La contratación local en tiempos de crisis económica

Rafael Gómez-Ferrer Morant
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid

1. Introducción
2. Las modalidades de contratación en tiempos de crisis
2.1. El problema de la financiación de la contratación administrativa: antecedentes
2.2. El problema actual
3. El marco legal establecido por la Ley de Contratos del Sector Público
3.1. Introducción
3.2. La utilización de sociedades que sean un medio propio
3.3. Sociedades que construyen y arriendan inmuebles a la Administración
3.4. La concesión administrativa
3.5. El modelo alemán: pago total del precio
3.6. Contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado
3.7. Conclusiones
4. El cumplimiento y la extinción de los contratos en tiempos de crisis
4.1. El cumplimiento de los contratos por la Administración local: el Decreto-ley 2/2009, de 24 de abril
4.2. El cumplimiento del contrato por los contratistas: de nuevo la doctrina de riesgo imprevisible
4.3. La extinción de los contratos
5. La realización de nuevos contratos en tiempos de crisis por la Administración local
5.1. Introducción
5.2. El Fondo Estatal de Inversión Local: R.D.L. 9/2008, de 28 de noviembre
5.2.1. El R.D.L. desde la perspectiva contractual.
5.2.2. Consideración de carácter general sobre la regulación del Fondo Estatal de Inversión Local
5.3. El Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local: el R.D.L. 13/2009, de 26 de octubre
6. Perspectivas de futuro

1. Introducción

La crisis económica global, que afecta a todos los sectores económicos,[1] ha tenido un impacto importantísimo en las haciendas locales, cuya trascendencia se advierte fácilmente si se tiene en cuenta en muchos municipios el sector urbanístico que origina una parte sustancial de sus ingresos.[2]

Esta situación se ha traducido, en el contexto de la crisis económica global, en una paralización de la actividad urbanística[3] y en una situación muy complicada de las haciendas locales, que han visto cómo se reducían de forma drástica sus ingresos por razón de la actividad urbanística.

En este contexto, se plantea el problema de cómo pueden las entidades locales efectuar en tiempo de crisis económica los contratos que sean necesarios para el ejercicio de sus competencias.

2. Las modalidades de contratación en tiempos de crisis

2.1. El problema de la financiación de la contratación administrativa: antecedentes

El problema de la financiación de la contratación administrativa en tiempos de crisis –con especial referencia a las obras públicas– se suscitó en el año 1996, cuando, en un contexto de crisis económica, el Estado se propuso cumplir los denominados "criterios de convergencia" de Maastricht como una aspiración política de primer orden, como un desafío que había que superar para poder incorporarse a la zona euro.

---

1. La necesidad ineludible de un tratamiento jurídico de la crisis económica ha sido puesta de manifiesto por A. Embid Irujo, en su libro: *El derecho de la crisis económica,* Ed. Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 2009. En particular y en relación con la contratación pública, J. M. Gimeno Feliu, "Nuevos escenarios de política de contratación pública en tiempos de crisis económica", publicado en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho,* enero 2010, p. 50 a 55, ha puesto de manifiesto la trascendencia de la contratación pública desde una perspectiva macroeconómica en la Unión Europea (16,3 por 100 del PIB comunitario, y entre el 11 y el 20 por 100 por Estados), y en España alrededor del 13%.

2. La situación insostenible que se estaba produciendo en relación con el urbanismo fue ya considerada en el Congreso de Profesores de Derecho Administrativo celebrado en Granada en 8-9 de febrero de 2008. Así, en mi ponencia sobre "El control de la legalidad urbanística. ¿Qué legalidad?", publicada en el libro que recoge las Actas, Ponencias y Comunicaciones del Congreso, con el título: *El control de la legalidad urbanística,* Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2009, p. 13 a 73, esp. p. 63 y 64.

3. Baste señalar que la evolución de las viviendas libres iniciadas en España –total nacional–, ha ido descendiendo cada año a partir de 2006, en que se iniciaron 664.923; 2007, 532.117; 2008, 237.959; 2009, 80.230 [Fuente: Ministerio de Vivienda].

Anuario del Gobierno Local 2009
ISSN: 2013-4924
Fundación Democracia y Gobierno Local
Institut de Dret Públic

La cuestión que se planteaba puede sintetizarse en los siguientes términos:

– El cumplimiento de los criterios de convergencia exigía la observancia de determinados requisitos en materia de deuda, déficit e inflación.

– Ello exigía una política de austeridad que había de llevarse a cabo en una situación que en aquel momento era, todavía, de crisis económica.

– Y por otra parte no podía paralizarse o disminuirse la inversión, porque ello agudizaría la crisis económica, además de dificultar la consecución de fondos comunitarios, que exigen con carácter general una aportación del Estado.

En definitiva, por tanto, se trataba de encontrar una vía de solución que permitiera:

– Seguir con la realización de obras públicas, y que su coste fuera satisfecho.

– Que tal importe –al menos en parte– no computara a efectos de déficit y deuda.

– Reducir la inflación, a cuyo efecto era importante conseguir una reducción del coste para los usuarios de las obras públicas (reducción de peajes).

Las modalidades que fueron objeto de consideración, que se han traducido en sucesivas modificaciones de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, fueron las siguientes:

a.- El modelo presupuestario puro o normal.

b.- El modelo concesional.

c.- La gestión directa a través de un ente público o de una sociedad estatal de carácter mercantil.

d.- El modelo alemán (pago total).

e.- El modelo inglés (peaje en la sombra).

f.- Leasing o arrendamiento financiero.

De todas estas modalidades, por medio de las cuales se pretendía proseguir la realización de inversión sin que computara como déficit público, se va a poner el énfasis inmediatamente en las cuatro primeras; casi paralelamente se utilizará también el modelo inglés; y a partir de la modificación de la LCAP por la Ley 53/1999, se viene a regular el leasing o arrendamiento financiero.[4] Finalmente,

4. En relación con las cuestiones planteadas respecto de la financiación de las obras públicas en esta fase anterior a la Ley de Contratos del Sector Público, remito a mi trabajo: "El problema de la financiación de las obras públicas: las sucesivas modificaciones de la LCAP 13/1995, de 18 de mayo, con especial referencia a la financiación mediante concesión de dominio público", publicado en el libro, por mí dirigido, *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas,* 2ª ed., Ed. Thomson-Civitas, 2004.

Anuario del Gobierno Local 2009
ISSN: 2013-4924
Fundación Democracia y Gobierno Local
Institut de Dret Públic

la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, introduce en la LCAP una regulación completa de este tipo de gestión. Además, se han ido produciendo otras actuaciones en materia de contratación que tienden a potenciar la colaboración público-privada, como ha sucedido con la concesión en los servicios sanitarios y sociales, que tradicionalmente se habían entendido excluidos de la concesión en cuanto no eran susceptibles de explotación económica.[5]

2.2. El problema actual

En el momento actual, como consecuencia de la crisis económica global se está produciendo un incremento importante (más del 10% en el año 2009) del déficit público, y la necesidad imperiosa de reducirlo al 3% por imperativo comunitario; y a la vez la caída importante de la Hacienda de las Administraciones Públicas, y muy en especial de la Administración local, dificulta extraordinariamente la utilización de algunas de las modalidades indicadas, en cuanto suponen obligaciones periódicas que comprometen futuros presupuestos, cuyas previsiones de ingresos son muy inciertas en el momento actual.

