descender desde la óptica del derecho en el análisis del «curioso» y preocupante dato, antes indicado, que ha asolado la ejecución de determinados proyectos públicos: el recurrente traslado a la Hacienda pública de las colosales cargas económicas que generan tales proyectos cuando por alguna razón se han frustrado, generando un enorme agujero de deuda. Desenlace que contrasta y contradice palmariamente la principal filosofía que subyace al sistema concesional: descargar al erario público de las obligaciones financieras que exige la construcción y mantenimiento de infraestructuras.

El propósito reconocido que persigue el estudio es descubrir la virtualidad de un principio que *a priori*, al menos nominalmente, debería alzarse como «una de las vigas en las que descansa el régimen jurídico de las concesiones de obras públicas»: el principio de riesgo y ventura del contratista. Pese a su presencia nominal en las normas, la realidad viene demostrando con tozudez que mientras las venturas sí son acogidas por los adjudicatarios de los grandes proyectos, no ocurre lo mismo con los riesgos y sus desventuras, que de forma inexorable y pese

al principio enunciado se descargan sobre los hombros de la Hacienda pública, que somos todos. De ahí que el principal objetivo del trabajo consista en descubrir cómo se ha maleado dicho principio y qué es lo que queda de él.

La manera de afrontar el reto propuesto no se acomoda estrictamente a lo que viene siendo la clásica de las monografías jurídicas. Prescinde de un desarrollo mera y estrictamente teórico y técnico-jurídico del problema planteado y opta por entrelazar dicho acercamiento con un análisis empírico-fáctico que desgrana los pormenores de tres mediáticos ejemplos de grandes proyectos públicos malogrados. A saber: el proyecto Castor, el de las autopistas radiales de Madrid y, como tercero en discordia, el proyecto hispano-francés de tren de alta velocidad. Al examen de cada uno de estos «gloriosos» casos, se dedica un capítulo del libro, que se completa con un capítulo IV que contiene una «elegía al riesgo y ventura» y se cierra con un epílogo que incluye sabias reflexiones y consejos que convendría resonasen en la conciencia de quienes tienen ocasión de participar en la concepción y gestión de los futuros proyectos públicos, para evitar seguir tropezando en la misma piedra.

La prosa con la que narra la trama de acontecimientos que circunda cada uno de los proyectos analizados combina magistralmente la exposición dogmática de los hechos con una crítica ácida y mordaz del doloroso trasfondo que encierran. Precisamente uno de los alicientes más interesantes de la obra recensionada descansa en el método científico empleado: dar protagonismo a los casos de estudio escogidos, descendiendo con detalle en la exposición de su componente fáctico, pero sin descuidar, al tiempo, el examen jurídico general de las cuestiones vinculadas a ellos. El resultado es un soberbio ensayo jurídico que en algunos puntos acaricia el género de la «novela histórico-jurídica».

La temática era propicia para imprimir este enfoque, pero la solvencia como jurista de la profesora Fuertes, la finura literaria de su pluma y las sagaces reflexiones que para el tema de fondo realiza rememorando obras de relevantes juristas, filósofos, politólogos, políticos o historiadores, convierten el estudio en una deliciosa obra.

El capítulo centrado en la «elegía al riesgo y ventura» es especialmente suculento. Apreciando el valor de un diseño meditado y reposado de las instituciones, la autora recuerda la concepción del principio de riesgo y ventura en el derecho privado en el que se pondera la responsabilidad del contratista de modo que no asume la de aquellos acontecimientos que quedan fuera de su ámbito de diligencia. En coherencia con lo anterior, expone que en el derecho público los primeros pliegos contractuales del siglo XIX exculpaban a los concesionarios ante la aparición de situaciones que cupiera calificar de fuerza mayor. Sin embargo, con el tiempo se fueron introduciendo nuevas previsiones y reconociendo nuevos derechos a los concesionarios que a la larga han acabado en muchos casos por desnaturalizar el sentido original del principio. A título de ejemplo, en los contratos de concesión de obra cuyo objeto es la construcción de una infraestructura, el hecho de que se permitiese la explotación de la obra construida facilitó que se

asimilase la fase de explotación a la prestación de un servicio público, cuando la explotación de la obra no está por necesidad ligada a tal institución. No obstante, asimilaciones como esta condujeron paulatinamente a trastocar los márgenes de los riesgos que deben asumir los contratistas. Hasta el punto de alumbrarse situaciones en las que el riesgo se convirtió en «venturosa fortuna».

Una muestra paradigmática de cómo normativamente se llegó a diluir la esencia de un principio basilar en el marco de las compras públicas lo constituye la regulación de la llamada RPA (responsabilidad patrimonial de la Administración) en las concesiones vigentes en España hasta el año 2015. Dicha responsabilidad se refiere a la obligación que incumbe a la Administración de indemnizar al concesionario por la extinción anticipada o resolución de la concesión y desempeña un papel fundamental en el reparto de riesgos y, con ello, en los incentivos que puede tener una empresa para participar en una licitación, así como para diseñar la oferta que formule.

