

Justificación y alcance de las potestades reglamentarias de las Corporaciones locales en la concesión de servicios

La concesión, dice Alvarez Gendín, es un derecho otorgado por la Administración a una empresa privada para instalar y explotar un servicio público por un determinado número de años (1). Según Gascón y Marín, un acto de la propia Administración para la creación de un servicio público o su ejecución por un determinado número de años, realizado por un particular como si lo realizase la propia Administración (2). Para el Tribunal Supremo, un acto de Derecho público, realizado por el Estado en concepto de poder, y constituye una transferencia de poder jurídico que originariamente corresponde a la Administración, y que se otorga en virtud de un acto de soberanía, por lo que incuestionablemente pertenece a las facultades discrecionales de la Administración el otorgarla o denegarla (3); y también, resolución de la Administración, por la que esta, unilateral y discrecionalmente, otorga a una empresa individual o colectiva la explotación de una propiedad de su pertenencia o un servicio público de sus propios fines (4).

(1) ALVAREZ GENDÍN, SABINO: *El servicio público*. Madrid, 1944.

(2) GASCÓN Y MARÍN, JOSÉ: *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid, 1950.

(3) Sent. de 20 de diciembre de 1954.

(4) Sent. de 22 de diciembre de 1954.

La mayoría de los autores, como Hauriou, Jèze, Gascón, García Oviedo, etc., están de acuerdo en que en la concesión deben distinguirse dos elementos: un acto reglamentario, por el que la Administración establece unilateralmente los derechos que se otorgan al concesionario para el buen desarrollo del servicio público o ejecución de la obra pública, y un contrato entre la Administración y el concesionario sobre la base de un Pliego de condiciones y tarifas máximas, por cuya dualidad de elementos, si se modifica la situación reglamentaria en perjuicio del concesionario, porque razones de interés público así lo aconsejaren, deberá compensársele en el segundo, o sea en las condiciones financieras. Por eso dice el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales que «en el régimen de la concesión se diferenciará: a), el servicio objeto de la misma, cuyas características serán libremente modificables por el poder concedente y por motivos de interés público; y b), la retribución económica del concesionario, cuyo equilibrio, a tenor de las bases que hubieren servido para su otorgamiento, deberá mantenerse en todo caso y en función de la necesaria amortización durante el plazo de concesión, del coste de establecimiento del servicio que hubiere satisfecho, así como de los gastos de explotación y normal beneficio industrial» (5).

Hasta la publicación del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, de 17 de junio de 1955, carecía la concesión en nuestro Derecho de una reglamentación especial, por lo que se regulaban primera y principalmente por los propios términos, cláusulas y condiciones con que la concesión se otorgaba, que era la Ley reguladora de las relaciones de orden contractual que de ellas surge entre la Administración otorgante y la persona individual o jurídica concesionaria; en segundo término, por las disposiciones administrativas de carácter general aplicables al caso, y, últimamente, como principios de carácter y aplicación general, por las disposiciones del Código civil, en cuanto resultaren aplicables (6).

(5) Art. 126-2.

(6) Sents. de 14 de marzo de 1936, 29 de noviembre de 1934 y 25 de junio de 1910.

A partir de la publicación del Reglamento de Servicios, cuentan ya las Diputaciones y Ayuntamientos con una reglamentación de las concesiones, amoldadas a la más pura doctrina, por la que se regulan con precisión y detalle las potestades reservadas a las Corporaciones locales, sus obligaciones, derechos del concesionario, etc., con el que se las ha dotado de un instrumento jurídico eficacísimo que garantiza plenamente los intereses de la comunidad en toda concesión de servicios provinciales y municipales.

Nosotros hemos parado la atención, para comentarlas, en las potestades que expresamente reserva en toda concesión de servicios a las Corporaciones locales el artículo 127 de expresado Reglamento. Dice este precepto: «La Corporación concedente ostentará, sin perjuicio de las que procedan, las potestades siguientes:

«1.º Ordenar discrecionalmente, como podría disponer si gestionare directamente el servicio, las modificaciones en el concedido que aconsejare el interés público, y entre otras: a), la variación en la calidad, cantidad, tiempo o lugar de las prestaciones en que el servicio consista; b), la alteración de las tarifas a cargo del público y en la forma de retribución del concesionario.»