Resulta además que en la época transcurrida desde la crisis anterior a la actual la Administración ha utilizado estas modalidades, y tiene obligaciones periódicas que disminuyen, además, la posibilidad de seguir adquiriendo nuevos compromisos de este tipo con cargo al futuro, ya que ha de hacer frente a compromisos ya adquiridos.

En todo caso, el problema de cómo seguir contratando para satisfacer necesidades públicas y de cómo financiar esta contratación, se encuentra planteado en este momento para los entes locales, teniendo en cuenta además la necesidad de disminuir el déficit.[6]

---

5. Esta cuestión ha sido estudiada de forma acabada por F. Villar Rojas, "El servicio sanitario y social en España. En particular, la concesión como modalidad de colaboración privada", publicado en el libro: *Le esternalizzazioni, Atti del XVI Convegno degli amministrativisti italo-spagnoli, Genova 25-27 maggio 2006"*, Ed. Bononia University Press, Bologna, 2007, p. 165 a 204 El trabajo ha sido también publicado en España, con el título: "La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y locales", en la *Revista de Administración Pública,* núm. 27, p. 141-188.

6. El déficit, que ha superado el 10% en 2009, ha de reducirse al 3%, por imperativo comunitario. En realidad este objetivo supondrá volver a la normalidad, alterada por la crisis económica, que es la prevista en el artículo 104.1 y 2 del TUE, que establece que "los Estados miembros evitarán déficits públicos excesivos", que el Protocolo núm. 20 establece en el 3% en relación con el producto interior bruto.

Para examinar de forma panorámica el estado de la cuestión, resulta necesario referirse separadamente a los problemas que suscita la contratación desde la perspectiva de la Ley de Contratos del Sector Público, y, en una segunda parte, me referiré a los DD.LL. dictados por el Gobierno, que tienen una incidencia importante en la Administración local en materia de contratación.

En definitiva, desde la perspectiva de los contratos del sector público, que es el objeto de este trabajo, la cuestión que se plantea en relación con la realización de nuevos contratos puede sintetizarse en los siguientes términos:

– La necesidad de reducir el déficit lleva consigo la de reducir los gastos e incrementar los ingresos.

– La necesidad de satisfacer obligaciones plurianuales contraídas antes de la crisis, limita aún más las posibilidades de contraer nuevas obligaciones contractuales.

– Por otro lado, la necesidad de seguir efectuando inversiones públicas resulta indudable desde la perspectiva de la superación de la crisis económica, y, como veremos, tiene también una perspectiva social –el paro, asistencia sanitaria– que es objeto de consideración.

En esta situación resulta necesario determinar, en orden a la realización de inversiones que sean sostenibles en términos económicos, si existen modalidades de contratación que den lugar a que no computen como déficit desde la perspectiva comunitaria.[7] Para ello vamos a considerar los sistemas que a tal efecto han sido utilizados y pueden utilizarse de conformidad con la Ley de Contratos del Sector Público.

3. El marco legal establecido por la Ley de Contratos del Sector Público

3.1. Introducción

La Ley de Contratos del Sector Público establece en su artículo 75 "Precio", con carácter general –núm. 1–, que en los contratos del sector público la retribución del contratista consistirá en un precio cierto, y –núm. 7– prohíbe el pago aplazado del precio en los contratos de las Administraciones Públicas, excepto en los supuestos

7. Sobre esta cuestión son de interés las consideraciones que efectúa J. V. González García, en su trabajo: "Contrato de colaboración público-privada", publicado en el núm. 170 de la *Revista de Administración Pública,* p. 7-39, esp. p. 17 a 21; se trata de una cuestión compleja, cuyo estudio excede de los límites del presente trabajo.

Anuario del Gobierno Local 2009
ISSN: 2013-4924
Fundación Democracia y Gobierno Local
Institut de Dret Públic

en que el sistema de pago se establezca mediante la modalidad de arrendamiento financiero o de arrendamiento con opción de compra, así como en los casos en que ésta u otra Ley lo autorice expresamente.

Se trata de una fórmula abierta por dos razones:

– En primer lugar, porque la prohibición de pago aplazado se circunscribe a los contratos de las Administraciones Públicas, por lo que no afecta a otros entes del sector público, organismos y entidades que forman parte del sector público (artículo 4) y que no tienen la condición de Administración Pública.

– Y, en segundo término, porque, en relación con los contratos de las Administraciones Públicas, el propio artículo contiene una prohibición de carácter general que contempla excepciones contenidas en la propia Ley, y las que puedan autorizarse expresamente en otras "leyes"; por lo que pueden ser leyes del Estado o de las comunidades autónomas.

En consecuencia, y en principio, hay que estimar que se encuentran abiertas distintas posibilidades; ahora bien, debe tenerse en cuenta que debe distinguirse la posibilidad de contratar utilizando fórmulas que difieran el pago, y el que la utilización de estas fórmulas computen o no como déficit a efectos del Derecho Comunitario; se trata de una cuestión que el sistema de contabilidad europeo (SEC) decide en función de la medida en que el riesgo se traslada al contratista, y de la existencia o no de retornos de explotación.

Con estos condicionantes y en este marco vamos a referirnos sucintamente a distintas posibilidades que se han utilizado a estos efectos, en cuanto puedan ser de utilidad para solucionar el problema planteado.

3.2. La utilización de sociedades que sean un medio propio

La gestión de servicios públicos por medio de sociedad privada municipal o provincial, cuyo capital pertenezca en su integridad al ente local, tiene una larga tradición, como acredita la lectura del Reglamento de Servicio de las Corporaciones Locales (artículos 67, 89 y ss.).

Esta forma de gestión planteaba una serie de cuestiones, y, entre ellas, la relativa a la relación jurídica entre el ente público y la sociedad y el régimen jurídico de su actividad.

La Ley de Contratos del Sector Público establece que las sociedades en las que la titularidad de su capital sea de titularidad pública, pueden ser consideradas me-

Anuario del Gobierno Local 2009
ISSN: 2013-4924
Fundación Democracia y Gobierno Local
Institut de Dret Públic

dios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad, cuando éstos ostenten un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios (artículo 24.6).[8]

Esta consideración como medio propio da lugar a que los negocios y contratos en cuya virtud se le encargue determinada prestación queden excluidos de la Ley de Contratos, sin perjuicio de que los contratos que celebre con terceros queden sometidos a la misma (artículo 4, apartado n); la Ley se refiere también a la posibilidad de que puedan efectuárseles encomiendas de gestión, y establece que la condición de medio propio y servicio técnico determina la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios.

Pues bien, las sociedades privadas de capital público han sido una de las vías utilizadas en tiempos de crisis para la realización de inversiones públicas, pensando que tal inversión no computaría a efectos de déficit.

