

Rescates de concesiones

Sumario: RESUMEN.—I. PROBLEMÁTICA Y ACTUALIDAD.—II. RÉGIMEN JURÍDICO Y SIGNIFICACIÓN JURÍDICA DEL RESCATE.—III. IMPROCEDENCIA DEL RESCATE POR SER PROCEDENTE EL INCUMPLIMIENTO O CADUCIDAD.—IV. CRITERIOS INDEMNIZATORIOS.—V. LA PRÁCTICA DEL RESCATE. PROCEDIMIENTO. LA TENSIÓN ENTRE EL RESCATE Y EL MUTUO ACUERDO. RÉGIMEN FISCAL. LAS FORMAS SOCIETARIAS. RESCATE O COMPRA DE LA SOCIEDAD CONCESIONARIA.

RESUMEN

En la práctica afloran numerosos casos de rescates de concesiones de obras públicas. Sin embargo, es ésta una materia poco estudiada tanto en el plano estatal como en el local al que se refiere en especial este artículo.

En el presente trabajo se expone el régimen jurídico del rescate desde un punto de vista teórico y práctico incidiendo en la jurisprudencia aplicable. Se aborda la delimitación del rescate con otras figuras afines. Se estudian los criterios indemnizatorios, ya que en la práctica la Administración teme a veces las consecuencias económicas del posible rescate. Asimismo se profundiza en el procedimiento del rescate, la posibilidad del mutuo acuerdo y posibles aspectos de naturaleza fiscal.

PALABRAS CLAVE: Rescate, resolución contractual, contratos de concesión de obra pública, indemnizaciones a contratistas, contrato público.

I. PROBLEMÁTICA Y ACTUALIDAD

En los periódicos de los últimos tiempos afloran numerosos casos de rescates, por ejemplo, de concesiones de obra pública, así, de aparcamientos

★ Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Alicante.

municipales, planteando tensiones y problemas complejos de resolver, tanto jurídicos como financieros.

Pero también se suma la Administración autonómica. Por ejemplo, el Aeropuerto Central de Ciudad Real.

El fenómeno afecta, claro está, también a la Administración estatal, de forma preocupante y significativa. En el ámbito de las más recientes autopistas se nos informa de la necesidad de renegociar los contratos y evitar la quiebra¹, de modo que «el Estado se haría cargo de todas las deudas al aplicarse la responsabilidad patrimonial de la Administración», ante las deudas millonarias de ciertas concesiones y la presión de las entidades bancarias financiadoras de las obras, invocándose que «las condiciones en las que se adjudicaron estas concesiones han quedado obsoletas al truncarse los planes de negocio, de ahí que las empresas quieran reequilibrar los contratos, hacerlos al fin viables y rentables, como señalan fuentes conocedoras de las negociaciones entre Fomento y las constructoras».

En definitiva, el rescate nos sitúa ante un singular e interesante fenómeno. Cuando se manifiesta un rescate en un caso concreto, se evidencia que lo privado no funciona. Sin embargo, la actividad realizada fue encargada por el poder público y, por tanto, se revelará la necesidad o conveniencia de su prestación. Estamos ante casos que ya no son simplemente ocasionales y es preciso conocer el funcionamiento del Derecho en estas ocasiones. En estos supuestos se produce «la vuelta a lo público», contraponiéndose a la tendencia privatizadora tan en boga. Contratos como los CCPP (contratos de colaboración público-privado), que son una tendencia de nuestro tiempo, podrán terminar en un rescate.

La intervención pública, mediante municipalización, también es siempre una posibilidad en el contexto de hacer desaparecer la empresa privada existente. A tal fin podrán servir varias soluciones. Una de ellas será el rescate (junto al mutuo acuerdo o la compra de la sociedad privada). Evidentemente es una solución para el caso concreto, pero son ya demasiados los «casos concretos» que empiezan a manifestarse².

Al igual que el desistimiento, en el rescate *interesa* a la Administración resolver el contrato. La mejor realización de las funciones públicas podrá exigir adoptar conscientemente esta medida de resolución. Además, en ambos casos (desistimiento y rescate) el *quid* es la adecuada o justa compensación del contratista³. Aquél afectará a los contratos de obras, suministros y públicos de

¹ Este es el titular de la noticia del periódico El Mundo, del 8 de noviembre de 2010, p. 12.

² No viene mal recordar que lo propio de nuestro tiempo viene siendo que (como recuerda la STSJ de Andalucía, Granada, de 25 de febrero de 2002): «Ello ha dado lugar a que, en los últimos años, se haya producido un giro copernicano respecto de la publicación —municipalización, en nuestro caso—, multiplicándose en España los ejemplos de procesos de privatización de empresas nacionalizadas y municipalizadas, en los que predomina la búsqueda del accionariado popular o particular».

³ Finalmente el RSCL prevé la necesidad de indemnizar al concesionario, primero, en el artículo 127: «La Corporación concedente deberá (...) indemnizar al concesionario por el rescate de la

servicios, mientras que el rescate será procedente en los contratos de gestión de servicios públicos y de concesión de obra pública. El contratista no incumple, tampoco la Administración incumple adoptando estas medidas, sino todo lo contrario, actúa conforme a necesidades públicas.

Sobre el rescate no existen estudios, pese a que la figura cuenta con arraigo histórico⁴ y pese a su significación para los servicios públicos y el propio Derecho administrativo, y la actualidad del supuesto. Podemos decir que el escenario sigue siendo el mismo que describía F. ALBI CHOLBI en su conocido *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones locales*, Madrid, 1960, p. 656 cuando frente a la elaboración en Francia (le rachat) o en Italia (il riscatto) en cambio por referencia a España afirmaba que «está totalmente por hacer (un estudio sobre el rescate) en nuestra patria, en la que solamente existen alusiones concisas en los tratados generales».

II. RÉGIMEN JURÍDICO Y SIGNIFICACIÓN JURÍDICA DEL RESCATE

Según el artículo 269 del TRLCSP 3/2011 y antes el artículo 264 del TRLCAP («causas de resolución»), son causas de resolución del contrato de concesión de obras públicas las siguientes: «g) El rescate de la explotación de la obra pública por el órgano de contratación. Se entenderá por rescate la declaración unilateral del órgano contratante, discrecionalmente adoptada, por la que da por terminada la concesión, no obstante la buena gestión de su titular».