Si tenemos en cuenta que el interés público ha de prevalecer sobre el privado, y que «constituye un principio básico que el servicio concedido seguirá ostentando en todo momento la calificación de servicio público de la Corporación local a cuya competencia estuviere atribuido» (7), por lo que la Corporación no puede desatenderse del funcionamiento regular del servicio, supremo interés que ha de presidir por su parte la concesión del mismo, desembocaremos en la fácil justificación de la potestad que comentamos, pues la concesión de servicios suele hacerse por un largo período de tiempo, durante el cual es lógico esperar que cambie su economía, que la experiencia o nuevos sistemas de explotación aconsejen el cambio de la empleada, que el consumo público imponga un aumento de las prestaciones convenidas, etc., y sería absurdo mantener durante años un servicio público a sabiendas de que resulta inútil, inadecuado o insuficiente.

(7) Art. 126 del Regl. de Servicios de las Corporaciones locales.

Por eso, conocedor el legislador de que tales cambios suelen presentarse, no podía por menos de declarar expresamente la facultad de la Corporación de modificar la extensión de las prestaciones que comporte la concesión, lo que lleva a efecto con toda precisión, al decir que la Corporación puede acordar discrecionalmente, *como si gestionare directamente el servicio*, la variación de «la calidad», de «la cantidad» y «del tiempo» y «del lugar» de entrega de la prestación convenida; así como también *modificar las tarifas* a cargo del público, y *la forma de retribución al concesionario* que se hubiere concertado.

Por tanto, el concesionario está obligado a prestar el servicio público, no sólo en la forma que viniere establecida por los propios términos de la concesión, sino, además, a efectuarlo con las modificaciones posteriores que de manera discrecional acuerde la Corporación, cuyo incumplimiento es causa de secuestro del servicio público por parte de la Corporación concedente (8).

Una sola limitación tiene la Corporación para poder acordar las modificaciones que estime oportuno en el servicio concedido: que han de venir aconsejadas por el interés público, y no ser arbitrarias ni caprichosas, sino fundadas en el mejor servicio al interés general.

Las modificaciones que la Corporación ordene introducir en el servicio, y que incrementen los costos o disminuyan la retribución que obtuviere el concesionario, rompiendo así el equilibrio financiero de la misma, dan derecho al concesionario a ser compensado económicamente (9), lo que encuentra su justificación en los principios de igualdad de las cargas y de enriquecimiento sin causa.

«2.ª Fiscalizar la gestión del concesionario, a cuyo efecto podrá inspeccionar el servicio, sus obras, instalaciones y locales, y la documentación relacionada con el objeto de la concesión, y dictar las órdenes para mantener o restablecer la debida prestación» (10).

(8) Art. 133 del Regl. de Servicios.

(9) Art. 127-2, a) del Regl. de Servicios.

(10) Esta facultad de la Corporación la establece también, con ca-

Para basar esta potestad de la Administración local basta con tener en cuenta que el servicio concedido es un *servicio público*, de cuya explotación no puede desentenderse la Corporación, para evitar que deje de prestarse en la forma convenida, y procurar que se realice del modo más conveniente para el interés general.

Ponderando que la concesión otorga al concesionario el derecho a utilizar los bienes de dominio público, recabar de la Corporación los procedimientos de expropiación forzosa, imposición de servidumbres, desahucio administrativo, etc. (11), y que percibe como retribución la subvención que se fije, las contribuciones especiales que se devenguen por la instalación del servicio, las tasas, no el precio, a cargo de los usuarios y que la Corporación puede otorgar al concesionario para su percibo la utilización de la vía de apremio, etc. (12), lo que implica la transferencia de poderes exorbitantes propios de la Administración local, es lógico que la Corporación ejerza en todo momento la más amplia vigilancia sobre todos los actos del concesionario.