A tal efecto, el ente matriz celebraba un convenio con la sociedad a la que se le encargaba la realización de la obra pública. En este convenio se prevé que la sociedad realizará la obra y la financiará con el endeudamiento y el coste de financiación correspondiente. Y por su parte el ente matriz se obliga a aportar anualmente con cargo a su presupuesto la cantidad que corresponda a amortización e intereses, de forma que los acreedores queden garantizados.

El problema que suscita esta modalidad, desde la perspectiva del déficit, es el de determinar si el endeudamiento de la sociedad privada ha de computarse o no como endeudamiento de la Administración matriz, lo que ha planteado problemas en la práctica.[9]

---

8. Esta configuración sigue la doctrina establecida por la jurisprudencia comunitaria, en sentencias, entre otras, TECKAL, de 18 de noviembre de 1999 (asunto C-107/98); STADT HALL, de 11 de enero de 2005 (asunto C-26/03); y CABOTERMO, de 11 de mayo de 2006 (asunto C-340/04). Sobre la utilización de medios propios, vid. S. Ortiz Vaamonde, *El levantamiento del velo en Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración entre sí y con terceros,* Ed. La Ley, 2004; asimismo, E. Montoya Martín, *Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de Contratos del Sector Público. Su incidencia en la gestión de los servicios públicos locales,* Ed. Fundación Democracia y Gobierno Local, 2009.

9. Como indica J. V. González García, "Contrato…", op. cit., p. 37 y 38, la indeterminación del sistema europeo de contabilidad hace que los entes públicos se puedan encontrar con sorpresas desagradables por la consolidación en el déficit de una operación que se pensaba que no iba a computar, como ocurrió con la contabilidad a efectos del déficit de la Comunidad de Madrid de la deuda generada por MINTRA para la construcción de Metrosur. Sobre el caso Mintra, *vid*. el completo trabajo de J. Martínez Calvo, "Hacia la construcción de un Derecho Administrativo financiable. Crónica del caso Mintra", publicado en la *Revista de Administración Pública,* núm. 167, p. 369 a 402.

3.3. Sociedades que construyen y arriendan inmuebles a la Administración

Una modalidad distinta es la creación de una sociedad interpuesta entre la Administración y el contratista encargado de realizar la construcción, asumiendo la sociedad la condición de arrendador y la Administración la de arrendatario.

En estos casos, y a efectos del déficit, es trascendental la configuración del contrato, dado que el arrendamiento operativo no está considerado como gasto de inversión, sino como un pago por la prestación de un servicio, por lo que carece de efecto sobre el déficit público, a diferencia del arrendamiento financiero.

Esta modalidad se ha utilizado para la construcción de establecimientos sanitarios [así, la empresa pública regional Gestora de Infraestructuras Sanitarias de la Región de Murcia, S.A., o la empresa Sanitat Integral del Baix Llobregat, S.L., empresa pública dependiente del Consorcio Sanitario Integral (Servicio Catalán de la Salud, Instituto Catalán de la Salud, Cruz Roja, Ayuntamiento de Sant Joan Despí y l'Hospitalet y el Consorcio Comarcal del Baix Llobregat)].

También se han utilizado en Cataluña en la construcción y explotación de centros de enseñanzas medias, cárceles, comisarías de policía, oficinas de la Generalitat; en este caso los contratos se celebran por la empresa pública "Gestió d'Infraestructures, SA", y los edificios se arriendan a la Generalitat.[10]

3.4. La concesión administrativa

La concesión administrativa es la modalidad más adecuada, en términos conceptuales, para que pueda llevarse a cabo una inversión que no compute como déficit, en la medida en que el riesgo se asume por el concesionario y en que la explotación le produce retorno o ingresos.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que, en la práctica, bajo la figura de la concesión, se han ido cobijando diversos contratos, en los que puede dudarse de si procede calificar esta figura como concesión o como una forma de pago aplazado.

Así, dentro de la concesión de obra pública que regula la Ley se incluye el denominado "peaje en la sombra", pensado para las carreteras; en esta modalidad

10. Sobre la figura del arrendamiento operativo, vid. F. Villar Rojas, "El servicio…", *op. cit.,* p. 172 y ss., y J. V. González García, "Contrato…", *op. cit.,* p. 31 a 36; también respecto de la concesión F. Villar Rojas, *op. cit.*, p. 166 y ss.

Anuario del Gobierno Local 2009
ISSN: 2013-4924
Fundación Democracia y Gobierno Local
Institut de Dret Públic

el peaje no es abonado por el usuario de la carretera, sino que es la Administración quien se obliga a abonar al contratista determinadas cantidades periódicas en función de la utilización de la infraestructura que se realiza por los usuarios. En definitiva se trata de un supuesto de pago aplazado, dado que en este caso la realización del pago de la obra corresponde a la Administración, si bien no procede a efectuarlo en las fases de realización y/o recepción de la obra, sino que lo difiere en el tiempo al período pactado, determinándose el importe en función de la utilización de la carretera que se realice por los usuarios.

Debe añadirse que, en otros casos, cuando el pago se calcula con independencia de la frecuentación de la infraestructura, la idea del pago aplazado aparece con mayor nitidez.[11]

Por otro lado, debe señalarse que la figura de la concesión se viene utilizando también para la construcción de hospitales con diversas modalidades, lo que ha supuesto una novedad relativamente reciente, en cuanto con anterioridad se había considerado que sólo entraban en el ámbito de la concesión los servicios susceptibles de explotación económica, entre los que no se encontraban los servicios sanitarios. En todo caso, también aquí se plantea la cuestión de que se contempla un supuesto de pago aplazado, como sucede cuando en el objeto de una concesión de servicio público se comprende la construcción y gestión de un hospital.[12]

---

11. Sobre estas cuestiones remito a mi trabajo: "El contrato de concesión de obra pública: disposiciones generales", publicado en el libro *Comentario…, op. cit.,* 2ª ed., Madrid, 2004, p. 1186 a 1122, esp. p. 1105 y 1106. En este sentido, debe recordarse que la "Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en Derecho Comunitario" [2000/C 121/02], publicada en el D.O.C.E. de 29 de abril de 2000, establece que la Comisión constata que cada vez se dan más casos de contratos públicos de obras que son objeto de entramados jurídicos complejos, de forma que la diferencia entre estos entramados y la concesión de obras públicas puede ser a veces difícil de establecer. Y añade: "Para la Comisión estaremos en presencia de contratos públicos de obras en la acepción del Derecho Comunitario cuando el coste de la obra vaya a cargo principalmente del órgano de contratación y el contratista no reciba su remuneración a través de derechos percibidos directamente de los usuarios de la obra".

12. La extensión de la concesión a estos servicios se refleja también en la modificación que se ha producido en la regulación de la gestión indirecta de servicios públicos. Así, frente a la exigencia de que los servicios tenían que tener un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares (artículo 155.1 LAP), el artículo 25.1 de la Ley de Contratos del Sector Público ha modificado la redacción del artículo 155 de la anterior Ley de Contratos, al decir que la Administración podrá gestionar indirectamente mediante contrato los servicios de su competencia siempre que sean susceptibles de explotación por particulares; se ha suprimido el inciso "siempre que tengan un contenido económico", que chocaba con la idea de que los servicios de tipo social y sanitario no eran susceptibles de explotación económica.

