

---

# Los servicios públicos locales en tiempo de crisis

Esteban Arimany Lamoglia

*Profesor asociado de la Universidad de Barcelona*

*Abogado del Estado, en excedencia*

*Socio de Uría Menéndez*

- 1. Presentación**
- 2. La asunción de actividades prestacionales por parte de las corporaciones locales**
- 3. La despublificación de actividades prestacionales**
- 4. La elección de la forma de gestión de los servicios públicos locales**
  - 4.1. Cooperación y gestión directa
  - 4.2. Externalización de la gestión del servicio público local
- 5. La gestión indirecta en tiempo de crisis: insuficiencias de la remuneración y financiación**
  - 5.1. Crisis e insuficiencia de la remuneración
  - 5.2. Crisis e insuficiencia de la financiación
- 6. La creciente morosidad del sector público**
- 7. El interés renovado por la suspensión, el secuestro y la resolución de las concesiones de servicio público**
  - 7.1. La suspensión del contrato
  - 7.2. El secuestro de la concesión
  - 7.3. Algunos apuntes sobre la resolución contractual

## Resumen

El actual contexto de crisis económica provoca una diversidad de impactos en la asunción y gestión, directa o indirecta, de los servicios públicos locales. Se trata de realizar unas consideraciones panorámicas sobre algunos de tales impactos en el momento de la asunción de la titularidad del servicio por parte de la corporación local, a la hora de decidir sobre la eventual despublificación de la actividad constitutiva de servicio público y al tiempo de decantarse por una u otra de las formas de gestión y externalización que contempla nuestro ordenamiento. Ya en el ámbito de la gestión indirecta, la crisis impacta sin duda en su desarrollo, en forma de fenómenos patológicos que presionan hacia una insuficiente remuneración del contratista y financiación del proyecto, afloran la morosidad creciente de las Administraciones Públicas e invitan a visitar instituciones como la suspensión del contrato, el secuestro de la concesión o la resolución contractual.

Palabras clave: *servicio público; privatización; gestión indirecta; morosidad; suspensión; secuestro; resolución.*

## Abstract

*The current economic crisis causes a variety of impacts on the assumption and management, directly or indirectly, of local public services. Some general considerations are discussed on some of these impacts at the time of the assumption of the ownership of service by the local corporation, when deciding upon the eventual unpublishing of constitutive public service activity and at the time of opting for one or another form of management and outsourcing that includes our legal system. The crisis already has its impact on the development of the indirect management, in the form of pathological phenomena that are pushing towards an insufficient remuneration of the contractor and project funding, and there is a mounting arrearage of Public Administrations that invite us to revisit institutions such as the suspension of the contract and the contractual termination.*

*Keywords:* public service; privatization; indirect management; default; suspension; resolution.

## 1. Presentación

En el contexto de una serie de presentaciones sobre “Los Gobiernos locales en tiempo de crisis”, me ha correspondido realizar unas consideraciones específicas relacionadas con “Los servicios públicos locales”, de modo que, en última instancia, se trata de compartir una serie de reflexiones acerca del impacto que ejerce sobre el desarrollo de dichos servicios públicos un “tiempo de crisis” como el que nos toca vivir.

No pretendo, por tanto, volver sobre el concepto y características del servicio público con carácter general, ni sobre la denominada y discutida crisis del servicio público. Se trata de asumir un enfoque más modesto que ponga de relieve aspectos puntuales del mencionado impacto –el de la crisis sobre el servicio público– sin perjuicio de admitir que el actual “tiempo de crisis” acaba tensionando los principios tradicionales del servicio público y, en definitiva, invita a revisar algunos de los fundamentos de la propia institución.

Partiremos, para nuestro propósito, de un concepto de servicio público local que integre su carácter de actividad prestacional de competencia local, asumida como propia (de su titularidad) por una entidad asimismo local, que ordena la actividad y decide la forma de gestión del servicio público de que se trate, con sujeción al Derecho Administrativo y desarrollo conforme a principios bien conocidos como son el de igualdad, accesibilidad, regularidad, asequibilidad y progreso.

A partir de tal concepto, nuestras reflexiones se focalizarán en torno a la asunción de la actividad prestacional como propia del ente local, en régimen de servi-

cio público, la posible despublificación de la actividad anteriormente asumida, la elección de la forma de gestión, y las disfunciones que, en tiempo de crisis, se vienen observando en el desarrollo de la gestión indirecta del servicio público.

## **2. La asunción de actividades prestacionales por parte de las corporaciones locales**

El servicio público local –centrándonos ahora en los municipios– se presta en el ámbito de la capacidad y competencia de aquellos, siendo el caso que la cláusula general de capacidad “para la gestión de sus intereses” –lo que les permite “promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal”– debe concretarse en competencias específicas atribuidas por el legislador, quien deberá, en efecto, atribuirles necesariamente en el conjunto de materias a que se refiere el artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LBRL).

Por otra parte, el artículo 86 de la LBRL regula la iniciativa pública local para el ejercicio de actividades económicas, bien sea en régimen de mercado, bien sea, precisamente, en régimen de servicio público. Dicho precepto, haciendo aplicación del artículo 128 de la Constitución, contiene, adicionalmente, una cláusula de reserva en favor de los municipios respecto de una serie de actividades y servicios que se consideran esenciales (los denominados servicios públicos esenciales reservados). En virtud de dicha cláusula los municipios pueden decidir la concreta y efectiva asunción de la titularidad y gestión de tales actividades y servicios, incluso en régimen de monopolio y excluyendo, por tanto, la posibilidad de cualquier iniciativa privada que afecte a los mismos, distinta de las relaciones contractuales o concesionales que puedan trabarse entre el empresario privado y el titular del servicio público de que se trate.

Todavía desde otra perspectiva, algunos servicios públicos locales se configuran como mínimos u obligatorios (artículo 26 LBRL), de modo que los municipios deben garantizar necesariamente su prestación y los vecinos pueden exigirla (artículo 18 LBRL), bien mediante solicitud al efecto y consiguiente impugnación caso de no ser atendida, bien mediante impugnación directa del presupuesto municipal si en sus partidas no se contempla la financiación del servicio (artículo 170.2 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas locales).

Pues bien, la primera reflexión que parece oportuno resaltar en relación con cuanto se acaba de indicar consiste en afirmar que la asunción de actividades constitutivas de servicio público por parte de los municipios debe necesariamente moverse en torno a actividades que entren dentro del acervo competencial local. Dicho de otro modo, constituye un fenómeno hasta cierto punto patológico, y más en tiempo de crisis, asumir actividades que escapan del mencionado acervo.