El Consejo de Estado francés, en una de sus resoluciones, nos da la justificación del poder de control o intervención que comentamos. El Estado no puede desinteresarse del servicio público una vez concedido. La concesión representa una delegación, es decir, una forma de gestión indirecta; no equivale a un abandono, a un desamparo. El Estado sigue siendo garante de la ejecución del servicio frente a la totalidad de los ciudadanos.

Habrà de extenderse la fiscalización de la Corporación concedente a todas las partes del servicio público concedido, y la vigilancia se ejercerá, por tanto, donde se considere conveniente para asegurarse de su buen funcionamiento.

Consecuencia obligada del derecho de fiscalización de la Corporación concedente es la obligación del concesionario de facilitar a los agentes que esta designe el acceso a las dependencias, el co-

rácter general para toda clase de contratos, el artículo 60 del Regl. de Contratación de las Corporaciones locales.

(11) Arts. 128 y 129 del Regl. de Servicios.

(12) Art. 130 del Regl. de Servicios.

nocimiento e inspección de los utensilios o elementos que formen parte del servicio, el examen de la documentación, etc. Una limitación tiene la potestad de fiscalización, y es que no puede organizarse en forma que reste al concesionario las facultades de gestión, convirtiéndose la Corporación o sus agentes en administradores del servicio.

«3.ª Asumir temporalmente la ejecución directa del servicio en los casos en que no lo prestare o no lo pudiere prestar el concesionario, por circunstancias imputables o no.»

Dado que para el caso de infracción grave que ponga en peligro la buena prestación del servicio, incluida la desobediencia de órdenes de modificación, cuenta la Corporación con el secuestro, entendemos que la potestad que comentamos contempla una conducta no culposa del concesionario. Este puede verse imposibilitado para prestar el servicio, aunque sea por razones que se le puedan imputar, como una mala situación financiera, falta de operarios, etc., o bien puede ocurrir que el concesionario, temiendo un riesgo grande, debido, por ejemplo, a una huelga, al peligro técnico que comporte una orden recibida, etc., no quiera prestarlo. Si resulta que el concesionario no desea apartarse de la ejecución del contrato, y que si deja de realizar el servicio o la orden recibida es en contra de su voluntad, aunque le puedan venir imputadas las causas que lo determinen, es evidente que el secuestro no sería de aplicación, porque éste constituye sanción de una falta grave, de una conducta culposa, que no existe en esos supuestos.

La Corporación habrá de examinar las circunstancias que concurran, los motivos en que apoya el concesionario su negativa o imposibilidad de prestar el servicio, el fondo de sinceridad de los razonamientos que oponga el mismo, etc., y si considera que el concesionario obra de buena fe, entonces no será procedente hacer aplicación del secuestro, sino de la ejecución directa.

La ejecución directa no excluye de manera total y definitiva al concesionario, puesto que el contrato continúa; lo que ocurre es que le aparta de la prestación del servicio *hasta que el concesionario esté en condiciones de poder realizarlo*. Pero la prestación se lleva a cabo por su cuenta y riesgo, siendo consecuentemente

los gastos que se originen de cuenta del concesionario, así como los beneficios que se produzcan durante la ejecución directa. Y le asiste el derecho a indemnización de los daños y perjuicios que le ocasione la asunción del servicio por la Corporación, si se produjeran con independencia de culpa del concesionario (13).

«4.ª Imponer al concesionario las correcciones pertinentes por razón de las infracciones que cometiere.»

Si se admite que la Corporación concedente tiene el derecho y el deber de procurar el funcionamiento regular de los servicios públicos, y que ése ha de ser el objetivo principal perseguido con la concesión, en atención a la repercusión social y económica que pudiera derivarse de su incumplimiento total o de un cumplimiento defectuoso, fácilmente se desprende que la Corporación ha de disponer de un sistema de correcciones encaminadas al logro de aquel máximo objetivo. Piénsense las consecuencias, por ejemplo, de que el concesionario de un servicio de transportes lo demore o interrumpa, o que el concesionario de un producto depurador de un abastecimiento de agua potable observe igual conducta, y seguidamente resalta la necesidad de que la Corporación concedente disponga, por una razón de interés público, de la potestad necesaria para emplear las medidas coercitivas necesarias que faciliten la continuidad del servicio.