3.5. El modelo alemán: pago total del precio

La Ley de Contratos del Sector Público contempla la modalidad de pago total del precio, que consiste en que el precio del contrato será satisfecho por la Administración mediante un pago único en el momento de la terminación de las obras, obligándose el contratista a financiar la construcción adelantando las cantidades necesarias hasta que se produzca la recepción de la obra terminada.

El problema que plantea este sistema es que, en definitiva, supone un aplazamiento del pago del precio, lo que plantea la cuestión de si el coste debe ser computado como deuda y a efectos de déficit.

De ahí que para evitar esta última cuestión se haya planteado la necesidad de contemplar la posibilidad de que la explotación de la obra diera lugar a "retornos", lo cual suponía la necesidad de prever –como en el modelo de referencia- que la financiación de todos o parte de los pagos previstos pudiera efectuarse mediante el cobro de un peaje por el uso de la infraestructura.

La Ley de Contratos del Sector Público se refiere a los contratos bajo la modalidad de abono total del precio, al indicar en su artículo 111 cuál ha de ser el contenido del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares en los contratos de obras en los que se estipule que la Administración satisfará el precio mediante un único abono efectuado en el momento de terminación de la obra.

3.6. Contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado

La existencia de contratos de contenido complejo, la dificultad de referir su objeto –como conjunto– a uno de los tipos de contrato acuñados, incluso determinar con precisión su contenido y su precio, y la conveniencia en estas circunstancias de contar con la colaboración del sector privado, ha dado lugar a que la Ley de Contratos del Sector Público, transponiendo en este punto las previsiones contenidas en la Directiva 2004/18 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, haya introducido, entre los contratos típicos, el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado.

El artículo 11 define el tipo de contrato como aquél en que una Administración Pública encarga a una entidad de derecho privado, por un período determinado, en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda algunas de las si-

Anuario del Gobierno Local 2009
ISSN: 2013-4924
Fundación Democracia y Gobierno Local
Institut de Dret Públic

guientes prestaciones: a) la construcción, instalación o trasformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión; b) la gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas; c) la fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada, con el propósito de aportar soluciones mas avanzadas y econonómicamente más ventajosas que las existentes en el mercado; d) otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya encomendado.

El carácter de este contrato da lugar a que la Ley circunscriba su celebración a los supuestos en los que previamente, mediante una evaluación, se haya puesto de manifiesto que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas.

Estos contratos han de adjudicarse con carácter general mediante el procedimiento de diálogo competitivo (artículos 163 y ss.), sobre la base de un programa funcional elaborado por la Administración, a la vista de los resultados de la evaluación previa, que contendrá los elementos básicos que informarán el diálogo con los contratistas.

En definitiva se trata de un contrato que se caracteriza, dada su complejidad, por utilizar un procedimiento que permita efectuar un contrato con un clausulado adecuado, lo que da lugar a que la Ley establezca una extensa referencia a los extremos a los que ha de referirse el mismo (artículo 120 de la Ley).

En concreto, y por lo que se refiere a la remuneración del contratista, el artículo 120.d) y f), establece que en el clausulado del contrato habrán de incluirse estipulaciones referidas, entre otros aspectos, a los siguientes:

"d) Remuneración del contratista, que deberá desglosar las bases y criterios para el cálculo de los costes de inversión, de funcionamiento y de financiación y, en su caso, de los ingresos que el contratista pueda obtener de la explotación de las obras o equipos en caso de que sea autorizada y compatible con la cobertura de las necesidades de la Administración."

"f) Fórmulas de pago (…) y, particularmente, condiciones en las cuales, en cada vencimiento o en determinado plazo, el montante de los pagos pendientes de satisfacer por la Administración y los importes que el contratista deba abonar a ésta como consecuencia de las penalidades o sanciones pueden ser objeto de compensación."

Anuario del Gobierno Local 2009
ISSN: 2013-4924
Fundación Democracia y Gobierno Local
Institut de Dret Públic

En definitiva, el contrato de colaboración público-privada pretende introducir un tipo contractual que permita encuadrar las relaciones de colaboración que se han ido produciendo en la práctica en España. La idea de establecer un marco flexible se ha traducido en una regulación mínima, que potencia extraordinariamente el contenido del clausulado del contrato, y que se traduce además –aparte de en su carácter subsidiario– en la previsión de que el contrato se adjudique mediante el procedimiento de diálogo competitivo.[13]

3.7. Conclusiones

En definitiva, desde la perspectiva de la legislación de contratos del sector público existen previsiones que permiten distintas modalidades de contratación, que, al menos conceptualmente, permiten celebrar contratos con diversas posibilidades de pago.

Estas modalidades pueden dar lugar a que el coste se traslade a terceras personas –y en definitiva a los usuarios–, como puede suceder en el caso de las concesiones, aun cuando bajo este nombre se contemplan distintas soluciones que pueden ser mixtas e incluso suponer que el coste de la inversión se asume por la Administración, con pagos a realizar durante la duración de la concesión. También se contemplan supuestos en que el coste se asuma por la Administración de forma aplazada como en la modalidad de pago total del precio, o de peaje en la sombra o de utilización de sociedades públicas que constituyan medio propio.

Y, en conexión con estas modalidades de contratación, en ocasiones los contratos conllevan obligaciones plurianuales que incluyen en cada anualidad gastos de amortización y de prestación del servicio correspondiente.

Ahora bien, desde una perspectiva económico-jurídica, la utilización de distintas modalidades puede dar lugar a que el contenido económico de una obligación compute o no como deuda y, a efectos comunitarios, compute o no como déficit.

13. A. Peña Ochoa, en su trabajo: "El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en la Ley 30/2007 de 30 de octubre, de contratos del sector público", publicado en el libro: *El derecho de los contratos del sector público,* Ed. J. M. Gimeno Feliu, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2008, entiende que el régimen resultante de la regulación de este contrato es confuso, escaso e incompleto, si bien la Ley establece restricciones para evitar el abuso de esta figura contractual, pues siempre dará cobijo a contratos complejos, con mayores costes financieros, y a la asunción de riesgos y decisiones sobre los servicios que hasta ahora correspondían en exclusiva a la Administración.

Anuario del Gobierno Local 2009
ISSN: 2013-4924
Fundación Democracia y Gobierno Local
Institut de Dret Públic

Pero, por debajo de estas consideraciones, el problema real que se plantea ya a nivel estatal –el caso de Grecia es paradigmático– es el de conseguir superar la crisis con un sistema económico sostenible, tanto en relación con la deuda como con el déficit. Y precisamente por ello es necesario tomar en consideración que las posibilidades de acudir a estas modalidades de contratación son limitadas, dado que en la época anterior a la presente crisis se ha acumulado un nivel de obligaciones contractuales a las que hay que hacer frente en el momento actual, de forma tal que, en muchos casos, los entes locales –y no sólo los entes locales– se encuentran con graves dificultades para hacer frente a estas obligaciones, dada la disminución que se ha producido en sus ingresos.