La asunción de la actividad prestacional deberá desarrollarse en el ámbito de lo “propio” y no dentro del amplio abanico de lo “impropio” (me estoy refiriendo, claro está, al fenómeno del ejercicio de las denominadas competencias impropias por parte de los municipios), quizás salvo en el caso de necesidades realmente vitales para la comunidad vecinal visiblemente desatendidas. Todavía en este último caso sería deseable que mediara, antes de ejercer competencias que no son propias ni atribuidas por delegación, un claro y previo requerimiento a la Administración competente, y, en última instancia, apelar a las instituciones y los principios generales del ordenamiento jurídico (enriquecimiento injusto, gestión de negocios ajenos sin mandato, responsabilidad por omisión o funcionamiento anormal, por recordar algunos de los más relevantes) para lograr la compensación o reintegro de los medios financieros aplicados por la corporación local.

Situados en el ámbito de las actividades prestacionales vinculadas a materias sobre las que se atribuyen competencias a los municipios, suele entenderse –especialmente cuando de actividades económicas se trata o pretenden desarrollarse mediante la creación de sociedades mercantiles– que, para que el municipio realice la prestación en régimen de servicio público, no basta que la actividad en cuestión aparezca legalmente contemplada entre la lista de materias sobre las que el ente local puede ejercer competencias, la lista de servicios obligatorios o la de servicios esenciales reservados, sino que resulta adicionalmente necesario seguir un procedimiento específico de asunción de la actividad como servicio público de titularidad municipal, asunción que incluso puede ser monopolística en el caso de los servicios esenciales reservados. Fuera de los ámbitos asumidos como servicio público de titularidad municipal podrán existir, no obstante, ámbitos de actividad privada reglamentada por motivos de interés general.

Pues bien, en tiempo de crisis también parece oportuno subrayar que la asunción de la correspondiente actividad prestacional por parte de la corporación local, en régimen de servicio público, viene legalmente configurada como una asunción potestativa, esto es, sin que tal asunción venga legalmente impuesta en forma necesaria, salvo por lo que concierne –como vimos anteriormente– a los servicios

mínimos u obligatorios, y todavía, por lo que a estos últimos se refiere, con los matices que realizaré posteriormente al abordar su posible despublificación.

En consecuencia, la crisis hace recomendable adoptar pautas de prudencia a la hora de asumir, como de titularidad propia, actividades constitutivas de servicio público, de constituir nuevos entes instrumentales, de naturaleza pública o privada, y, por supuesto, de ejercer la iniciativa pública local para la realización de actividades económicas en régimen de mercado compitiendo con los empresarios privados. Puede bastar, en el ámbito de las actividades listadas como de servicio público, con dejar la prestación en manos de la iniciativa privada en régimen de actividad regulada.

### **3. La despublificación de actividades prestacionales**

Dando un paso más, conviene plantear ahora la necesidad u oportunidad de seguir el camino de la privatización, utilizando en este momento este último término en un sentido muy amplio y sin pretender elevarlo a paradigma único de superación de los tiempos de crisis.

Se trataría de “desandar lo andado”, o, si se quiere, de volver atrás en la previa iniciativa pública local para el ejercicio de actividades económicas, en su caso constitutivas de servicio público, devolviendo la actividad de que se trate a la iniciativa privada y, en definitiva, al mercado. Todo ello con la finalidad, entre otras, de liberar gastos a la corporación local y, a poder ser, de conseguir ingresos extraordinarios fruto de la operación de privatización (por ejemplo, enajenando acciones o participaciones sociales de sociedades mercantiles locales).

En el ámbito de las actividades publicadas no se trataría solamente de un cambio en la forma de gestión (por ejemplo, de directa a indirecta en la modalidad de concesión o sociedad de economía mixta), sino de una despublificación entendida como supresión del servicio público como tal, devolviendo, como se ha dicho, la actividad prestacional al mercado, siempre en el bien entendido que despublificar no pasa necesariamente por desregular, puesto que cabría perfectamente pasar de una actividad prestada en régimen de servicio público a una actividad de mercado regulada, con eventual imposición a la empresa prestadora de obligaciones específicas y puntuales de servicio público.

Con carácter general tal despublificación no requiere intervención del legislador. Los artículos 95 a 101 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales,

aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 (RSCL), en relación con la entonces denominada municipalización, ya indican que el cese efectivo de la misma determina la enajenación en pública subasta de los elementos e instalaciones que no sean de utilidad para otras funciones de la corporación, y la devolución a la iniciativa privada del cometido de satisfacer las necesidades atendidas previamente en régimen de servicio público. Por su parte, el artículo 163 del Reglamento catalán de obras, actividades y servicios de las entidades locales, aprobado por Decreto 179/1995, de 13 de junio (ROAS), por poner un ejemplo autonómico, prevé claramente la supresión de servicios locales, mediante un expediente en el que se pongan de relieve los motivos de interés público que justifiquen la supresión. En idéntica línea, no debe olvidarse que la supresión del servicio público constituye una de las causas legales de resolución de las concesiones cuya gestión constituye su objeto.

En línea de principio, la excepción a la posible despublicación reside en los servicios mínimos u obligatorios. El artículo 163 ROAS, antes citado, deja a salvo de la eventual supresión de los servicios públicos locales aquellos que constituyen competencia propia de carácter obligatorio. Se trata, no obstante, de una excepción relativa, puesto que el artículo 26.2 LBRL prevé la dispensa autonómica cuando el establecimiento y prestación del servicio obligatorio resulte de imposible o muy difícil cumplimiento.

Todavía cabe plantear si, en relación con este tipo de servicios públicos, cabe la despublicación por razón de la innecesariedad de su prestación. La STS de 27 de marzo de 2007 se mostró restrictiva con la posibilidad de dispensa autonómica en relación con el servicio municipal de mercados. El Ayuntamiento que recababa el acuerdo autonómico de dispensa alegaba que la oferta de productos de alimentación estaba suficientemente cubierta en la ciudad por parte de los operadores privados. No obstante, el Tribunal Supremo, teniendo en cuenta la dicción literal del artículo 26.2 LBRL, negó que fuese de imposible o muy difícil cumplimiento la prestación del servicio en cuestión.

Ahora bien, lo cierto es que las legislaciones autonómicas de régimen local prevén también la dispensa por razón de la innecesariedad de la prestación (por ejemplo, artículo 68 del texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, aprobado por Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril), lo que creemos podría acontecer si, efectivamente, la actividad prestacional viniera cubierta, con las debidas garantías y reglamentación pública, a cargo de la iniciativa privada. No debe olvidarse que incluso en actividades tan esenciales como el abastecimiento de agua –por supuesto, servicio obligatorio– el Tribunal Supremo ha admitido,

en sentencias como la de 22 de septiembre de 1994, situaciones de prestación no publicada, apelando a la doctrina del servicio público objetivo o del servicio público impropio, respecto del cual el municipio no aparece despojado de las correspondientes facultades de regulación e intervención (sujeción a licencia operativa, intervención tarifaria, garantías de acceso, e incluso posibilidad de secuestro por razones sanitarias o de interrupción del abastecimiento).

Se trata, en definitiva, de abrir espacios y de pasar de una gestión municipal, directa o indirecta, de servicios públicos locales, a la gestión de una actividad de mercado reglamentada, con protagonismo, total o parcial, de la iniciativa privada, como posible fórmula para mitigar las cargas municipales y realizar ingresos, como se ha dicho, en tiempos de crisis.