En el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 junio 1955 (RSCL) el rescate se contempla como una medida en el contexto de la municipalización o provincialización con monopolio de una actividad económica, y en contacto con la expropiación forzosa de empresas con rescate de las concesiones (SSTS de 9 de octubre de 1981; de 7 diciembre 1979). En este contexto de la municipalización y lo expropiatorio no siempre la claridad es la deseable, empezando por que algunos preceptos del RSCL son incluso de discutible vigencia, no tanto el artículo 52.1 RSCL («la expropiación de empresas y el rescate de concesiones solo comprenderá aquellos elementos de las

concesión o en caso de supresión del servicio»; y segundo, en el artículo 137.5: «Si la Corporación no deseara continuar la gestión del servicio por concesión, abonará al titular caducado la indemnización que le correspondiera en caso de rescate».

⁴ Es tras los años cuarenta cuando el rescate se recoge en la legislación administrativa (Ley de 24 de enero de 1941, de Ordenación ferroviaria y de transporte por carretera; artículo 25 del Reglamento de Trolebuses de 4 de diciembre de 1944, artículo 11 de la Ley de Carreteras de Peaje de 1953, etc.; ya antes: Orden de 7 de enero de 1938 sobre rescates de empresas de servicios municipalizables, etc.). De ahí que ALBI dijera que «la legislación ignora la fórmula a que nos estamos refiriendo hasta una época muy próxima», citando leyes del siglo XIX (de puertos o de aguas) como ejemplos de leyes donde solo «se advierten atisbos» sobre el rescate confundido con la caducidad con indemnización (Ley de Ferrocarriles Secundarios y Estratégicos de 1912) o con la revocación con indemnización (Ley de 1864 sobre ferrocarriles de fuerza animal).

mismas que se hallaren directamente afectados al funcionamiento del servicio o fueren necesarios para su desarrollo normal») o las reglas de tramitación de la municipalización propiamente dicha (artículo 52.2, 1.º y 2.º, y 63.2), como el artículo 52.2.3.º y 4.º, o el artículo 63.2, considerando que el RDLeg 781/1986 se remite a la LEF⁵.

El rescate «supone una **reversión anticipada** cuya motivación se encuentra en la conveniencia para el interés general de que el servicio sea gestionado en lo sucesivo **por la propia Administración** o a través de un ente público dependiente de la misma» (STS de 5 de abril de 1999).

El rescate del servicio público es, en sentido “propio”, una resolución administrativa que «por razones de interés público y sin que tengan por causa una actuación sancionable del contratista, decide poner fin al contrato de gestión indirecta de aquél, antes de que transcurra el plazo previsto en el mismo. Se trata de una causa de resolución que sitúa su fundamento en la necesaria subordinación a los intereses generales de la actividad administrativa y que se manifiesta como el ejercicio de una potestad exorbitante de la Administración Pública, articulada como una forma especial de expropiación que genera la correspondiente indemnización a favor del contratista desposeído, tal como se deduce de los artículos 208.2 y 264.4». El rescate es una potestad administrativa irrenunciable y en el fondo una potestad de revocación por razones de **conveniencia** para el interés público. Tiene por objeto el servicio concedido y por ende los elementos (bienes, instalaciones, etc.) que se hallen directamente afectados al mismo o sean necesarios para su normal desarrollo. Es claro que la declaración de rescate produce como consecuencia inmediata la reversión del título habilitante para el ejercicio del servicio y de las instalaciones afectas al mismo (artículo 52 del RSCL), no pudiendo ser gratuita dicha reversión; la duración de la relación concesional opera como dato principal en la ecuación financiera de la misma. Al expirar la concesión anticipadamente ni las amortizaciones han podido efectuarse ni el beneficio industrial ha podido obtenerse según las previsiones iniciales. En lo que se refiere a la forma de ejercitar la potestad administrativa de rescate, podrá instrumentarse a través de expropiación forzosa conforme a la LEF⁶.

En este sentido, observamos que la propia jurisprudencia informa de una relación no siempre clara en cuanto al rescate, la expropiación forzosa y la legislación administrativa contractual. En algunas ocasiones se acude a la LEF para la fijación de las indemnizaciones a favor del contratista; otras veces se acude en cambio directa y exclusivamente a los criterios indemnizatorios de la legislación administrativa contractual. Este tipo de circunstancias provienen

⁵ Puede distinguirse el rescate forzoso, una especie de potestad expropiatoria, y el rescate contractual, que puede venir impuesto en el Pliego (arts. 127.1 y 2.4 del RSCL; STS de 15 de noviembre de 1989, F. SOSA WAGNER, La gestión de los servicios públicos locales, Madrid, 2008, p. 300).

⁶ Según J. PÉREZ AMORÓS en F. CASTRO ABELLA, director, Contratación del sector público local, Madrid, 2010, pp. 1332 y 1337 basándose en F. GARRIDO FALLA.

seguramente del hecho de que el RSCL regula la expropiación y el rescate conjuntamente en un contexto relativo a extinción de concesiones y empresas, pese a que la legislación contractual administrativa contempla regulaciones propias sobre la compensación al contratista en caso de rescate. De hecho, para no pocos autores clásicos (el mismo Jèze por ejemplo) rescate y expropiación vienen a asimilarse (en esta línea E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios de la nueva Ley de Explotación forzosa*, Madrid 1956); también ALBI (en el contexto normativo dominante por la LEF, en materia de rescates) remite el tema indemnizatorio a la aplicación sin más del artículo 41 de la LEF (a salvo de que exista una legislación especial con una previsión específica sobre valoración de los rescates, pensando en legislación de transportes o ferrocarriles, *op. cit.* p. 663). Diríamos que existe una “lógica común” a fenómenos tales como la extinción de concesiones, el rescate o supresión del servicio, acuerdos que lo hagan imposible, revocaciones de concesiones demaniales o revocaciones de actos y licencias en general (SAN de 22 de junio de 2006 JUR 191737).

En todo caso, debe conseguirse la debida seguridad jurídica en un tema tan importante como es la propia determinación de la indemnización a favor del contratista, contando con un criterio legal certero de aplicación. En definitiva, la *vis expansiva* de la contratación administrativa, perfectamente verificable durante las últimas décadas explica a mi juicio no solo el hecho de la suplantación de los criterios tradicionales de la legislación de expropiación por los más actuales de la legislación contractual, sino que ésta sea además la mejor vía de progreso. De hecho, en el contexto de los rescates de concesiones se observa que cierta doctrina fue descubriendo la necesidad de su plena consideración como realidad contractual incluso en el plano de las compensaciones con el contratista.