Esta situación pone de relieve la necesidad de afrontar un problema que ya estaba planteado desde hace tiempo, que es el de la dependencia excesiva de las haciendas locales de un solo sector, que es el urbanístico. El hundimiento de este sector plantea la necesidad de configurar un sistema de Hacienda local en la que los ingresos por este sector se ajusten a la realidad previsible en los próximo años; mientras tanto, como pasamos a examinar, el Gobierno ha acudido a la técnica de los decreto-leyes para paliar la situación existente, con la finalidad tanto de facilitar el cumplimiento de sus obligaciones a los municipios como de hacer posible la realización de nuevos contratos con finalidades determinadas.

4. El cumplimiento y la extinción de los contratos en tiempos de crisis

La idea de que el ciclo de prosperidad económica iba a prolongarse indefinidamente, había creado un escenario en el que la Administración y los contratistas habían partido de unas expectativas económicas que se habían traducido en unas obligaciones cuyo cumplimiento ofrece serias dificultades, cuando no imposibilidad, en el momento actual.

4.1. El cumplimiento de los contratos por la Administración local: el Decreto-ley 2/2009, de 24 de abril[14]

El retraso en el pago de las obligaciones contraídas por las corporaciones locales es una realidad cuyos efectos sobre la liquidez de las empresas, en especial las pequeñas y medianas y los autónomos, no pueden paliarse en muchos casos acudiendo al descuento bancario de esos créditos, dada la dificultad de acceso al crédito.

14. A. Embid Irujo, en su libro citado: *El Derecho de la crisis económica,* p. 45 y 46, se refiere a este Decreto-ley y al Decreto-ley 9/2008 que se considera más adelante, al describir el ámbito de la intervención normativa del Estado durante la crisis económica en España.

Anuario del Gobierno Local 2009
ISSN: 2013-4924
Fundación Democracia y Gobierno Local
Institut de Dret Públic

Esta situación ha dado lugar al Decreto-ley 2/2009, de 24 de abril, de medidas urgentes, de carácter extraordinario, con el fin de que las entidades locales y las empresas y autónomos que contratan con aquéllas puedan recuperar el equilibrio económico y presupuestario.

En definitiva, y en términos sintéticos, la solución consiste:

– En regular la autorización a las entidades locales que hubieran liquidado el ejercicio de 2008 con remanente en tesorería para gastos generales negativo, o las que tengan obligaciones vencidas y exigibles pendientes de aplicar al presupuesto, para concertar una operación extraordinaria de endeudamiento bancario, sujeta a la necesidad de aprobar un plan de saneamiento que asegure la capacidad de pago para cancelar la operación concertada en el plazo comprometido, que no podrá ser superior a seis años, y con la condición de aplicar los recursos obtenidos a pagar las obligaciones pendientes con empresas y autónomos en el plazo máximo de un mes.

– En la inmediata puesta en funcionamiento de una línea de avales por el Instituto de Crédito Oficial, que garantice los impagos de facturas endosadas por las empresas y autónomos correspondientes a obras y servicios prestados a entidades locales, con la garantía de la participación de las entidades locales en los tributos del Estado.

Esta operación extraordinaria de endeudamiento bancario requiere la aprobación de un plan de saneamiento por la entidad local que, por el mismo período de amortización –no superior a seis años–, contenga los compromisos anuales de ingresos y gastos corrientes que adquiera en el ámbito de su autonomía, estimados los ingresos tomando como referencia la liquidación de 2008, con criterios de prudencia de acuerdo con la capacidad real de generación de los mismos, e incrementados los gastos en la amortización real de la operación de endeudamiento regulada por el Decreto-ley y en la del resto de operaciones de endeudamiento existentes con anterioridad, en la forma estipulada en los respectivos contratos.

Además, el propio Decreto-ley establece, al regular la ejecución del Plan de Saneamiento, que la generación de remanente de tesorería negativo para gastos generales en el período de saneamiento, comportará la prohibición de realizar inversiones nuevas en el ejercicio siguiente, financiadas con endeudamiento, sean esas materiales, inmateriales o financieras, directas o indirectas a través de operaciones concedidas a entidades dependientes.

Este Decreto-ley refleja la situación existente en relación al cumplimiento de las obligaciones contraídas con anterioridad y, a la vez que establece medidas para su cumplimiento, pone de relieve la gravedad de la situación existente y la dificultad

de que las corporaciones locales efectúen nuevas inversiones, teniendo en cuenta que han disminuido drásticamente sus ingresos por actuaciones de urbanismo y vivienda, y que la participación en ingresos estatales ha de destinarse, en la parte que corresponda, a la amortización de la operación de saneamiento y al cumplimiento de obligaciones contraídas con anterioridad.

4.2. El cumplimiento del contrato por los contratistas: de nuevo la doctrina de riesgo imprevisible

La situación que está produciendo la crisis económica, en cuanto incide en el cumplimiento de los contratos, plantea la cuestión de si puede calificarse en determinados supuestos como un caso de riesgo imprevisible.

La doctrina del riesgo imprevisible fue elaborada y aplicada por el Consejo de Estado francés (recordemos el célebre *arrêt* del "Gas de Burdeos" de 30 de marzo de 1916) con motivo de la alteración económica producida por la Primera Guerra Mundial, que puso de manifiesto cómo el Derecho tenía que buscar soluciones que permitieran la continuidad del servicio público ante una alteración de las bases económicas que se tuvieron en cuenta en el momento de celebrar el contrato.

Como la inestabilidad económica pasó de ser imprevisible a previsible (crisis de 1929, Segunda Guerra Mundial), la respuesta del Derecho fue prever estas alteraciones a través de cláusulas de estabilización mediante la revisión de precios, aplicando la correspondiente fórmula polinómica que tenía en cuenta la incidencia de diversos factores, de tal modo que, a partir de determinada alteración, el contratista tuviera derecho a la revisión.

Al haberse culminado la evolución imprevisible-previsible-prevista, parecía que la doctrina del riesgo imprevisible había cumplido su función.

Sin embargo, la realidad pone de manifiesto que existen supuestos en que las circunstancias económicas superan con mucho las previsiones legales y en que, por tanto, la doctrina del riesgo imprevisible vuelve a cobrar actualidad.

En efecto, existen supuestos en que resulta que, por circunstancias de origen extracontractual –de carácter económico–, extraordinarias –que no se han podido racionalmente prever– y exteriores o ajenas a las partes contratantes, se produce una situación –normalmente un déficit de explotación– que sobrepasa la situación límite que pudo ser prevista por las partes en el momento de celebrar el contrato.

Anuario del Gobierno Local 2009
ISSN: 2013-4924
Fundación Democracia y Gobierno Local
Institut de Dret Públic

En estos casos, la continuidad del servicio justifica la adopción de medidas para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, así como la resolución del contrato, si el desequilibrio es definitivo.[15]

En el actual contexto de crisis económica, la doctrina del riesgo imprevisible vuelve a demostrar su virtualidad. Así, la Comunidad de Castilla-La Mancha la ha aplicado a los servicios de transporte interurbanos mediante el Decreto-ley 2/2009, de 5 de noviembre.[16] También se ha aplicado por el Estado en la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales para el año 2010, para conseguir el reequilibrio económico-financiero de las concesiones de autopistas de peaje (Disposición Adicional cuadragésima primera), previendo préstamos participativos por sobrecoste de las expropiaciones (por la suma que exceda del 175% del coste previsto por la concesionaria en su oferta para el abono de expropiaciones), así como la posibilidad de modificar las concesiones mediante incremento de tarifas o de plazo de duración.[17]

Y, asimismo, en la propia Ley de Presupuestos (Disposición Adicional cuadragésima segunda) se prevé el reequilibrio económico-financiero de las concesiones de obras públicas para la conservación y explotación de las autovías estatales de primera generación, mediante préstamos participativos y actualización de tarifas.