La hoy interrumpida reordenación y privatización del sector aeroportuario español constituye un ejemplo, ciertamente complejo, en el ámbito de los servicios estatales. Conviene señalar, en este contexto, que, en diversos documentos de la Comisión (como es el caso de la Comunicación sobre colaboración público-privada institucionalizada, de 2008), se ha resaltado que la transmisión de acciones a un licitador en el ámbito de una operación de privatización de una empresa pública no está regulada por las directivas sobre contratación pública.

## **4. La elección de la forma de gestión de los servicios públicos locales**

### **4.1. Cooperación y gestión directa**

Una vez asumida la actividad prestacional como propia del municipio, en régimen de servicio público, conviene, por supuesto, ordenarla adecuadamente y elegir correctamente la forma de gestión.

No deben olvidarse, con carácter preliminar, las ventajas y sinergias que pueden aportar las diversas instituciones y fórmulas que arbitra nuestro ordenamiento para superar los que, en ocasiones, se manifiestan como estrechos márgenes municipales. En este sentido, sin perjuicio de una posible utilización de la técnica de las alteraciones de términos municipales (por ejemplo, fusión de municipios) allí donde se revele adecuada, deben reinventarse diputaciones y comarcas y potenciarse los entes o los entornos metropolitanos para la prestación de grandes servicios públicos, como el transporte o el ciclo integral del agua de uso urbano, cuya gestión se manifiesta más sostenible y eficiente en dicho tipo de entornos. La cons-

titución de consorcios y mancomunidades constituye también una opción a considerar seriamente, que, no obstante, puede resultar suplida con el mero otorgamiento de convenios interadministrativos de colaboración si no se juzga oportuno dar luz a nuevas personificaciones jurídicas.

Llegados a este punto deben recordarse las restricciones que ha supuesto, tanto para la cooperación interadministrativa como para la propia forma de gestión directa, en su modalidad de sociedad mercantil local, la recepción en nuestro país de la doctrina comunitaria de los encargos *in house*.

A raíz de tal doctrina (plasmada en sentencias del TJCE en asuntos como *Teckal* y *Parquing Brixen*) se entiende que cuando media un encargo de gestión de un servicio público acompañado de transferencias de fondos en favor del gestor, la operación se entenderá que es contractual y no puramente organizativa, a menos que el ente local que realice el encargo tenga sobre el ente que lo recibe un control análogo al que ostenta sobre sus propios servicios internos –lo que, respecto de sociedades mercantiles, se traduce en el requisito necesario, pero no suficiente, de poseer el ente local el cien por cien de las acciones o participaciones sociales representativas del capital social de aquellas– y que, adicionalmente, el ente que recibe el encargo desarrolle esencialmente su actividad únicamente para el ente local de control [artículos 4.1.n) y 24.6 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en adelante TRLCSP].

Sin embargo, las propias instituciones comunitarias han empezado a mitigar los efectos de una aplicación extremadamente rigurosa de la doctrina *in house*, lo que, en la línea antes señalada de ampliar los estrechos márgenes municipales, debe valorarse como buena noticia en un entorno de crisis.

Así, por poner un par de ejemplos, la admisión sin reservas, por una parte, de las sociedades de control conjunto detentada por varios entes locales, y ello aunque uno o varios de dichos entes ostenten una pequeña parte del capital social de la mercantil controlada conjuntamente (STJCE de 10 de septiembre de 2009, asunto *Ponte di Nosa*, con cita de los asuntos *Asemfo* y *Coditel*). Para el TJCE exigir un cierto grado de control individualizado –por cada municipio– respecto de la correspondiente sociedad no sería acorde con el sistema de contratos y concesiones en Derecho comunitario, que no pretende yugular la posibilidad de autoorganización municipal ni, por tanto, la posibilidad de acudir a la creación de medios propios, incluso bajo esquemas de cooperación interadministrativa, como alternativa a la contratación con entidades externas.

Por otra parte, la doctrina correctora de la STJCE de 18 de diciembre de 2007 (*Comisión contra Irlanda*), a cuyo tenor –en un supuesto en el que una autoridad regional prestaba servicios de ambulancia a través de una autoridad local financiada por la primera sin publicidad previa– la mera existencia entre dos entidades públicas, con competencias sobre la materia deducidas de la ley, de un mecanismo de apoyo financiero relativo a los servicios cuya gestión se encarga a una de ellas, no implica necesariamente que dicha gestión constituya el objeto de un contrato público cuya adjudicación deba disciplinarse siguiendo las directrices comunitarias.

La tendencia a mitigar o, si se quiere, a delimitar con mayor precisión los rigores de la doctrina *in house*, tiene reflejo recientemente en el Documento de trabajo de la Comisión sobre la denominada colaboración público-público, de 4 de octubre de 2011.

#### **4.2. Externalización de la gestión del servicio público local**

Si con anterioridad habíamos tratado de la de privatización de la actividad y de los medios a ella afectos, en el sentido de despublificación, ahora podríamos traer a colación la privatización limitada al ámbito de la gestión, esto es, aquella situación en la que la actividad constitutiva de servicio público, sin dejar de serlo, resulta gestionada, previa decisión municipal, mediante contrato con empresario privado o sociedad de economía mixta. Quedaría fuera de tal enfoque la privatización, menos intensa, que afectaría simplemente a la forma jurídica del ente gestor cuando el municipio constituye, a tal efecto, una sociedad mercantil local, cien por cien municipal.

La privatización y externalización de la gestión puede manifestarse al mismo tiempo que el acuerdo de asunción del servicio público por parte de la entidad local (en un mismo expediente de asunción y determinación de la forma de gestión que irá seguido del expediente de contratación), o bien puede producirse mediante migración de una forma de gestión directa, centralizada o descentralizada, a una forma de gestión indirecta.

Cuando se trata de servicios públicos susceptibles de explotación económica, la externalización tomará normalmente la forma de contrato de gestión de servicios públicos en sus modalidades de sociedad de economía mixta o de concesión.

La constitución de una sociedad de economía mixta con un empresario previamente elegido al efecto, o la enajenación de parte de la totalidad de las acciones

o participaciones sociales representativas del capital de una sociedad mercantil local, supone una actuación compleja en la que, además de elegir al socio privado, se atribuye a la sociedad mixta un contrato de gestión.

Por si hubiera alguna duda al respecto (la cuestión se había planteado a nivel comunitario), la Disposición adicional vigésima novena del TRLCSP, siguiendo el sentido de la Comunicación de la Comisión sobre colaboración público-privada institucionalizada, aclara que es perfectamente posible utilizar para todo ello (elegir al socio y atribuir el contrato a la mercantil) un solo procedimiento, de modo que no resulta necesario un procedimiento específico y *ad hoc* de adjudicación del contrato a la sociedad mixta para cumplir con las exigencias de transparencia del Derecho comunitario en materia de contratación pública. De hecho, nuestro Tribunal Supremo, teniendo muy en cuenta la complejidad de la operación, había negado sistemáticamente que el procedimiento de enajenación de acciones mediante subasta (operación puramente patrimonial) fuese el camino indicado para conseguir el objetivo que se trataba de cubrir con el procedimiento de adjudicación.