Precisamente porque hay por medio una necesidad pública, porque es el interés general lo que está en juego, es por lo que no puede haber comparación posible entre las consecuencias del incumplimiento de un contrato entre particulares, y las que puede acarrear el incumplimiento de un contrato público. Y consecuentemente el sistema de sanciones ha de ser totalmente distinto, en cuanto que las propias de la concesión han de encaminarse no al resarcimiento del daño, sino de manera principal a asegurar sin interrupción, sin contratiempos, el funcionamiento regular del servicio público, razón por la que las multas, que como cláusula obligatoria deben expresarse en el Piego de condiciones de todo contrato administrativo para el caso de que el contratista incurra en

(13) Art. 127-3 del Regl. de Servicios.

mora, deficiencia o incumplimiento de sus compromisos (14), resultan también insuficientes para la concesión, para la que el Reglamento de servicios establece las siguientes :

a) Multas en la forma y cuantía previstas en el Pliego de condiciones, para el caso de que el concesionario cometa alguna infracción de carácter leve (15).

b) Declarar en *secuestro* la concesión, con el fin de asegurarlo provisionalmente, caso de que el concesionario incurra en infracción de carácter grave que ponga en peligro la buena prestación del servicio público, incluida la desobediencia a órdenes de modificación (16).

c) Declaración de *caducidad* de la concesión en los supuestos del Pliego de condiciones, y en todo caso si, levantado el secuestro, volviera a incurrir el concesionario en las infracciones que lo hubieren determinado o similares, o en infracción gravísima de sus obligaciones esenciales (17).

«5.ª Rescatar la concesión.»

El rescate es la decisión unilateral de la Corporación concedente, por la que pone fin a la concesión antes de cumplirse el plazo estipulado en la misma.

No es el rescate una sanción, sino más bien una especie de expropiación forzosa. Y no es potestad renunciabile, pues resultan nulas las cláusulas del Pliego de condiciones por las que la Corporación renuncia al rescate, si el interés público lo aconseja (18). Lo que sí puede contener el Pliego son las normas o bases que se utilizaran para fijar el importe de la indemnización a que tiene derecho el concesionario.

Los motivos que en la práctica pueden aconsejar el rescate se

(14) Art. 23, apartado e) del Regl. de Contratación de las Corporaciones locales.

(15) Art. 132 del Regl. de Servicios.

(16) Art. 133 del Regl. de Servicios.

(17) Art. 136 del Regl. de Servicios.

(18) Art. 116-2 del Regl. de Servicios.

reducen realmente a uno: el interés público, que unas veces vendrá constituido por la conveniencia de cambiar radicalmente el sistema de prestación, la falta de capacidad técnica o financiera del concesionario para dar al servicio la amplitud que demanden las conveniencias del público o una técnica más racional, o simplemente el deseo de la Corporación de sustituir la concesión por la gestión directa, si es presumible que con ello resultaran beneficiados los usuarios.

¿Faltando una razón de interés general, que no puede ser otra que una mejor prestación del servicio, se encontrará la Corporación concedente desasistida del derecho para acordarlo, como, por ejemplo, si lo único que pretende es la obtención de un lucro, al apreciar que el servicio produce saneados ingresos al concesionario? Teniendo en cuenta que la facultad de rescatar la concesión no viene supeditada en el Reglamento a ninguna limitación, lógicamente hemos de admitir que la Corporación puede acordarla, cualquiera que sea la razón que le mueva a hacerlo, si tal facultad no aparece condicionada en el Pliego de condiciones. Y tampoco está sujeto el rescate a preaviso si en el Pliego no aparece establecido.