Sucedía que el derecho español dibujaba un régimen de RPA excesivamente desequilibrado a favor de los concesionarios. Al regular las consecuencias de la resolución anticipada de una concesión, cualquiera que fuera la causa que la motivara y con independencia de quién fuera el responsable de la misma, se imponía a la Administración la obligación de abonar al concesionario el importe de las inversiones realizadas por razón de tres aspectos: expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de los bienes necesarios para la explotación de la concesión. A tal efecto, debía tenerse en cuenta su grado de amortización en función del tiempo que restara hasta el término de la concesión y lo establecido en el plan económico-financiero. Esto era así, como decimos, con independencia de que la resolución hubiera tenido lugar o no como consecuencia del abandono, la renuncia unilateral o el incumplimiento por el concesionario de sus obligaciones contractuales esenciales, o por razón de haberse llegado a una declaración en concurso de acreedores o de declaración de insolvencia del concesionario, por ejemplo, por falta de rentabilidad de la concesión. Naturalmente, en los casos en que la resolución del contrato tuviera lugar por causa imputable al concesionario, se producía la incautación de la garantía, así como la obligación de indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios ocasionados en lo que pudiera exceder del importe de la garantía incautada. Pero dicha culpabilidad no permitía imponer al concesionario la obligación de soportar las cargas de las inversiones realizadas y aún no amortizadas, que debían serle abonadas por la Administración.

En suma, de forma generalizada, el fracaso de la concesión y su consiguiente resolución conllevaba siempre para el concesionario el reconocimiento del derecho a obtener una compensación a cargo de la Administración contratante por las inversiones realizadas y no amortizadas. Derecho de cobro que era frecuentemente objeto de pignoración en los contratos financieros, sirviendo como garantía pública para las entidades financiadoras. El nivel real de riesgo que asumía el concesionario en relación con el éxito o fracaso del proyecto se limitaba bastante,

pues en caso de falta de rentabilidad de la concesión, las inversiones no amortizadas quedaban sustancialmente cubiertas por la RPA.

En otras ocasiones, los infortunios del dinero público se han debido a la falta de seriedad y las deficiencias con las que se han realizado los estudios de viabilidad que acompañaron a las concesiones (que dieron lugar a los conocidos como «elefantes blancos»). En otros casos, en las previsiones que los empresarios redactores de los pliegos han incluido en ellos a modo de cómodos refugios para atemperar las consecuencias para el concesionario derivadas de los imprevistos que pudiesen asolar el contrato. Y así un nutrido etcétera de supuestos y situaciones que se describen con crudeza en la obra comentada.

El mensaje último que siembra la profesora Mercedes Fuertes es claro: «Resulta imprescindible recuperar las esencias». Los concesionarios han de asumir las venturas de los contratos que se les adjudican —el libro presta especial atención a las concesiones de obras— pero también sus riesgos. Esto al objeto de estimular que la gestión de la obra sea adecuada «y no se deslice por el tobogán del reloj que puede hacerle caer en las arenas movedizas de la insolvencia».

La regulación ahora contenida en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, abre una ventana de esperanza a la mejora al consolidar un marco normativo que elimina algunas de las distorsiones que se padecían y proporciona herramientas mejoradas —como las de planificación, preparación de los contratos o control de sus vicisitudes— que bien utilizadas pueden contribuir a mejorar la historia de la política de las infraestructuras públicas en España. Pero, como concluye la profesora Mercedes Fuertes, «la política, no se olvide, es el bastidor en el que es preciso encajar todo lo que se cuenta en este libro». En este espléndido libro.

Patricia Valcárcel Fernández
Universidad de Vigo

WOLFGANG HOFFMANN-RIEM: *Big Data. Desafíos también para el derecho* (trad. Eduardo Knörr Argote). Cizur Menor (Navarra), Cuadernos Civitas, 2018, 179 págs.

1. No hace falta empezar recordando que el progreso de la técnica, sin el que seguiríamos siendo tan primitivos como los adoradores de tótems y los comedores de carne humana, tiene, como las monedas, una cara B. Desde siempre ha existido una línea de pensamiento que ha puesto de relieve, a veces en términos muy dramáticos, lo mucho que de malo viene escondido de matute con lo bueno. Quizá el libro de referencia siga siendo, dos siglos después de haber sido escrito, *Frankenstein* («El Moderno Prometeo», nada menos: el que quiso rivalizar con Dios), de Mary Shelley, las circunstancias de cuya gestación, en Villa Diodati, en Ginebra, en 1816, le dieron además un sesgo especialmente sombrío: *El año del*