En cualquier caso, aparte de los ingresos derivados de la enajenación de las acciones o participaciones sociales, suelen acompañar a este tipo de operaciones –al igual que acontece con la adjudicación de una concesión– pagos de cánones por parte de los empresarios que devienen gestores o cogestores del servicio público, de modo que, en tiempos de crisis, son más frecuentes este tipo de planteamientos para que acrezcan recursos a las arcas municipales.

Existen también, por supuesto, fórmulas de “incremento del grado de privatización en la gestión”, bien enajenando acciones o participaciones en favor de los empresarios privados y disminuyendo, en igual porcentaje, la participación municipal en una empresa mixta preexistente, bien cambiando la modalidad de gestión indirecta y transformando la empresa mixta en una concesión, operaciones ambas que suelen provocar tensiones entre el principio de concurrencia y el de la continuidad del contrato con el único y preexistente socio privado. Debe tenerse presente que la enajenación de acciones o participaciones por parte de la entidad local genera, efectivamente, ingresos a su favor, pero, al tratarse de una operación financiera, no mejora la capacidad de financiación del municipio en términos del SEC 95.

Por lo demás, si, por una parte, el contratista recibe la remuneración del ente local y no cabe hablar de explotación económica (se ha discutido su existencia cuando dicha remuneración no depende del grado de la frecuentación del servicio

por parte de los usuarios, véanse artículos 275 y 281 TRLCSP), pero, por otra parte, el municipio quiere disfrutar de las ventajas de la financiación privada, el diferimiento en el pago, el no cómputo del endeudamiento asociado a la inversión en las cuentas públicas y el reparto adecuado de riesgos entre el titular del servicio y el contratista privado –valores todos ellos que se tienen muy en cuenta en épocas o tiempos de crisis–, conviene plantearse la oportunidad de celebrar un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, bien sea en su modalidad de colaboración simple o de colaboración institucionalizada.

Hay que reconocer que, junto con las ventajas propias de la regulación de tal contrato (fundamentalmente, constituir una figura contractual muy abierta que se ha venido a identificar con un “modelo para armar”), nuestro Derecho ha concebido un contrato excesivamente complejo, en su preparación y adjudicación, y de carácter subsidiario respecto de los demás tipos contractuales, todo lo cual ha conducido a una todavía escasa utilización del modelo en el ámbito local.

Sin perjuicio de ello, empiezan a vislumbrarse atisbos de una paulatina mayor utilización, como se desprende del contenido del Informe 53/09, de 26 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en el que se muestra proclive a dicha utilización en relación con la renovación de carreteras de la Diputación Provincial de Ávila (antes se había utilizado la concesión de obra pública para el mismo propósito de las carreteras provinciales de Toledo), y como se deduce, asimismo, de recientes noticias de prensa que dan cuenta de la intención del Ayuntamiento de Madrid de poner en marcha la licitación de un nuevo modelo contractual aglutinador de un paquete heterogéneo de servicios municipales, contrato de larga duración que se cerraría con un único proveedor al que se retribuiría con parámetros variables dependientes del grado de calidad en la prestación del servicio (el denominado riesgo de disponibilidad).

## **5. La gestión indirecta en tiempo de crisis: insuficiencias de la remuneración y financiación**

Adentrándonos ya en la descripción de algunas de las disfunciones que pueden observarse, en tiempo de crisis, en relación con la gestión indirecta de los servicios públicos, constataremos, en primer lugar, que la crisis presiona hacia una insuficiencia en la remuneración del contratista y hacia una insuficiente financiación de la concesión.

## 5.1. Crisis e insuficiencia de la remuneración

- En cuanto a la remuneración y su insuficiencia, debemos partir de la base del principio conforme al cual el concesionario –estaríamos hablando ahora de la colaboración público-privada en su modalidad de concesión– ve retribuida su prestación con el **derecho de explotación** de la misma, a su riesgo y ventura. Es lo que expresa el antes citado artículo 281 TRLCSP (“Prestaciones económicas”), a cuyo tenor:

“El contratista tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, entre las que se incluirá, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración.”

En consecuencia, pague la Administración o el usuario, si baja el nivel de utilización de este último –lo que sucede con mayor o menor intensidad en tiempo de crisis– bajará también la remuneración del concesionario.

- Desde luego, hoy en día y en línea de principio, el concesionario o contratista prefiere –como las propias entidades financieras– un **cobro directo procedente de los usuarios**, entre otros extremos por la crisis de las Haciendas locales y la creciente morosidad de los municipios.

Este cobro directo se había mostrado más difícil hace unos meses, dado que en el contexto de la secular discusión sobre la naturaleza de tasas (ingreso tributario) o tarifas (precio privado regulado) que corresponde a las percepciones procedentes de los usuarios, alguna jurisprudencia reciente se había inclinado, rompiendo con toda una tradición anterior, por la tesis de la tasa y por la necesidad de su percepción por parte del ente concedente, quien, a su vez, debía remunerar al concesionario (véase STS de 12 de noviembre de 2009). No obstante, la reciente supresión del párrafo segundo del artículo 2.2.a) de la Ley general tributaria por parte de la Disposición final quinquagésima octava de la Ley de economía sostenible, ha vuelto a poner el acento sobre la caracterización de precio privado regulado que corresponde a las tarifas percibidas por el concesionario.

Ahora bien, como se ha adelantado, el cobro de tarifas a los usuarios no soluciona, en sentido estricto, el problema sobre la suficiencia de la retribución, toda vez que se está dando una sensible caída de ingresos concesionales por la correlativa caída de la demanda.

- Ello nos ha llevado también, en época de crisis, a la **apelación continua al reequilibrio económico-financiero de la concesión** (mediante diversas medidas de compensación que no se traducen forzosamente en la aportación de fondos por parte de la Administración), poniendo a flote todas las certezas e incertidumbres que rodean la aplicación de tal medida. Algunas de estas últimas: ¿acoge nuestro legislador el “riesgo imprevisible” como causa de reequilibrio?, ¿lo constituye una bajada abrupta de demanda e ingresos?, y, en caso positivo, ¿qué grado de desequilibrio debe producirse y hasta dónde está obligada a reequilibrar la Administración?, esto es, ¿rige un principio de compensación integral del desequilibrio o un principio de reparto de los efectos adversos?

El asunto no es baladí, desde el momento en que –muy apartado de sus precedentes y de la propia legislación de régimen local– el artículo 282.4 del TRLCSP (igual que había sucedido con anterioridad en sede de concesión de obra pública) se refiere al *ius variandi*, al *factum principis* y a la fuerza mayor como causas de reequilibrio, pero, en cambio, nada indica expresamente sobre el “riesgo imprevisible”, ni, por tanto, en relación con el mismo, sobre el resto de las cuestiones que hemos formulado.