El supuesto del rescate, como podemos apreciar, se distancia por esencia del de la «reversión», prevista en el TRLCSP 3/2011 (sobre el cumplimiento y efectos del contrato de gestión de servicios públicos) en el artículo 283, afirmándose que «*cuando finalice el plazo contractual el servicio revertirá a la Administración, debiendo el contratista entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados*». Asimismo, «durante un período prudencial anterior a la reversión, que deberá fijarse en el pliego, el órgano competente de la Administración adoptará las disposiciones encaminadas a que la entrega de los bienes se verifique en las condiciones convenidas».

Pero, a la luz de la pura práctica, se generan situaciones que no es fácil in-cardinar dentro del rescate (en el sentido expresado de asunción de la actividad por la Administración para su gestión por ésta o siquiera un ente público dependiente de la misma). Casos que tampoco encajan en los supuestos resolutorios de la supresión del servicio o la imposibilidad de su continuación como consecuencia de acuerdos de la Administración, lo que inquieta considerando que los criterios indemnizatorios del artículo 288.4 del TRLCSP se relacionan con tales supuestos. Se trata de casos de **extinciones de concesiones**, por ejemplo, a fin de unificar el régimen de prestación del servicio allí donde

existen dos o más concesionarios. Tras valorar la legalidad o ilegalidad de tales acuerdos (STS de 2 de noviembre de 1990 RJ 8734; STS de 1 de junio de 1991 RJ 2436; STS de 5 de noviembre de 1990 RJ 8738; STS de 15 de noviembre de 1993 RJ 9558; STS de 15 de octubre de 1988 RJ 8009), en estos casos se impone a mi juicio seguir el mismo criterio indemnizatorio general del artículo citado 288.4. Propondría en estos supuestos la denominación de “**rescates impropios**” que son tales “rescates” pero a fin de extinguir y unificar el régimen concesional en relación con un determinado servicio (por ejemplo el suministro de agua) cuya gestión sin embargo no pasa a mano pública sino que permanece en situación de concesión.

III. IMPROCEDENCIA DEL RESCATE POR SER PROCEDENTE EL INCUMPLIMIENTO O CADUCIDAD

Este problema viene de antiguo. De hecho, el artículo 116 del RSCL afirma que «serán nulas las concesiones que se otorgaren sin ajustarse a las formalidades que se establecen en los artículos siguientes y, para lo no dispuesto en ellos, en el reglamento de contratación de las Corporaciones Locales. *Serán nulas las cláusulas por las que la Corporación concedente renunciare a fiscalizar el servicio o imponer modificaciones al rescate si lo aconsejare el interés público o a declarar la caducidad en casos de infracción grave*».

Se plantea en efecto en la práctica si se puede acudir al rescate (que conlleva la garantía indemnizatoria a favor del contratista) o si debe proceder la resolución del contrato por incumplimiento del contratista (con el consiguiente ahorro de la indemnización).

En este contexto puede citarse primeramente la ilustrativa STS de 22 de octubre de 1999 en un caso en que se debate la opción del rescate o la de la caducidad del artículo 136 del RSCL:

«La Sentencia apelada expone en su primer fundamento de derecho una relación circunstanciada de hechos, no discutidos. De esos hechos se desprende que el Consejo de Administración del Puerto Autónomo de Valencia, en su Resolución de 9 de junio de 1987, **acordó archivar el expediente del rescate de la concesión y continuar el expediente de caducidad**. Dicha resolución fue confirmada en alzada y declarada conforme a Derecho por la Sentencia apelada.

SEGUNDO.- *La parte apelante en su escrito de alegaciones, relaciona ordenadamente el contenido de la Sentencia apelada, para expresar que no puede la Administración acordar la caducidad de la concesión olvidando el expediente de rescate* en el que no había recaído resolución definitiva, pero en el que se perseguía una causa de utilidad pública y que la Administración había ocupado los terrenos objeto de la concesión a fin de posibilitar la prestación del servicio de varadero, cediendo el concesionario en aras del interés público y que se había fijado la indemnización correspondiente para compensar el rescate.

Y que la Administración ha cambiado su posición, *yendo a la declaración de caducidad para no pagar la indemnización fijada*.

TERCERO.- *La cuestión a debatir en esta apelación queda recurrida a lo siguiente: a si la Administración puede archivar el expediente de rescate y disponer que continúe un expediente de declaración de caducidad de la concesión. A esta cuestión procede dar una respuesta afirmativa, por las siguientes razones:*

1. La concesión de que se trata es una concesión de servicio público (por Orden Ministerial de 6 de octubre de 1967 al recurrente se autorizó para ocupar una parcela con destino a construcción, reparación y desguaces de buques, en el Puerto de Gandía). La situación del concesionario de servicios públicos es temporal. Y son dos las instituciones típicas que pueden provocar la terminación del contrato de concesión de servicios: la reversión y el rescate. *La reversión es la forma normal de extinción del contrato de concesión por el transcurso del plazo por el cual fue otorgado. El rescate constituye una forma excepcional de terminación del contrato de concesión que tiene su fundamento en la potestad exorbitante que a la Administración puede concederse para acortar el plazo estipulado.* Pero que esas dos formas sean las típicas de terminar el contrato de concesión, no quiere decir que no puede éste terminar de otro modo: *v. gr., por caducidad de la concesión por inactividad, estado de abandono y falta del pago del canon correspondiente*, lo que deberá acreditarse en el expediente correspondiente.

2. Lo último es posible, teniendo en cuenta que el rescate aparece justificado por la Ley por la realización de una obra declarada de utilidad pública, circunstancia inexistente en el caso que resolvemos, **donde, por contrario se ha producido —según la prueba practicada— un manifiesto incumplimiento de las condiciones establecidas en la concesión, hecho que es razón para incoar el expediente de caducidad**, que es el que está en tramitación. Por ello, la Sentencia apelada confirmó los actos recurridos por ser conforme a Derecho, circunstancia que debemos confirmar por esta Sentencia, lo que comporta la desestimación del recurso de apelación interpuesto»⁷.

En puridad, si observamos el artículo 136 del RSCL este Reglamento no habla de la «caducidad» con la necesaria consecuencia que establece esta sentencia (en el sentido de que acudir «a la declaración de caducidad se hace para no pagar la indemnización fijada»), ya que este precepto se refiere a posibles indemnizaciones que pueden corresponder al contratista⁸, pero es fácil entender el significado de la sentencia.