Supuesto que la concesión constituye un conjunto de bienes adscritos todos al funcionamiento del servicio, el rescate no puede ser parcial, sino que habrá de abarcar la totalidad de elementos que pertenezcan al mismo. En una concesión de transportes urbanos, por ejemplo, no se podría acordar el rescate de determinados vehículos y otros no, o extender el rescate solamente a los coches y no a los repuestos de los mismos. Y tampoco el concesionario puede quedarse con bienes necesarios para el normal funcionamiento del servicio. El Tribunal Supremo dice, refiriéndose a la reversión, como signo del cumplimiento normal de las concesiones administrativas, que ha de entenderse que abarca la totalidad de los elementos que contribuyen a hacerla eficaz, por la razón obvia de que los servicios públicos tienden a su realización a través del principio de la continuidad que impulsa las necesidades de interés general, continuidad que por constituir el plasma de la actividad administrativa reprime y desecha la desintegración de cualquiera de

los medios sustanciales para la verificación de un servicio que ha de continuar la Administración (19).

La Corporación concedente deberá indemnizar al concesionario por el rescate (20) en la extensión y con arreglo al procedimiento que conste en el Pliego de condiciones, y de no haberse previsto será lo justo que se abone al concesionario el valor de los bienes muebles e inmuebles que, adscritos al servicio, hayan de pasar a poder de la Corporación concedente, y, además, todos los beneficios futuros con que tuviera derecho a contar hasta el término de la concesión, descontando, claro es, el montante de las obligaciones económicas correspondientes. Consecuentemente, la indemnización abarcará el justo valor de las cosas que la Corporación concedente adquiera, mediante el rescate, la anualidad de rescate o importe de los beneficios que, con arreglo al desarrollo del servicio, pueda lógicamente esperarse que obtendría el concesionario en cada uno de los años que falten para expirar el contrato, y una prima de evicción indemnizadora de los beneficios futuros menos ciertos, pero que en buena lógica deba presumirse razonablemente que obtendría el concesionario por plus valía, aumento de consumo, etc.

«6.º Suprimir el servicio.»

Como dejamos dicho, es principio básico de la ordenación jurídica de la concesión que el servicio concedido sigue ostentando en todo momento la calificación de servicio público de la Corporación a cuya competencia estuviere atribuido, lo que implica que el servicio no pierde su carácter público y que la Corporación no se desprende en ningún momento de su derecho a modificarlo o suprimirlo si el interés comunal lo demanda, cuya apreciación sólo a la Corporación concedente corresponde efectuar, sin que el concesionario pueda oponerse a ello, toda vez que no le corresponde a él velar por el interés general. El interés del concesionario es sólo pecuniario, y ese interés lo respeta el Reglamento, imponien-

(19) Sent. de 22 de diciembre de 1954.

(20) Art. 127-2 del Regl. de Servicios.

do a la Corporación la obligación de indemnizarle, caso de supresión del servicio (21).

«En el contrato—dice Alvarez Gendín—que la Administración realiza con un fin público, en que siempre se expresa este fin, si se desiste racionalmente de perseguirlo, cesa la razón jurídica de la persistencia del contrato para la prosecución de aquél» (22).

Observamos que el Reglamento no dispone la nulidad de las cláusulas del Pliego de condiciones en que se establezca que el servicio puede ser suprimido, a diferencia de lo que ocurre con la renuncia de otras potestades (23). ¿Quiere ello decir que la Corporación puede obligarse a mantener el servicio durante todo el tiempo que dure la concesión, aunque resulte ruinoso, inútil o perjudicial para el interés general? A nuestro modo de ver no, porque siendo el interés público la razón suprema que anima el servicio, si este aconsejare su supresión, la cláusula pactada en contrario no podría evitar que tal resolución se adopte por la Corporación, indemnizando justamente al concesionario. Pero es que, además, el Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales establece, con carácter general, la facultad que comentamos (24).

La indemnización, caso de suprimirse el servicio, se fijará con arreglo a las normas que consten en el Pliego de condiciones, y en su defecto serán de aplicación las consideraciones que dejamos hechas al hablar de la indemnización por rescate.

JOSÉ MALLOL GARCÍA,

Secretario de 1.ª categoría de Administración Local

(21) Art. 127-4.

(22) ALVAREZ GENDÍN: *Los Contratos Públicos*. Madrid, 1934.

(23) Art. 116-2 del Regl. de Servicios.

(24) Art. 70.