Puede indicarse que el Tribunal Supremo se inclina claramente por la admisión del “riesgo imprevisible” como causa de reequilibrio, e, incluso, por la admisión de un principio de compensación integral (las conocidas sentencias vinculadas a la problemática de los ligantes asfálticos –aunque en el contexto de los contratos de obras– y la más actual STS de 16 de mayo de 2011, sobre el caso de la Autopista de Toledo o AP-41, así permiten sostenerlo), si bien, en relación con la aplicación de este último principio, aparecen mucho más matizadas las recientes sentencias del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2011 y 12 de diciembre del mismo año (casos autopistas de peaje Rubí-Manresa y El Vendrell-Castelldefels).

Pero, aun así (admisión del “riesgo imprevisible” como causa de reequilibrio, en su caso integral), sigue sin resolverse de forma inequívoca si el impacto de la crisis económica, en forma de menos demanda, constituye esa circunstancia sobreenvenida y razonablemente no previsible que subvierte la economía de la concesión por causas ajenas a las partes, y que da lugar a una compensación a cargo de la Administración concedente. Precisamente, la sentencia AP 41 no nos puede servir de referente, ya que (aparte de basar el fallo en datos, en cierto modo, imputables a la Administración: se centraba en la no construcción, previamente programada, de una prolongación hasta Andalucía que permitía obviar Despeñaperros, y en la construcción de una autovía competidora de uso gratuito por

parte de la Comunidad de Madrid) el concesionario, en su pretensión, rebajó del monto de la misma el impacto del menor tráfico derivado de la crisis (automutiló, pues, su pretensión, de modo que el Tribunal Supremo asumió la mutilación y no se pronunció sobre ello). Tampoco las sentencias de los casos autopistas Rubí-Manresa y El Vendrell-Castelldefels resuelven la cuestión.

En determinados supuestos –determinadas autopistas y autovías de primera generación– ha tenido que ser el legislador estatal quien, de forma no integral, arbitre medidas favorables hacia las concesionarias aquejadas por la bajada del tráfico. Las espadas dialécticas siguen, pues, en alto.

Resulta obvio, por otra parte, que, enferma ya la concesión por la caída de ingresos, no es capaz de resistir con fortaleza otros impactos colaterales negativos, como es el aumento de los costes de inversión. Es paradigmático el caso de los sobrecostes de las expropiaciones –por aplicación un tanto sobrevenida, por jurados y tribunales, de “criterios de proximidad”– que pesan sobre el beneficiario de la expropiación (el concesionario). ¿Riesgo del concesionario? El caso es que, de nuevo, el legislador estatal ha tenido que salir al paso de tal circunstancia y, en cualquier caso, la práctica nos está demostrando que son ya muchas las Administraciones Públicas que están auxiliando –mediante reequilibrios– a los concesionarios, por caídas de ingresos y aumentos de costes, antes que dejar caer la concesión.

- Lo indicado sobre el reequilibrio económico es también aplicable al **supuesto en que los cobros proceden de la Administración y su importe se determina en función de la utilización de los usuarios**, como ocurre con los sistemas de peaje en sombra (nuestra legislación lo admite como manifestación de explotación económica). Con todo, algunas Administraciones están pensando en migrar, mediante medidas normativas y modificaciones concesionales, de sistemas de peaje o remuneración en sombra a sistemas de peaje o tarifa explícita (pago del servicio por el usuario, ante la insuficiencia de fondos por parte de la Administración).

- Ahora bien, la crisis –en definitiva– de las explotaciones económicas (entendidas en sentido estricto) provoca también –en aparente paradoja y en una especie de círculo virtuoso de la crisis– que se entienda como más oportuno ir a sistemas contractuales en los que el contratista perciba su remuneración de la propia Administración (pero ¿no decíamos que pagaba mal?) en base a **riesgo de disponibilidad** (abstracción hecha del grado de demanda), extremo al que se está llegando, incluso con modificaciones de contratos ya existentes, (i) o bien interpre-

tando ampliamente los contornos de la concesión, haciendo entrar en la misma fórmulas retributivas que no se corresponden con la explotación económica en sentido estricto (recuérdese la asociación del concepto de explotación con los pagos en función de la utilización del usuario, bien sea mediante peajes explícitos o mediante peajes en sombra), (ii) o bien migrando hacia otras fórmulas contractuales claramente no basadas en la fórmula de la explotación económica, como es el caso de los arrendamientos operativos y, en definitiva, de las fórmulas de colaboración público-privada no concesionales.

## 5.2. Crisis e insuficiencia de la financiación

Por lo demás, y pasando al plano de la financiación, no hay que desconocer que, en la actualidad, las entidades financieras ven con aversión el riesgo de demanda, ven con aversión el pago de la Administración (en tiempos pretéritos, la denominada deuda soberana favorecía enormemente el otorgamiento y las condiciones del crédito, dado el tratamiento financiero-contable favorable que, desde un punto de vista regulatorio, tenía para las propias entidades financieras dicho tipo de deuda) y, en definitiva, ven con aversión todo lo que sea financiar a largo: desde luego, en la práctica diaria se ven supuestos de no financiación, de financiación enormemente gravosa, y hasta financiaciones transitorias que se agotan antes de finalizar el plazo total de duración del contrato que motiva la financiación, lo que obliga a una nueva ronda de negociaciones, incierta en el resultado final, una vez vencido el periodo transitorio de financiación.

Todo ello está provocando, en esta nueva época, que los empresarios contratistas vuelvan a pensar en figuras ya previstas legalmente, pero hasta ahora poco practicadas, como es la apelación a la financiación mediante bonos u obligaciones (*versus* la financiación clásica bancaria), o apelen a los modernos fondos de inversión en infraestructuras y servicios públicos.

Tampoco el legislador ha tratado convenientemente la problemática de la financiación del concesionario de servicios públicos, lo que se hace más evidente en épocas de crisis. La Ley de contratos del sector público (LCSP) dejó subsistentes las previsiones del anterior texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas (Real Decreto Legislativo 2/2000), referidas, únicamente, a la financiación del concesionario de obra pública, previsiones que, por otra parte, han tenido que reincorporarse de nuevo formalmente al TRLCSP, al no cumplirse, en líneas generales, la previsión de la propia LCSP en el sentido de producir y aprobar una Ley en la que se regularan las modalidades de captación de financia-

ción en los mercados por los concesionarios de obras públicas o por los titulares de contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. Sigue inédita cualquier previsión relativa a la financiación del contratista de gestión de servicios públicos.

## 6. La creciente morosidad del sector público

Un segundo grupo de disfunciones que la crisis provoca en la gestión indirecta de los servicios públicos, tiene que ver con la creciente morosidad de las Administraciones Públicas a la hora de afrontar sus compromisos de pago, en los supuestos en que son ellas mismas las que retribuyen al contratista-gestor.