4.3. La extinción de los contratos

La crisis económica da lugar también a que, en ocasiones, se produzca la imposibilidad de cumplimiento del contrato.

La estimación de esta circunstancia se ha suscitado ya en dictámenes que se han emitido por la Comisión Jurídica Asesora. Las hipótesis que se han planteado son

15. Sobre la doctrina del riesgo imprevisible y su aplicación para el mantenimiento del equilibrio económico del contrato, pese a que no se contemple expresamente en la regulación legal (artículo 248 LCAP –y ahora artículo 241 L. C. Sector Público–, relativos a la concesión de obras públicas), vid. R. Gómez-Ferrer Rincón, "El régimen económico del contrato de concesión de obra pública", publicado en el libro: *Comentario…, op. cit.,* p. 1257 a 1287, esp. p. 1281 y ss.

16. Este Decreto-ley parte de que la actual situación de grave contracción de la actividad económica y del empleo, con importantes implicaciones sociales, está poniendo en peligro la prestación y la competitividad de los servicios de transporte interurbano permanente de uso general de viajeros por carretera, que tienen una relevancia social de primer orden. Esta "coyuntura económica problemática" es la que justifica el Decreto-ley que tiende a garantizar la estabilidad del sistema concesional mediante convalidación de las presentes concesiones por otras que incorporen las oportunas modificaciones, ampliaciones y mejoras en las condiciones de prestación del servicio.

17. El sobrecoste de las expropiaciones ha dado lugar a la necesidad de proceder a un reequilibrio económico de las concesiones, para lo cual esta D.A. exige la concurrencia de tres requisitos, como son: que se haya alcanzado la cantidad prevista para el abono de expropiaciones, que el importe total quede determinado en más de un 50 por 100, y que exceda de un 175 por 100 de las cantidades pre-

Anuario del Gobierno Local 2009
ISSN: 2013-4924
Fundación Democracia y Gobierno Local
Institut de Dret Públic

muy variadas, y no todos los supuestos pueden incluirse en la misma consideración o calificación jurídica.[18]

De ahí que la Comisión Jurídica Asesora valore las circunstancias para determinar si nos encontramos ante supuestos de resolución por incumplimiento del contratista, si se trata de un incumplimiento por causa de la que sea culpable o no, lo que da lugar a que esta circunstancia permita calibrar en cada caso la procedencia o no de que la resolución se produzca con pérdida de la garantía constituida, y con indemnización de daños y perjuicios.

En términos generales, la Comisión Jurídica Asesora ha establecido la doctrina de que, en caso de resolución del contrato por incumplimiento del contratista, la pérdida de fianza no es un efecto automático de la resolución contractual, sino que ha de valorarse que es procedente para los casos en que el incumplimiento del contratista es culpable (Dictamen 17/09, de 22 de enero); también ha establecido la Comisión, en algún caso de resolución por incumplimiento del contratista, la posibilidad de tener en cuenta para fijar la indemnización de daños y perjuicios las circunstancias económicas específicas que afectan al sector de la construcción (Dictamen 99/09, de 16 de abril); en algún caso, en atención a las circunstancias concurrentes (cumplimiento parcial de obligaciones, incidencia en la demora de causa ajena al contratista), se ha dictaminado que la pérdida de fianza se acuerde en la cantidad necesaria para compensar los daños y perjuicios efectivamente causados a los intereses municipales (Dictamen 227/09, de 23 de julio).

Esta doctrina se contiene en diversos dictámenes, pero debe añadirse que en ocasiones la Comisión Jurídica Asesora ha reiterado la doctrina de riesgo imprevisible sin nombrarlo de forma expresa, al recordar que ha defendido históricamente la posibilidad de tomar en consideración, en supuestos concretos, la existencia de cir-

vistas por las concesionaria en su oferta; todo ello en los términos de esta D.A.El incremento de tarifas o del plazo concesional son las medidas previstas "preferentemente" para compensar las obras adicionales ya ejecutadas al tiempo de la entrada en vigor de la Ley y no previstas en los proyectos iniciales, y que se encuentren integradas en el dominio público estatal por ser de interés para la Administración concedente. La propia D.A. prevé "otras fórmulas de financiación" cuando las medidas indicadas no posibiliten el reequilibrio de la concesión, salvaguardando los elementos fundamentales del contrato en cuanto a riesgo del concesionario.

18. Estas cuestiones se tratan en la Comunicación que la Comisión Jurídica Asesora presentó en las XI Jornadas de la función consultiva celebradas en Murcia en octubre de 2009 (días 21 a 24) sobre: *La contratación administrativa en tiempos de crisis,* a cargo de O. Mir Puigpelat, Responsable de Estudios e Investigación de la Comisión; esta comunicación considera el impacto de la crisis económica en la contratación administrativa, las consecuencias jurídicas del incumplimiento contractual en un contexto de crisis económica –con una especial referencia al equilibrio económico del contrato–, y la resolución por incumplimiento del contratista.

cunstancias sobrevenidas de carácter excepcional que pueden llegar a alterar la economía interna de un contrato determinado, en especial para mantener la continuidad en la prestación de un servicio público (Dictamen 228/09, de 23 de julio).

En definitiva, se observa que la crisis económica está siendo también objeto de consideración, en ocasiones, en cuanto puede dar lugar, en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso, a una atenuación de las consecuencias que podría producir la resolución del contrato por incumplimiento del contratista.

5. La realización de nuevos contratos en tiempos de crisis por la Administración local

5.1. Introducción

La situación financiera de la Administración local como consecuencia de la crisis económica –y en especial del urbanismo– ha dado lugar, como ya se ha indicado, a una grave dificultad en el cumplimiento de sus obligaciones, por lo que resulta claro que la realización de nuevas inversiones, y la realización de los correspondientes contratos, resulta inviable, en términos generales.

Ahora bien, en una situación de crisis, con un paro creciente, la inversión local se ha contemplado como una medida adecuada para la dinamización de la economía y del empleo; y, paralelamente, la situación de la Hacienda local ha planteado la necesidad de adoptar medidas que favorezcan lo que se ha denominado la sostenibilidad local. De ahí que, para afrontar estas cuestiones, si bien con carácter temporal, se han dictado dos decreto-leyes: el Real Decreto-ley 9/2008, de 28 de noviembre, que crea un Fondo Estatal de Inversión Local y un Fondo Especial del Estado para la Dinamización de la Economía y el Empleo, y el Real Decreto-ley 13/2009, de 26 de octubre, que crea el Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local.