⁷ Tomando como referencia la STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de enero de 2004 no procede indemnización alguna si se rescinde un contrato pero se revela el incumplimiento del contratista.

⁸ Dispone el artículo 136 del RSCL: «1. Procederá la declaración de caducidad de la concesión en los supuestos previstos en el pliego de condiciones y, en todo caso, en los siguientes: Si levantado el secuestro, el concesionario volviera a incurrir en las infracciones que lo hubieren determinado o en otras similares, y si el concesionario incurriera en infracción gravísima de sus obligaciones esenciales. 2. La declaración de caducidad en el caso previsto en el apartado b del párrafo anterior, requerirá previa advertencia al concesionario, con expresión de las deficiencias que hubieren de motivarla.

Profundizando en la problemática de si existe un rescate (con la debida indemnización) o de si se está manifestando otra situación, se plantea de forma frecuente este singular debate en relación con supuestos en que, si el contrato puede entenderse prorrogado y por tanto vigente y no extinguido, ello llevará consigo la necesidad de indemnizar al contratista porque se habrá rescatado. En este sentido, la STSJ Murcia de 27 septiembre de 2006 afirma:

«Sentado lo anterior que se concreta en el derecho a la concesionaria de la prórroga por un lustro, se está en el caso de estudiar la propuesta alternativa de la actora, *es decir, entender que se ha producido un rescate del servicio público por parte del Ayuntamiento con la inherente consecuencia indemnizatoria*. También en este segundo supuesto hemos de dar la razón a dicha parte aun cuando al admitirse la petición principal queda el resuelto litigio.

Del elenco de causas extintivas que la Ley de contratos de las Administraciones Públicas: muerte, quiebra, mutuo acuerdo etc. la única que cabe en el supuesto de hecho que contemplamos es el rescate del servicio por la Administración. Pretende el Ayuntamiento que lo único que se ha producido es la extinción por cumplimiento del plazo quincenal, pero ya se ha rechazado esta posibilidad por no haberse ejercitado dentro de plazo. Tampoco cabe acogerse al incumplimiento de condiciones por parte de la concesionaria ya que el expediente sancionador es posterior al acuerdo de extinción.

Así pues, hemos de recordar aquel viejo apotegma o brocardo jurisprudencial que dice que las cosas son lo que son, con independencia de la denominación más o menos caprichosa o arbitraria que quieran darle las partes. En este caso se trata del rescate de un servicio público, por las causas que fueren que quedan extramuros en este litigio.»

Este tipo de supuestos sirven para ejemplificar cómo se manifiesta la esencialidad del rescate en el hecho compensatorio a favor del contratista, tal como

3. En dicho supuesto, la caducidad podrá declararse cuando, transcurrido un plazo prudencial, no se hubieren corregido las deficiencias advertidas imputables al concesionario».

Según el artículo 137: «1. La declaración de caducidad se acordará por la Corporación y determinará el cese de la gestión del concesionario, la incautación de los elementos de la empresa afectos al servicio, para asegurar la prestación del mismo, y la convocatoria de licitación para adjudicar nuevamente la concesión. 2. A este efecto, en el plazo de un mes desde que la caducidad hubiere sido ejecutada, la Corporación incoará expediente de justiprecio de la concesión, sin modificar ninguna de las cláusulas de la misma y con intervención del titular caducado, que se decidirá en defecto de acuerdo por el jurado provincial de expropiación y conforme al procedimiento de la Ley de Expropiación Forzosa. 3. Acordada la tasación o aprobada por el jurado provincial de expropiación, la Corporación convocará, en el plazo de un mes, licitación sobre dicha base, para adjudicar nuevamente la concesión con arreglo al mismo pliego de condiciones que viniera rigiendo anteriormente; y el producto de la licitación se entregará al concesionario caducado. 4. Si la primera licitación quedare desierta, se convocará la segunda con baja del 25 % del precio de tasación; y si también quedare desierta, los bienes e instalaciones de la concesión pasarán definitivamente a la Corporación sin pago de indemnización alguna. 5. Si la Corporación no deseara continuar la gestión del servicio por concesión, abonará al titular caducado la indemnización que le correspondería en caso de rescate».

pone de manifiesto igualmente la STS de 24 de febrero de 1998: el recurso contencioso-administrativo había sido iniciado contra las resoluciones del Ayuntamiento de C. que declararon la *resolución del contrato de recogida de basuras existente entre el recurrente y el Ayuntamiento y el cese de la prestación de servicios* que venía efectuando el demandante, así como la asunción del mencionado servicio por el Ayuntamiento demandado. La sentencia de instancia estimó el recurso parcialmente y condenó al Ayuntamiento a pagar las cantidades que se acreditaran en ejecución de sentencia de acuerdo con los criterios que en el fundamento quinto de dicha resolución se fijaban, y que circunscribían la indemnización al tiempo que restaba para el cumplimiento del plazo inicial del contrato. *No conforme con dicha resolución el demandante interpone recurso de apelación interesando que la indemnización de daños y perjuicios se amplíe al año de prórroga del contrato. A juicio del Tribunal Supremo, estimando el recurso de apelación, entiende que se ha producido un rescate con la consiguiente necesidad de indemnizar al contratista por la pérdida del beneficio industrial* una vez se había producido la prórroga del mismo: «cuando el contrato fue denunciado, el demandante tenía ya derecho a su prórroga, dada la fecha en que era necesaria la denuncia contractual para que la prórroga no fuese posible. La denegación de prórroga podía hacerse antes del 1 de noviembre, no después, que es lo que se hizo. Segunda, no se ha acreditado que hubiese incumplimiento contractual del contratista. Estas conclusiones tienen como corolario que la indemnización que al contratista habrá de fijársele no puede reducirse a lo que le quedaba del plazo contractual inicial de un año, que es lo que la sentencia impugnada reconoce, sino que tal derecho tiene que alcanzar a los perjuicios que se deriven de la pérdida del beneficio industrial —art. 53.3 de la Ley de Contratos del Estado— del año de prórroga, pues el derecho de prórroga del contrato se había incorporado al patrimonio del demandante ya que la denuncia contractual ha sido ejercitada extemporáneamente, cuando el contratista tenía derecho a un año más de contrato. Lógicamente, la privación de dicho derecho sin causa justificada, sin que medie una causa de resolución contractual válida, ha de comportar la indemnización pertinente»⁹.