A ello se refiere ampliamente el Dr. Joaquín Tornos en otra aportación contenida en esta misma publicación, por lo que, en este momento, simplemente quisiera abundar en lo siguiente:

(i) La Ley 15/2010, de 5 de julio, que modificó la Ley 3/2004, sobre medidas de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales, ha modificado, a su vez, el artículo 200 LCSP (hoy artículo 216 TRLCSP) y ha acortado los plazos de pago de certificaciones y documentos justificativos de la realización de la prestación: 40 días en el año 2012 y 30 días a partir de 2013, a contar desde el momento de la expedición de los documentos antes citados. Cuando termina el plazo de pago y este no se produce se generan intereses moratorios y un derecho de indemnización por costes de cobro (en los términos de la Ley 3/2004).

(ii) La mencionada Ley 15/2010 introdujo, asimismo, un nuevo precepto en la LCSP –el artículo 200 bis (hoy 217 TRLCSP)– que parte de la diferencia entre pretensión de reconocimiento del derecho a cobrar y pretensión de pago (de una deuda ya reconocida). Pues bien, en este último supuesto, transcurrido que sea el plazo para atender el pago (cuya procedencia ha sido ya reconocida en certificación o documento previo) se ofrece al acreedor el siguiente remedio: carga de reclamar a la Administración y si esta no contesta en el plazo de un mes se entiende reconocido el vencimiento del plazo de pago, de modo que los interesados podrán formular recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración, pudiendo solicitar como medida cautelar el pago inmediato de la deuda. Se trata de una previsión de medida cautelar contundente, puesto que el órgano judicial debe adoptarla salvo que la Administración acredite que no concurren las circunstancias que justifican el pago o que la cuantía reclamada no corresponde

a la que es exigible, en cuyo caso la medida cautelar se limitará a esta última. La sentencia condenará en costas a la Administración demandada en el caso de estimación total de la pretensión de cobro.

(iii) Pues bien, se ha abierto una discusión de cierta relevancia –también para los contratos de gestión de servicios públicos con pagos a cargo de la Administración, dada su larga duración– consistente en dilucidar si este sistema se aplica o no a los contratos otorgados con anterioridad al 7 de julio de 2010, fecha de entrada en vigor de la Ley 15/2010. Cabría pensar que sí, si atendemos a la tradicional distinción entre nacimiento del derecho y procedimiento de su ejercicio o para hacerlo valer, y a la admitida retroactividad de las disposiciones de procedimiento (como tal se autocalifica la norma y así lo subraya el Consejo de Estado en su Dictamen 215/2010 previo a la promulgación de la misma: “norma eminentemente procesal”). Ahora bien, la Disposición transitoria primera de la Ley 15/2010 indica taxativamente, sin distingo alguno, que la mencionada Ley será de aplicación a todos los contratos celebrados con posterioridad a su entrada en vigor, lo que ha llevado ya a algunos órganos judiciales (por ejemplo, reciente sentencia de 16 de septiembre de 2011, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Valladolid) a ajustarse estrictamente a este criterio de “no retroactividad”.

(iv) En otro orden de cosas, y al contrario de lo que aclamaron abiertamente y en sucesivas ocasiones algunos medios de comunicación, no es cierto que en caso de impago de sus deudas por parte de un Ayuntamiento respondan de dichas deudas, sin más, el alcalde y el secretario con su patrimonio personal. Las desviadas noticias que ofrecieron, en su momento, los mencionados medios, se referían al caso de un Ayuntamiento sevillano (Castillejo de Guzmán) que, tras recepcionar determinadas obras, no las había abonado, siendo por ello condenado mediante sentencia firme. A pesar de la sentencia y su firmeza, el Ayuntamiento siguió sin ejecutarla ni consignar en presupuestos las partidas necesarias para la correspondiente ejecución. En tal contexto, se provoca por el interesado un incidente de ejecución del que deriva un requerimiento judicial de pago al Ayuntamiento. Este se opone y logra suspender los efectos del requerimiento alegando dificultades de tesorería y ofreciendo un plan fraccionado de pagos de escasa cuantía y sin intereses o el pago en solares. El Tribunal dice comprender la situación del Ayuntamiento, pero también entiende que iguales o superiores dificultades atraviesa la empresa contratista, quien ejecutó y entregó correctamente las obras al Ayuntamiento. De ese modo, con alzamiento de la suspensión, se vuelve a requerir de pago al Ayuntamiento, intimando, en esta ocasión, con la imposición de multas coercitivas tanto al alcalde como al secretario (periodicidad semanal hasta comple-

ta ejecución), teniendo en cuenta que el incumplimiento dará lugar al embargo (de bienes personales) y a la deducción de testimonio de particulares. Con ello, sin dejar de ser gravoso, ni se está condenando al alcalde por deudas de la corporación, ni el producto de las multas beneficiará al empresario que, después de 11 años, sigue sin hacer efectivo el cobro, según puede observarse a través de la lectura de los Autos de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), de 13 de julio de 2010 y de 11 de abril de 2011.

(v) Por lo demás, parece oportuno indicar, antes de pasar al siguiente grupo de cuestiones, que la crisis, los impagos y los conflictos por esa causa, ya no son únicamente situaciones que generen confrontación entre los entes públicos y los particulares, sino que están aflorando también con fuerza en el contexto de las diversas fórmulas colaborativas entre Administraciones Públicas (normalmente cuando una de ellas tiene que recibir medios financieros de otra), como puede observarse en algunos llamativos casos de Administraciones hidráulicas autonómicas en relación con los pagos que deben efectuar a los ayuntamientos para financiar la explotación de estaciones depuradoras de aguas residuales.

## **7. El interés renovado por la suspensión, el secuestro y la resolución de las concesiones de servicio público**

Podemos finalizar esta exposición, sin ánimo de exhaustividad, reparando en un tercer gran grupo de cuestiones que giran alrededor del interés renovado que aflora en épocas de crisis –a causa de la persistencia en los impagos o por otras causas– por instituciones como la suspensión del contrato, el secuestro, o la resolución del contrato o concesión.

### **7.1. La suspensión del contrato**

En cuanto a la suspensión del cumplimiento del contrato, recordemos que, en el sistema general recogido en el artículo 216 TRLCSP, si la demora en el pago es superior a 4 meses (desde la expedición de los documentos que reconocen la ejecución de la prestación), el contratista puede proceder a tal suspensión, comunicándolo a la Administración con un mes de antelación, con la finalidad de que puedan reconocerse sus efectos conforme a la Ley, lo que significa, según el artículo 220 TRLCSP, que, si concurren tales premisas, se levantará necesariamente acta de suspensión, consignando en la misma las circunstancias que la motiven y

la situación de hecho en que se encuentra la ejecución del contrato, con derecho del contratista al abono de los daños y perjuicios realmente sufridos.