5.2. El Fondo Estatal de Inversión Local: Real Decreto-ley 9/2008, de 28 de noviembre

5.2.1. El Real Decreto-ley desde la perspectiva contractual

El Real Decreto-ley 9/2008, de 28 de noviembre, parte de la crisis y del intenso deterioro de las condiciones financieras y económicas que, unidas a la creciente incertidumbre sobre el panorama económico futuro, han dado lugar a un significativo retraimiento de la demanda privada en todas sus vertientes, incluyendo el consumo de las familias y la inversión empresarial, con consecuencias negativas

Anuario del Gobierno Local 2009
ISSN: 2013-4924
Fundación Democracia y Gobierno Local
Institut de Dret Públic

inmediatas para la economía española en relación con su nivel de actividad y, particularmente, con el empleo.

En este contexto, dice el Preámbulo, el Gobierno ha decidido poner en marcha diversas medidas extraordinarias de impulso de la actividad económica y del empleo, que pasan a sumarse a otras ya contenidas en el marco general del Plan Español para el Estímulo de la Economía y del Empleo, activado en los últimos meses como respuesta a la crisis.

El Fondo Estatal de Inversión Local, al que voy a referirme, dado el objeto del presente trabajo, se dota con 8.000 millones de euros y se financia con deuda pública; su objeto es aumentar la inversión pública en el ámbito local mediante la financiación de obras de nueva planificación y ejecución inmediata a partir de comienzos de 2009, y que sean competencia de las propias entidades locales.

En concreto, añade al Preámbulo, con esta medida el Gobierno tiende a favorecer aquellas inversiones que contribuyan a dinamizar a corto plazo la actividad económica, incidiendo directamente en la creación de empleo, al tiempo que refuerza la capitalización de los municipios. De este modo, la financiación estará dirigida hacia proyectos que conllevan mejoras en las dotaciones municipales de infraestructuras, tanto productivas como de utilidad social.

A partir de este planteamiento, el articulado establece –artículo 2– que el Fondo se destina a financiar actuaciones urgentes en el ámbito municipal en materia de inversiones especialmente generadoras de empleo.

Ello se traduce, desde la perspectiva contractual, en la realización de contratos de obras, de los definidos en el artículo 6 de la Ley de Contratos del Sector Público, cuyas características serán las siguientes:

– Los contratos deben tener por objeto obras de la competencia municipal.

– Las obras de los contratos deben ser de nueva planificación y ejecución inmediata.

– Los contratos deben tener un valor estimado inferior a 5.000.000 de euros, no pudiendo fraccionarse su objeto con el fin de no superar esta cantidad; este tope, entre otras explicaciones posibles, tiene la finalidad de que el contrato no supere el umbral que daría lugar o debería calificarse como de regulación armonizada (la cuantía establecida a tal efecto en el artículo 14.1 de la Ley de Contratos del Sector Público es de 5.278.000 euros).

– La licitación de las obras se realizará por cualquiera de los procedimientos previstos en la Ley de Contratos del Sector Público, o serán tramitados como contrato menor.

– El importe financiable de las obras es el importe total.

Además de estas características generales, el Real Decreto-ley establece en su artículo 9 especialidades en la contratación a realizar por los ayuntamientos, de las cuales conviene dejar constancia; son las siguientes:

– La contratación de obras tendrá la consideración de urgente.

– En los contratos deberá asegurarse, mediante la inclusión de una cláusula, que el nuevo personal que el contratante necesite emplear para la ejecución de las obras se encuentre en situación de desempleo.

– Se tomarán en consideración como criterios de adjudicación para la valoración de las ofertas, indicadores relevantes de la medida en que el contrato de obra contribuirá al fomento del empleo.

– El expediente de contratación se tramitará por el Ayuntamiento con cargo a la financiación que le haya sido atribuida por el Fondo (según la Disposición Adicional 1ª el Fondo se distribuirá de manera proporcional a las cifras de población correspondientes a cada Municipio).

– Los ayuntamientos tendrán la obligación de abonar a los contratistas el precio de las obras dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de expedición de las certificaciones de obra, o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato.

– Los contratistas deberán abonar a los subcontratistas el precio pactado por las prestaciones, cuya realización les hayan encomendado, en el plazo máximo de treinta días naturales, computado desde la fecha de aprobación por el contratista principal de la factura emitida por el subcontratista o suministrador.

5.2.2. Consideración de carácter general sobre la regulación del Fondo Estatal de Inversión Local

En relación con la regulación del Fondo Estatal de Inversión Local pueden hacerse algunas consideraciones de carácter general.

Anuario del Gobierno Local 2009
ISSN: 2013-4924
Fundación Democracia y Gobierno Local
Institut de Dret Públic

a.- En primer lugar, debe hacerse notar que la conexión inmediata y directa entre la crisis económica y la adopción del Decreto-ley justifica que la Disposición Transitoria 3ª "Títulos competenciales" establezca que el Real Decreto-ley se dicta al amparo de las competencias estatales previstas en los apartados 1º, 13º, 14º y 18º del artículo 149.1 de la Constitución; es decir, por lo que afecta al Fondo Estatal de Inversión Local en la competencia estatal en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, de Hacienda General y Deuda del Estado, y para establecer las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas.

Esta justificación es necesaria, en cuanto podría afectar a la autonomía local la previsión de un fondo estatal de una cuantía prevista para fines de la competencia municipal, con una especificación de las condiciones para su utilización, y, además, con el control que el Real Decreto-ley atribuye a la Administración del Estado (por una parte la Dirección General de Cooperación Local realizará la liberación de los fondos asignados a cada proyecto; y por otra, la Intervención General del Estado velará por la correcta aplicación de los recursos del Fondo).

b.- En segundo término, la urgencia –connatural a todo Decreto-ley– se ha traducido en la consideración de las obras como urgentes; la solicitud de financiación de cada proyecto debe presentarse entre el 10 de diciembre de 2008 y el 24 de enero de 2009, y debe tratarse de obras de nueva planificación (que son aquéllas cuya ejecución no esté prevista en el presupuesto de la entidad para el año 2009) y de ejecución inmediata (que son aquéllas cuya licitación comience antes de que transcurra un mes desde la publicación en la página web del Ministerio de las Administraciones Públicas de la resolución de autorización de su financiación por el Fondo).

Todas estas circunstancias, posiblemente justificadas por la urgencia, pueden haber dado lugar hipotéticamente a que en algunos supuestos las inversiones puedan no haber sido las más adecuadas, si bien debe señalarse que el propio Real Decreto-ley, consciente de este riesgo, ha establecido en su Disposición Adicional Cuarta que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 36.1.b) de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, las diputaciones provinciales, los consejos insulares y los cabildos insulares prestarán asistencia y cooperación jurídica y técnica a los municipios para la preparación y gestión de las solicitudes de financiación de las obras.

c.- Finalmente, y en relación con el fomento del empleo, también merece una reflexión lo dispuesto en la Disposición Adicional Segunda del Decreto-ley, según el cual sólo se computarán los contratos realizados o a realizar con personas que se encuentren en la situación legal de desempleo, a efectos de los artículos 5.2.b)

(memoria explicativa del proyecto de inversión que ha de acompañar a la solicitud de financiación de cada proyecto), 5.3 (previsión de personas a ocupar en la ejecución del proyecto), y 9.2 (que el nuevo personal que el contratista necesite emplear para la ejecución de las obras se encuentre en situación de desempleo) y 9.3 (para la adjudicación de los contratos los ayuntamientos tomarán en consideración, como criterios de adjudicación para la valoración de las ofertas, indicadores relevantes de la medida en que el contrato de obra contribuirá al fomento del empleo).[19]

La reflexión, seguramente sin grave trascendencia en la práctica, es si en un momento en que se está produciendo el crecimiento del paro, mes a mes, no debería tener la misma trascendencia, al menos, el empleo de los parados y la evitación del paro de los ocupados (por despido, expedientes de regulación de empleo u otras causas).