Así pues, se evita que el Ayuntamiento eluda ciertas consecuencias del rescate. Si el contrato se había prorrogado, habrán de asumirse las consecuencias derivadas de la patrimonialización existente en caso de asunción del mencionado servicio por el Ayuntamiento.

La identificación del rescate es importante, ante las consecuencias indemnizatorias que del mismo se hacen derivar (STS de 30 de junio de

⁹ Puede verse también la STS de 31 de diciembre de 1996, igualmente sobre un caso de prórroga contractual y la STS de 24 de octubre de 1995, negando que se hubiera producido la prórroga del contrato y por tanto el rescate con indemnización; (STS de 23 de enero de 1996, sobre la fijación de intereses). STSJ Andalucía, Málaga (Sala de lo Contencioso-Administrativo), sentencia de 1 septiembre 1994.

1997, desestimando la pretensión de indemnización, ya que no se había producido rescate alguno, porque el contrato no pudo entenderse prorrogado; similar la STSJ de Andalucía, Granada, de 29 de enero de 2007; sin embargo, la STS de 21 de noviembre de 1986, declara el rescate de la concesión por el Estado y la indemnización del Ayuntamiento al subconcesionario a partir de las tarifas revisadas; STSJ de las Islas Canarias, Las Palmas, de 13 junio de 1997, declarando la inexistencia de rescate, al igual que la STS de 20 abril 2002).

También el objeto de la STSJ de Cataluña de 30 de marzo de 2006, es dilucidar si se ha producido un rescate, lo que se resuelve en sentido afirmativo dando lugar a la obligación de indemnizar al contratista¹⁰. En cuanto a su causa es claro que «en el rescate no hace falta alegar ni mucho menos acreditar ninguna suerte de incumplimiento del contratista ni circunstancia imputable a éste, a la Administración o a terceros para que pueda resolverse unilateralmente el contrato haciendo uso la Administración de esta facultad de rescate que la ley expresamente le concede y que efectivamente *guarda la mayor de las similitudes con la figura civil del desistimiento ad nutum*. La única consecuencia, eso sí, es la obligación de indemnizar al contratista en los términos del artículo 169.4 citado» (Dictamen 96/05 del Consejo consultivo de La Rioja de 5 de octubre de 2005).

Procede, pues, la indemnización a favor del contratista, a diferencia de la reversión gratuita a la Administración concedente al fin del término concesional (al estimarse que el concesionario ha amortizado durante el plazo de concesión el costo del establecimiento del servicio mediante la retribución establecida en su favor); el rescate viene a ser una caducidad anticipada de la concesión (SSTS de 7 de junio de 1988; de 13 de marzo de 1987).

¹⁰ «Se impugna un acuerdo del Pleno del Ayuntamiento que reconoce el derecho a ser indemnizado por los perjuicios sufridos como consecuencia del rescate parcial del servicio tomando en consideración los beneficios dejados de obtener durante los últimos cinco años. Lo primero que se plantea (como tantas veces) es solventar (en este caso en sentido afirmativo) que estamos ante un rescate (con la consiguiente indemnización) o ante una forma de extinción del contrato pactada entre las partes, ya que “el acuerdo de 8 de mayo de 2003 deja sin efecto el contrato de prestación del servicio de recaudación concertado en 29 de abril de 1980 entre el Ayuntamiento y el Sr. Salvador, como consecuencia de haber asumido directamente dicha prestación la Corporación, de manera inmediata por lo que se refiere al padrón del IBI y a la Tasa de recogida de basuras, y como máximo hasta el 31 de diciembre del mismo año por lo que respecta al resto de la recaudación, conforme a su tenor literal. De lo que se infiere que en orden al IBI y Tasa mencionados se produce una extinción anticipada del contrato o rescate (...) con la consiguiente obligación de resarcimiento de los daños y perjuicios así como de los beneficios futuros que se dejen de percibir como consecuencia de ello, concretados única y exclusivamente en la parte del servicio efectivamente rescatado a partir de la indicada fecha y con independencia de que la definitiva rescisión del contrato en cuanto al resto se hubiera acordado de forma gradual”».

IV. CRITERIOS INDEMNIZATORIOS

Al hilo de lo que estamos afirmando, es preciso profundizar en el tema indemnizatorio conociendo el criterio de la legislación contractual.

En cuanto a los «*efectos de la resolución*» debemos estar a los artículos 271.3¹¹ y 288.4¹², respectivamente, en relación con el contrato de concesión de obra pública y gestión de servicios públicos, del TRLCSP 3/2011 (en la LCSP 247.3 y 264.4; en el TRLCAP artículo 266.3 y artículo 169.4, respectivamente)¹³.

Este criterio legal, lejos de ser nuevo, cuenta con especial arraigo. Primero, arraigo histórico en la propia legislación contractual, ya que está presente en la LCE de 1965, siguiendo posiblemente la regla que constaba en la legislación sectorial de transportes (en concreto, el Reglamento de Transportes mecánicos por carretera de 9 de diciembre de 1949, artículos 100 y 101), sin descuidar que la LEF por entonces ya contemplaba una regla similar de capitalización al interés legal de los rendimientos líquidos de los *tres últimos años*, sin que la cantidad pueda ser inferior al valor material de las instalaciones teniendo en cuenta su valor de amortización en el plazo que resta para la reversión. Segundo, se prevé esta regulación no solo para el contrato de concesión de obra pública, sino también para el contrato de servicios públicos. Tercero, se prevé esta fórmula no solo para los rescates sino también en caso de supresión de la explotación de la obra y la imposibilidad de explotación de la misma. Y, sin embargo, en la práctica y en la jurisprudencia siguen sin estar las cosas lo claro que sería deseable.

En la STS de 23 de marzo de 2005 se deja al concesionario sin indemnización, más allá de los gastos incurridos, considerando *que no podía partirse de «los resultados de la explotación en el último quinquenio» desde el momento en que no habían transcurrido cinco años tras la adjudicación*¹⁴:

“La cuantificación de la indemnización prevista para los referidos supuestos tanto en la normativa vigente (art. 169.4 RDLeg 2/2000, de 16 de junio) como en la que lo estaba al tiempo del supuesto controvertido (art. 79 LCE,

¹¹ «En los supuestos de los párrafos g), h) e i) del artículo 269, y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, la Administración concedente indemnizará al concesionario por los daños y perjuicios que se le irroguen. Para determinar la cuantía de la indemnización se tendrán en cuenta los beneficios futuros que el concesionario dejará de percibir, atendiendo a los resultados de explotación en el último quinquenio cuando resulte posible, y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de ser entregadas a aquélla, considerando su grado de amortización».