Mientras dura la situación de suspensión –todavía no extinguido el contrato– es la Administración la que, por sus propios medios, deberá hacerse cargo de la obra o servicio por su cuenta y riesgo, pues no en balde ha sido ella misma la que ha provocado, con su impago, la situación de suspensión.

Si la demora en el pago es superior y llega a los 8 meses, entonces constituye causa de resolución del contrato (artículo 216.6 TRLCSP).

Ahora bien, del TRLCSP parece deducirse que, seguramente teniendo en cuenta los principios de regularidad y continuidad en la prestación del servicio, no cabe suspender el cumplimiento de los contratos de gestión de servicios públicos [tampoco los de concesión de obra pública; *vid.*, por ejemplo, los artículos 276, 284 y 286 a) TRLCSP], lo que, por otra parte, se “compensa” acortando el plazo para instar la resolución [6 meses ex artículo 286 a) TRLCSP].

Lógicamente, un planteamiento e interpretación excesivamente restrictivos sobre la no posibilidad de suspensión en los contratos de gestión de servicios públicos –obviando las circunstancias de cada caso en concreto– deben ser y están siendo cuestionados por los contratistas en esta época de crisis. En ocasiones, son los propios pliegos de cláusulas administrativas particulares los que, también en este tipo de contratos, reconocen expresamente la facultad de suspensión por impago de la Administración concedente.

## 7.2. El secuestro de la concesión

El artículo 285 TRLCSP, al regular el contrato de gestión de servicios públicos, concibe el secuestro como una respuesta de la Administración –temporal y alternativa a la resolución– ante un incumplimiento del contratista del que se deriva una perturbación grave para el servicio, no reparable por medios distintos del propio secuestro.

Bajo esa premisa, el secuestro se aborda como una intervención administrativa del servicio, mientras dura la perturbación, teniendo en cuenta que el contratista deberá indemnizar los daños y perjuicios causados.

Debido a la parquedad del TRLCSP sobre esta figura, no se clarifica legalmente cuál es el exacto alcance de la intervención, ni, consiguientemente, qué impacto y consecuencias jurídicas cabe derivar de tal intervención, bien para el empresario (concesionario), bien para su empresa (la concesión).

Cabría pensar hipotéticamente en una intervención de grado un tanto liviano, de modo que el concesionario siguiera ejerciendo formalmente como tal, si bien que con nuevos representantes legales (los interventores) o con sujeción de las decisiones de sus órganos y directivos al control y escrutinio del interventor.

Ahora bien, lo cierto es que el secuestro aparece regulado con una mayor amplitud en la legislación de régimen local, y la configuración de la intervención que se deduce de la misma (por ejemplo, artículos 127 y 134 RSCL) otorga mayor protagonismo al ente concedente, diluyendo el rol del concesionario: intervención equivalente a incautación de medios; sustitución en la prestación del servicio (institución similar a la ejecución subsidiaria, según calificación de Lliset Borrell), o gestión directa temporal (en términos de Albi), de modo que, desde esta última perspectiva, puede entenderse que es el ente local quien gestiona (directamente) el servicio, y no, indirectamente, el concesionario, sin perjuicio de que, en última instancia, se imputen al contratista los resultados, prósperos o adversos, de la explotación.

La cuestión tampoco es baladí, puesto que, en ocasiones, resulta necesario determinar si los trabajadores adscritos al servicio deben estar dados de alta en la cuenta de la seguridad social del concesionario o en la del Ayuntamiento: ¿quién es realmente el empleador o empresario?, ¿quién tiene realmente a los trabajadores en el ámbito de su organización y poder de dirección? Existen algunos precedentes, pero en el ámbito de las suspensiones contractuales por impago, que confirman la línea de una subrogación empresarial por parte del ente local.

Con lo anterior se quiere simplemente subrayar que figuras un tanto olvidadas en épocas de bonanza –como es el caso del secuestro– reaparecen con fuerza en épocas de crisis, ofreciendo con tal reaparición un buen número de cuestiones y problemas de difícil solución, habida cuenta de su escasa regulación legal y la también escasa atención doctrinal y jurisprudencial que tales figuras han despertado en circunstancias normales.

La cuestión se complica en supuestos de secuestro –no meramente teóricos y ciertamente patológicos desde muchos puntos de vista– a los que se ha llegado

tras reiterados impagos de la Administración concedente y tras una sucesiva suspensión contractual adoptada por el contratista con la oposición de aquella. El origen último del secuestro reside, en tales supuestos, en la asfixia económica del concesionario que provoca el propio ente local mediante el impago. Ciertamente, dicho impago suele traer causa, a su vez, de la asfixia económica del propio Ayuntamiento, de modo que, en definitivas cuentas, este último tampoco dispone de medios para atender el servicio y pagar los emolumentos de los trabajadores adscritos al mismo. En tal contexto, para evitar conflictos ciudadanos y costes políticos, es grande la tentación de hacer recaer durante largo tiempo la financiación del servicio secuestrado a cargo del contratista, lo que, finalmente, plantea la cuestión de sobre qué o quién recae el secuestro: sobre la concesión o sobre el concesionario, quien se ve abocado a seguir financiando el servicio sin recibir puntualmente su contraprestación.

### **7.3. Algunos apuntes sobre la resolución contractual**

En tiempos de crisis se suele prestar, asimismo, mayor atención al régimen jurídico de la resolución del contrato. Baste pensar –sin perjuicio de cuanto se indicará a continuación– que, en un contexto de crisis, proliferan situaciones que no suelen darse en periodos de bonanza, como son las derivadas de los impagos de la Administración o la insolvencia sobrevenida del contratista gestor, por poner dos ejemplos significativos que pueden dar lugar a la extinción anticipada del contrato.

Por supuesto, la resolución, como extinción anticipada del contrato contrapuesta a la extinción por total cumplimiento y transcurso del plazo inicialmente previsto, no deja de constituir un escenario patológico en la mayoría de los supuestos, y siempre da lugar a efectos no deseables para las arcas públicas.

En este sentido, el artículo 288.1 TRLCSP indica que en los supuestos de resolución la Administración abonará, “en todo caso”, la parte no amortizada de la inversión del contratista objeto de reversión. Dicha o parecida previsión –escapando ahora de matices– suele insertarse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de las concesiones bajo la denominación de Responsabilidad Patrimonial de la Administración (RPA), y constituye una importante garantía para las entidades financieras que han apoyado el proyecto. El precepto que acaba de citarse adolece, sin embargo, de una cierta parquedad que deja en el aire cuestiones tan importantes como la de si es posible que la Administración pueda compensar contra esa RPA debida al contratista los créditos que aquella pueda tener contra este último –p. ej., indemnizaciones por incumplimiento–, o como la de en

qué momento va a tener que pagar la RPA la Administración, quien contaba inicialmente con un plazo superior para la total amortización de las inversiones, y si va a poder tomar posesión de los elementos afectos al servicio antes de que dicho pago se produzca.