5.3. El Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local: el Real Decreto-ley 13/2009, de 26 de octubre

Dado que el Real Decreto-ley 9/2008 preveía, con carácter general, que los ayuntamientos deberían acreditar la realización de las inversiones y la finalización de las obras durante el primer semestre de 2010, y dada la persistencia de la crisis económica y de la situación de las haciendas locales, el Gobierno ha dictado un nuevo Real Decreto-ley 13/2009, de 26 de octubre, por el que ha creado un Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local.

Debe señalarse, sin embargo, que este Fondo no viene simplemente a prolongar la situación anterior, sino que tiene un contenido más amplio, dado que no circunscribe su objeto, en cuanto se refiere a la inversión local, a la realización de determinadas obras públicas de la competencia municipal.

En efecto, según indica su Preámbulo, este fondo cuenta con una doble finalidad:

a.- En primer lugar, incrementar la inversión pública en el ámbito local a través de la financiación de actuaciones generadoras de empleo, en obras de nue-

19. J. M. Gimeno Feliu, en su trabajo: "Nuevos escenarios…", *op. cit.,* se refiere a este Decreto-ley y considera oportuna la utilización de la obra pública local como instrumento de política económica, si bien señala el límite o carencia que supone su corto recorrido temporal, y ciertas sombras relativas a si se ha conseguido mediante esta acción dinamizar el mercado de la obra pública local; así, la excesiva fragmentación del fondo, que se articula no tanto sobre concretos proyectos de interés público, sino como reparto de fondos, atendiendo al criterio de población; y también que el plan no se ha articulado de forma que los fondos dispuestos pudieran ser más eficientes, al primar sobre el concepto de oferta más económica el de contratación de desempleados.

Anuario del Gobierno Local 2009
ISSN: 2013-4924
Fundación Democracia y Gobierno Local
Institut de Dret Públic

va planificación y ejecución inmediata que sean competencia de los municipios, y del equipamiento de aquéllas a realizar a partir de comienzos de 2010. Esta financiación está dirigida prioritariamente hacia proyectos que gozan de una característica común, como es la de tomar en consideración la perspectiva del desarrollo sostenible en su vertiente medioambiental; de empleo; de apoyo a la investigación, del desarrollo tecnológico y la innovación; económica y social, enmarcándose en otras líneas de actuación del Gobierno, adoptando por ello un enfoque integral.

En esta misma línea, podrán financiarse los contratos de suministros que tengan por objeto la adquisición de equipos y sistemas de telecomunicaciones o para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas; y los contratos de servicios que tengan por objeto la implantación y desarrollo de sistemas y programas informáticos dirigidos a dar cumplimiento al mandato de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, quedando excluidos los servicios de mantenimiento.

b.- En segundo lugar, este Fondo Estatal contribuirá a la sostenibilidad social, mediante la financiación de los gastos corrientes que ocasione la prestación de servicios educativos así como otros servicios sociales de competencia municipal, especialmente los gastos derivados de la gestión de los servicios de atención a las personas en situación de dependencia.

En lo demás puede sostenerse *mutatis mutandis*, y con las peculiaridades derivadas de la mayor amplitud de su objeto, que las previsiones normativas son de análoga significación a las del Real Decreto-ley anterior.

Sin perjuicio de ello, puede señalarse que en este Decreto-ley se introducen algunas precisiones, quizá derivadas de algunas dudas o deficiencias puestas de relieve en la aplicación del anterior Real Decreto-ley. Así, por citar algún ejemplo, ahora se establece, al tratar de la solicitud de financiación, que en el presupuesto de la inversión proyectada deberán incluirse los gastos de redacción del proyecto y la dirección de obras si van a ser objeto de contratación; y entre las especialidades de la contratación, al establecer –al igual que en el Real Decreto-ley anterior– que en los contratos deberá asegurarse, mediante la inclusión de una cláusula, que el nuevo personal que el contratista precise emplear en la ejecución de las obras se encuentre en situación de desempleo, se añade: "prioritariamente en situación de desempleo de larga duración y que sea requerido a través de los servicios de empleo".

Anuario del Gobierno Local 2009
ISSN: 2013-4924
Fundación Democracia y Gobierno Local
Institut de Dret Públic

6. Perspectivas de futuro

La crisis ha puesto de manifiesto la necesidad de reconsiderar la regulación de las haciendas locales, dando solución a un problema antiguo y ya conocido que era su dependencia del urbanismo.

Ya no se trata sólo de considerar que esta dependencia podía afectar al interés público urbanístico. En el momento actual no sólo la crisis económica que ha venido a paralizar el sector, sino la nueva regulación establecida en la Ley estatal del Suelo, viene a limitar las posibilidades de urbanización del suelo, que viene además impuesta por la protección medioambiental y del paisaje.

En todo caso, y aun cuando hay que suponer que esta paralización no sea indefinida y que con el tiempo –y en la medida en que se absorba el exceso producido– se irá saliendo de la crisis, es claro que este sector habrá que ponderarlo como una fuente de ingresos adecuado a la realidad.

Parece también claro que, con independencia de una nueva regulación de la Hacienda local, y el que la actuación inversora deje de depender de medidas de extraordinaria y urgente necesidad, la crisis impone una Administración austera y especialmente cuidadora en la determinación de las actuaciones que va a emprender y de su coste.

Asimismo, la potenciación de la colaboración público-privada se presenta como una vía para la consecución de objetivos de interés general. En esta línea, y en lo que se refiere a la contratación del sector público, el Proyecto de Ley de Economía Sostenible contempla diversas modificaciones de la Ley de Contratos del Sector Público, que pueden contribuir a una mayor eficiencia en la contratación pública y a potenciar la colaboración público-privada.[20]

20. Así, en relación con el impulso a la eficiencia en la contratación pública y financiación de la colaboración público-privada, y el fomento de la contratación pública de actividades innovadoras. El Proyecto prevé también una nueva regulación en la modificación de los contratos, que delimita los supuestos con mayor precisión y limita su alcance económico, con la finalidad de propiciar una determinación acabada de su coste antes de la contratación y evitar la discordancia que se produce en la práctica, salvo en supuestos determinados y con un límite cuantitativo. También contempla el Proyecto una regulación del equilibrio económico del contrato.

Anuario del Gobierno Local 2009
ISSN: 2013-4924
Fundación Democracia y Gobierno Local
Institut de Dret Públic