¹² «En los supuestos de las letras b), c) y d) del artículo 286, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, la Administración indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que se le irroguen, incluidos los beneficios futuros que deje de percibir, atendiendo a los resultados de la explotación en el último quinquenio y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquélla, habida cuenta de su grado de amortización».

¹³ Puede verse I. CABEZA DEL SALVADOR, «Auditoría del rescate de la concesión de un servicio público», Auditoría Pública, diciembre, 2000, pp. 59 y ss.

¹⁴ Igualmente STSJ de La Rioja de 20 de abril de 2007 (nec. 128/2006).

art. 232 RGCE) *parten, a mayor abundamiento, de una circunstancia absolutamente ausente en la concesión litigiosa. Nos referimos a que para la cuantificación de los perjuicios se atiende a los resultados de la explotación en el último quinquenio, hecho dificultosamente extrapolable a una situación como la controvertida en autos. La denegación de la resolución del contrato se adoptó por la Corporación municipal el 17 de octubre de 1995, tras la petición formulada el 4 de mayo anterior, mientras el acuerdo de adjudicación del concurso tuvo lugar el 24 de febrero de 1993*»¹⁵.

Este criterio recuerda a esos casos en que los tribunales no otorgan indemnización alguna por lucro cesante en caso de que la extinción de la concesión se produzca antes de que el contrato adjudicado haya empezado a ejecutarse (STS de 11 de enero de 2013, RJ 2951; sentencia del Juzgado de lo contencioso administrativo n.º 2 de Bilbao de 28 de junio de 2010 JUR 2011/45842, citando la STSJ de Cataluña de curso de apelación 1512/2007).

En esta línea, ya ALBI (*op. cit.*, p. 664) afirmaba que la aplicación de la indemnización por amortización y por lucro cesante (teniendo en cuenta los beneficios obtenidos en los cinco últimos años) «requiere el transcurso de un plazo mínimo (tres años en la LEF y —cinco en el Reglamento de Transportes— *antes del cual se supone que la empresa no ha iniciado su marcha normal, encontrándose en período de organización*». El rescate, en ese período inicial, ha de valorarse con «criterios estimativos discrecionales», por referencia a la modalidad de indemnización en capital, que contrasta con la otra posible forma («indemnización en anualidades» en virtud de la cual se asegura al concesionario la percepción de un canon durante cada uno de los años que restan hasta la fecha de la resolución normal del contrato (que prevé la Ley de 1941 de Ferrocarriles del Estado).

Lo más normal son simples referencias genéricas al criterio de los actuales artículos 271.3 y 288.4 del TRLCSP 3/2011 (arts. 266.3 y 169.4 del TRLCAP) sin mayor contenido y sin que conste con precisión el alcance de su aplicación¹⁶. O incluso parecen seguirse reglas diferentes a ésta de los

¹⁵ Sin embargo, de la STS de 3 de febrero de 2004, en un caso relativo a la supresión de un servicio de transporte postal por asunción del mismo con medios propios, parece inferirse la validez de la demanda en el sentido de que «el lucro cesante que experimentará la recurrente en un quinquenio será igual a la suma del importe de ambas concesiones al momento de la demanda (diciembre de 1995) que asciende a 3.517.119 pesetas, lo que multiplicado por cinco años arroja un total de 17.585.595 pesetas, cantidad ésta a la que previsiblemente habría de acumularse el incremento que anualmente se produce, dado que, desde su inicio y con periodicidad anual, se incrementaba el importe de la misma».

¹⁶ STSJ de Cataluña de 30 de marzo de 2006: «Por consiguiente, el pronunciamiento de la resolución impugnada por el que remite a la fase de ejecución de sentencia la determinación de la indemnización procedente, atendiendo para ello a los beneficios dejados de obtener durante los cinco últimos años»; SSTSJ de Canarias, Las Palmas, de 11 de octubre de 2001, de Andalucía, Granada, de 30 de julio de 2003; de Andalucía, Sevilla, de 3 de abril de 2007; STS de 11 de junio de 2002; STSJ de Castilla y León de 27 de mayo de 2005.

resultados de explotación del último quinquenio¹⁷. Y ello sin obviar que en otros casos se alude, como ya hemos venido afirmando, a la aplicación de las reglas generales de expropiación forzosa, tal como establece por ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 20 abril 2001 en relación con un contrato de gestión de servicios públicos, en el que el rescate del servicio, como forma de extinción del mismo, da lugar a la indemnización por el valor del suelo y construcciones procedentes de concesión municipal de servicios, aplicando el artículo 43 de la LEF, mediante informe pericial sobre el valor del mercado¹⁸ y aplicando la cláusula contractual que regía la respectiva concesión en cuanto a la valoración de los vehículos procedentes de concesión municipal de servicios (igualmente, la STS de 26 octubre 2005).

Más informadora es la STSJ de Castilla-La Mancha de 18 de enero de 2010, pero por seguir y reproducir el propio cálculo realizado en el escrito de apelación del Ayuntamiento (frente al sustentado por la sentencia apelada basado en un informe técnico que no parece aplicar la regla que estamos comentando). Lo significativo es que, cuando se aplica el criterio de los artículos 271.3 y 288.4 del TRLCSP (en el TRLCAP artículos 266.3 y 169.4), resulta que esta aplicación se refiere a un caso en que no habían transcurrido cinco años

¹⁷ Así, fijándose la indemnización siguiendo reglas generales (STSJ La Rioja de 20 abril de 2007) razonando que no habían transcurrido cinco años de explotación de la concesión, sino solo tres. O simplemente como ejemplifica la STSJ del País Vasco de 9 de noviembre de 2001, se hace caso omiso de este criterio (invocado por la parte demandante) fijando la Sala una cifra en concepto de los beneficios dejados de percibir por la extinción de la concesión durante los ocho meses comprendidos entre la extinción del contrato y el término de la concesión, sin mayor explicación que la remisión a un informe cuyo criterio no consta en la sentencia. También en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de marzo de 2008 se invoca el mismo criterio pero la Sala decide discrecional y libremente la cifra en atención a los elementos de juicio (o a periciales). Y no faltan casos en que se confunden los porcentajes de lucro cesante en virtud de anulación de la adjudicación (6%) o por desistimiento y el presente criterio de la estimación de los beneficios durante los últimos cinco años de explotación.