Dicho lo anterior, y atendiendo tanto a las causas generales de resolución de cualquier contrato administrativo como a las que afectan específicamente al contrato de gestión de servicios públicos, realizaremos algunas consideraciones puntuales sobre aquellas causas resolutorias que, por una razón u otra, encajan mejor en el doble vector que provoca la presente comunicación, esto es: crisis y servicio público.

- Por lo que se refiere a **causas imputables a la Administración** –en el sentido de que la causa resolutoria se activa como consecuencia de acciones u omisiones de la misma– cabe hacer referencia a la morosidad, al rescate de la concesión y a la resolución con la finalidad de adaptar el servicio a nuevas necesidades cuando no resulta posible la medida alternativa de la modificación contractual.

En primer lugar, como ya se indicó anteriormente, el artículo 286 a) TRLCSP adelanta a los 6 meses desde la falta de entrega al contratista de su contraprestación la concurrencia de una causa de resolución que, en la generalidad de los restantes contratos administrativos, se produce a los 8 meses de impago. En tal supuesto, como establece el artículo 288.3 TRLCSP, la Administración deberá satisfacer al contratista los intereses de demora previstos en la legislación de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales, a partir del vencimiento del plazo ordinario de pago, sin perjuicio de abonar adicionalmente la totalidad de los daños y perjuicios realmente sufridos. Se trata de un incumplimiento muy cualificado de la Administración, toda vez que, como es bien conocido, la regla general consiste en que el incumplimiento de esta no origina la resolución salvo, precisamente, en aquellos casos expresamente previstos en la Ley (artículo 224.7 TRLCAP).

En segundo lugar, los apartados b), c) y d) del artículo 286 TRLCAP contemplan, respectivamente, como causas resolutorias específicas del contrato de gestión de servicios públicos, el rescate del servicio por la Administración, la supresión del servicio por razones de interés público, y la imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato.

Como efecto común a las tres causas que acaban de mencionarse, el artículo 288.4 TRLCSP prescribe que, sin perjuicio de la que hemos denominado RPA, la Administración indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que se le irroguen, incluidos el lucro cesante o beneficios futuros, en los términos que el propio precepto indica, y la pérdida de valor de las inversiones no revertibles, habida cuenta de su grado de amortización.

En línea de principio, los tiempos de crisis no tendrían que impactar significativamente sobre la aplicación de tales causas resolutorias [artículo 286, apartados b), c) y d) mencionados]. Ocurre, sin embargo, que empiezan a proliferar supuestos en los que se acude nominalmente a dichas causas sin que concurren exactamente los presupuestos legales necesarios para su activación ni los fines ulteriores que justifican la misma. En este sentido, se apela, en ocasiones, al rescate, no por razones de interés público que avalen gestionar directamente (como, por cierto, ordena el artículo 287.2 TRLCSP), sino para retomar el control del servicio y volver a licitar la concesión por un tiempo lo suficientemente prolongado como para exigir un nuevo y sustancioso canon al nuevo adjudicatario (coincida o no con el que previamente ha sufrido el rescate), superior, por supuesto, al importe de la compensación por rescate. Se confunde la supresión del servicio –difícil, como hemos visto, en el caso de los obligatorios– con la inexistente facultad unilateral de denunciar anticipadamente el contrato con la misma finalidad de volver a licitar y hacer caja, y se traen a colación causas inexistentes de imposibilidad de seguir en la prestación, siempre con el mismo objetivo final, como es el caso de transferencia del ejercicio de competencias municipales a una mancomunidad, siendo el caso que los municipios mancomunados tenían previamente concedido el servicio que ahora se presta mancomunadamente.

En tercer y último lugar un apunte sobre la nueva causa de resolución que, junto con el nuevo régimen de modificación de los contratos del sector público, ha introducido recientemente la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible.

El artículo 223 g) TRLCSP recoge, como causa de resolución aplicable al conjunto de contratos administrativos, “la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I”. Por su parte, el apartado 5 del artículo 225 del mismo TRLCSP indica que, en tal supuesto, “(...) el contratista tendrá derecho a una in-

demnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista”.

Escapa al propósito de esta exposición hacer un análisis pormenorizado del nuevo régimen de modificación contractual introducido por el legislador español para evitar los abusos en “modificados” que pudieran contrariar las exigencias comunitarias de publicidad y concurrencia. Baste con recordar, como ya es bien conocido, que, en la nueva regulación, se hacen prácticamente inviables todos aquellos modificados que no estén previa y detalladamente previstos en los pliegos que sirven de base a la licitación y adjudicación del contrato. De ese modo, y en una suerte de “ley del péndulo”, principios como los de cláusula de progreso, adaptabilidad y continuidad del contrato, de trascendental relevancia en contratos de larga duración que tienen por objeto la gestión de servicios públicos, han quedado tendencialmente pulverizados. Lo que desde tal perspectiva se quiere subrayar es que, en virtud de la nueva regulación, una corporación local puede apreciar la necesidad de actualizar el objeto del contrato de gestión, y, ante la imposibilidad legal de modificarlo, puede verse en la tesitura de no llevar a cabo la modificación o, como única alternativa, resolver el contrato con un importante coste para la Hacienda local. Tampoco soluciona esta encrucijada la posibilidad de resituar en el patrimonio del nuevo contratista el coste de la resolución, toda vez que, como resulta obvio, el nuevo contratista querrá cubrir dicho coste vía tarifas a cargo de los usuarios o vía pagos procedentes de la propia Administración.

- Haciendo referencia, finalmente, a **causas de resolución imputables al contratista**, resulta oportuno referirse, en tiempos de crisis, a la insolvencia o concurso del mismo.

La declaración de insolvencia en cualquier procedimiento es causa de resolución necesaria. Si se trata del concurso del contratista, la declaración de concurso no produce, *per se*, la obligación de resolver, pues la Administración tiene la posibilidad (“potestativamente”) de continuar con el contrato siempre que el contratista preste garantías suficientes a juicio de la Administración para la ejecución. La resolución es ineludible, en caso de concurso, si se da la apertura de la fase de liquidación [artículos 223 b) y 224.2 y 5 TRLCSP].

Si el concurso fuese calificado como culpable (no en otro caso) se acordará la pérdida de garantía (artículo 225.4 TRLCSP), y no debiera descartarse responsabilidad por el importe del daño que exceda del montante de la misma. Tampoco es descartable que el concurso pudiera traer causa de un incumplimiento previo de la Administración –que, p. ej., se niega indebidamente a reequilibrar la economía

del contrato–, supuesto en el cual parece que sería la Administración quien debería sufrir las consecuencias económicas de su decisión ilícita.

Recordar, finalmente, que el Real Decreto-ley 6/2010, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, ha suprimido algún requisito para la cesión del contrato si el adjudicatario se encuentra en concurso, y ello aunque se haya abierto la fase de liquidación (y, lógicamente, no se haya resuelto el contrato), pues si, como regla general, el contratista solo puede ceder una vez haya desarrollado la explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato, tal requisito se suprime totalmente en el supuesto indicado de concurso del cedente [artículo 226.1 b) TRLCSP].