¹⁸ «Al amparo también del artículo 95.1.4.º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en dicha anterior redacción, se alega por el actor como motivo cuarto la infracción del artículo 230 del Reglamento de Contratos del Estado, y ello con el fundamento de que la indemnización fijada en la sentencia no se ha efectuado según los criterios del citado precepto -lo convenido o los de la Ley de Expropiación Forzosa- y en particular los de valoración de la Ley sobre Régimen de Suelo y Ordenación Urbana, 8/1990, de 25 de julio, respecto a la fijación del valor del suelo y construcciones, puesto que el Tribunal de la anterior instancia se ha atenido al precio de un hipotético alquiler, fijado por un Agente de la Propiedad Inmobiliaria, que lo ha determinado según las reglas del mercado especulatorio inmobiliario. Tampoco este motivo ha de ser estimado, pues aunque es cierto que ese precepto pudo ser tenido en cuenta por la sentencia, pues era pertinente en relación con el contenido del pleito, sin embargo no cabe afirmar que hubiera sido infringido por el juzgador de la anterior instancia, por cuanto el valor del mercado a que se atuvo el perito, y al ser aceptado con matizaciones su dictamen, también por quien dictó la sentencia impugnada, es uno de los atendibles para la determinación del valor real, según se desprende del artículo 43 de la LEF, es decir, era de los previstos en el artículo 230 RCE que se dice infringido. Sin que exista razón alguna para que hubiera debido estarse a las reglas de la Ley del Suelo citadas por el recurrente como infringidas, ya que no se estaba frente a una valoración urbanística, sino ante una liquidación contractual por extinción y rescate de concesiones».

con beneficio con anterioridad al año respecto del que debe fijarse la indemnización. En este supuesto se trata de hallar los beneficios dejados de obtener en 2001 y 2002 y en 2004 y 2005. Sobre 2001 y 2002 se acude a los resultados de explotación en el último quinquenio, pero por referencia a los dos años en que consta que hubo beneficio (1999 y 2000), hallándose pues la media acto seguido, con lo cual esta cifra resultante de hacer la media de estos dos años es la que se corresponde con el beneficio dejado de percibir por cada uno de los dos años cuyo cálculo se precisa. Y respecto de hallar los beneficios dejados de obtener en los años 2004 y 2005: para ello se realiza la misma operación de considerar los cinco años anteriores y en concreto aquellos en que hubo actividad (1999, 2000 y 2003, ya que ya nos consta que durante los años 2001 y 2002 no hubo actividad). Se halla, pues, la media de estos tres años. Y esta cifra que resulta es la que ha de considerarse como beneficio industrial computable para los años 2004 y 2005. Sumando, pues, todas ellas (de los años 2001, 2002, 2004 y 2005) resulta la cifra final que ha de abonarse:

«De ahí que se juzgue por la Sala convincente el cálculo indemnizatorio que sugiere el letrado consistorial y en que se plasma su pretensión:

2. «Para hallar los beneficios dejados de obtener en 2001 y 2002, en estricta aplicación del art. 169.4, hemos de atender a:

“A los resultados de la explotación en el último quinquenio”: como solo hay dos ejercicios anteriores referidos a la explotación, hacemos la media:

$$18.024,94 \text{ €} + 36.049,89 \text{ €} = 54.074,84 / 2 \text{ ejercicios} = 27.037,42$$

“a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquélla, habida cuenta de su grado de amortización”.

De contrario no se hace referencia a los bienes de inversión, cuyo valor ha sido amortizado durante los ejercicios de inactividad 2001 y 2002, luego NADA HA DE INDEMNIZARSE, pues nada se ha probado. A mayor abundamiento, y en el colmo de la incoherencia ¿si no ha habido actividad cómo ha habido pérdidas? Es imposible que lo señalado resulte de la amortización de los bienes de inversión, luego no puede pretenderse que se le indemnice por unos gastos sin causa y que no tienen que ver con al actividad PUES HA ESTADO CERRADA.

Luego la indemnización correspondiente a 2001 y 2002 ascenderá a 27.037,42 por cada ejercicio.

2. Para hallar los beneficios dejados de obtener en 2004 y 2005, en estricta aplicación del art. 169.4, hemos de atender a:

“a los resultados de la explotación en el último quinquenio”: tenemos dos ejercicios de inactividad (2001 y 2002) y en el último quinquenio, 3 de actividad (1999, 2000 y 2003), así pues, hagamos la media: $18.024,94 \text{ €} + 36.049,89 \text{ €} + 43.339,58 = 97.414,84 / 3 \text{ ejercicios} = 32.471,61 \text{ €}$

“a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquélla, habida cuenta de su grado de amortización”.

De contrario no se hace referencia a los bienes de inversión (obras e instalaciones), cuyo valor ha sido amortizado durante los ejercicios de inactividad

2004 y 2005, luego NADA HA DE INDEMNIZARSE, pues nada se ha probado. A mayor abundamiento, y en el colmo de la incoherencia ¿si no ha habido actividad cómo ha habido pérdidas/gastos? Es imposible que lo señalado resulte de la amortización de los bienes de inversión, luego no puede pretenderse que se le indemnice por unos gastos sin causa y que no tienen que ver con la actividad PUES HA ESTADO CERRADA.

Luego la indemnización para 2004 y 2005 ascenderá a 32.471,61€

Atendiendo a lo anterior, si el beneficio dejado de obtener en el año 2001 ha sido de 27.037,42 €; en el año 2002 de 27.037,42 €; en el año 2004 de 32.471,61 €, y en el año 2005 de 32.471,61 €, más los intereses legales, resultan un total de beneficio dejado de obtener de 130.377,80 €.

Por consiguiente, se impone estimar el recurso en los términos de la pretensión subsidiaria del Ayuntamiento apelante»¹⁹.

¹⁹ Diferente es que el caso (y conviene tenerlo en cuenta) no se refiera a un rescate, sino a una indemnización por «modificación» del contrato (STSJ de Madrid de 2 de marzo de 2007), o a la indemnización tras la anulación judicial de una adjudicación estimando el recurso de un licitador que tiene mejor derecho (STSJ de Madrid de 25 de mayo de 2007, relativa a un contrato de gestión de servicios públicos; STSJ de Asturias de 25 de junio de 2008).

La STSJ de Madrid de 2 de marzo de 2007 interesa por las alusiones que hace al régimen indemnizatorio del rescate en relación con el caso del desistimiento y el de modificación del contrato: «el último concepto que reclama la empresa concesionaria del servicio suprimido es el lucro cesante, el beneficio esperado dejado de percibir por la mencionada supresión, citando en apoyo de esta tesis los artículos 167.c) y 169.4 del TRLCAP, entendiendo que la cantidad procedente es el 6% que como beneficio industrial fija la Ley citada para los supuestos de desistimiento en los contratos de obras. El Ayuntamiento de Coslada mantiene que las normas solo permiten al concesionario solicitar una indemnización por beneficio industrial dejado de percibir bien cuando se proceda al rescate del servicio, bien cuando se suprima éste. Es verdad que el artículo 163.2 del TRLCAP se limita a señalar que las modificaciones del contrato que afecten a su régimen financiero, darán derecho al contratista a una compensación que mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato, en tanto que el artículo 169.4 prevé una indemnización en los casos de rescate, supresión o imposibilidad de la prestación del servicio, consistente en los daños y perjuicios que se le irroguen, incluidos los beneficios futuros dejados de percibir, atendiendo a los resultados de la explotación en el último quinquenio, pero conviene reparar en que estos beneficios futuros son un concepto distinto del llamado beneficio industrial, pues este último es un porcentaje que se aplica con independencia de los resultados de la explotación, en tanto que los beneficios futuros a los que alude el artículo 169 son beneficios en sentido contable, es decir, la diferencia entre ingresos y gastos en un determinado período, de forma que si los primeros son mayores que los segundos existirán beneficios y si los segundos son mayores que los primeros habrá pérdidas. Esto sentado y considerando que conforme al artículo 127.2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales la Administración debe compensar económicamente al concesionario por razón de las modificaciones que ordene introducir en el servicio que incrementen los costes o disminuyan la retribución de aquel, y que el artículo 129.3 dispone que, en todo caso, la retribución prevista para el concesionario deberá ser calculada de modo que permita, mediante una buena y ordenada administración, amortizar durante el plazo de la concesión el coste del establecimiento del servicio y cubrir los gastos de explotación y un margen normal de beneficio industrial, permite considerar que en la compensación económica a favor del concesionario derivada de la modificación del contrato, entra el beneficio industrial reclamado por la recurrente en su demanda, por importe de 73.248,06 euros, por lo que no habiéndose discutido la forma de cálculo de dicho beneficio industrial, se está en el caso de reconocer el derecho de la apelante a que el Ayuntamiento de Coslada le abone en este concepto la cantidad referida».

Este criterio es el ajustado a la legislación contractual, debiéndose hallar los beneficios de los últimos cinco años de explotación; acto seguido la media de los mismos; y finalmente multiplicar esa cantidad por los años que restan hasta el vencimiento de la concesión. En la práctica las cifras resultantes pueden ser desproporcionadas planteándose el posible debate *lege ferenda* de limitar por ejemplo tales anualidades.

Por eso, interesa también en este contexto indemnizatorio la jurisprudencia que informa de otras posibles incidencias. Así, se descubre lo que podría llamarse «rescate con atenuante», como ocurre en el caso enjuiciado por la STSJ de Galicia de 30 de octubre de 2009, en el que se admite la vía del rescate pero *se atenúa la compensación* en atención a ciertos elementos que llevaban a identificar las consecuencias indemnizatorias en virtud de los criterios generales de compensación. En este caso el Tribunal veía algo constreñida su función jurisdiccional, considerando que el asunto se había planteado a través del Jurado de expropiación forzosa, cuya función no es obviamente dictaminar sobre la vía más adecuada de resolución, sino limitarse a determinar las indemnizaciones de los conceptos rescatados²⁰.

Lo interesante de esta STSJ de Galicia de 30 de octubre de 2009 es el hecho de que el «rescate» no lleva consigo aplicar la regla del artículo 169.4 del TRLCAP que afirma la necesidad de indemnizar por el lucro cesante conforme al criterio legal que recordamos [«en los supuestos de *las letras* b), c) y d) del artículo 167, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, la Administración indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que se le irroguen, incluidos los beneficios futuros que deje de percibir, atendiendo a los resultados de la explotación en el último quinquenio y a la pérdida del

²⁰ «Pero, en este caso concreto, esta argumentación no es aceptable para la solución de los problemas planteados, porque no se estaba ante un supuesto de normalidad en el ejercicio de la concesión con unos resultados económicos satisfactorios, al que se le hubiese puesto fin por causas de utilidad pública o interés social. En las contestaciones de la Abogacía del Estado y del Ayuntamiento se resalta el hecho verdaderamente trascendental de que el rescate de la concesión se produjo exclusivamente a causa de la reiterada infracción gravísima por parte de la empresa concesionaria de sus obligaciones esenciales en el mantenimiento de la concesión y en su uso adecuado, lo que es causa de caducidad de la misma con arreglo a lo previsto en el art. 136, y concordantes, del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, y se alega también que en los ejercicios económicos de 2001, 2002, y 2003, la empresa concesionaria no había desarrollado actividad económica alguna, con total paralización de la continuidad y regularidad de la prestación del servicio público que tenía encomendado, así como que en los años anteriores había tenido continuas pérdidas, con incidencia muy negativa en el desarrollo general de la concesión, cuyos fines estaban desde hacía tiempo gravemente comprometidos. Al tratarse, por tanto, de un supuesto de resolución justificada del contrato —en este caso concesión— en términos análogos a lo previsto en el art. 1124 del CC por incumplimiento de obligaciones recíprocas cuando uno de los contratantes no cumple las que a él le incumben, hay que interpretar que la intervención del Jurado, más que puramente expropiatoria, es más bien arbitral y a los efectos de fijar la indemnización que deba recibir la empresa concesionaria teniendo muy en cuenta todos los condicionantes ya dichos».

valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquélla, habida cuenta de su grado de amortización»] sino que, pese a hablar de rescate, se aplica solo el criterio genérico del artículo 169.1 del mismo TRLCAP («En los supuestos de resolución, la Administración abonará, en todo caso, al contratista el precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por éste, hayan de pasar a propiedad de aquélla, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión»). Tal como afirma la sentencia:

«Y sin que le deban ser aplicables las normas del rescate de una concesión en los supuestos ordinarios de los apartados b), c), y d) del art. 167, en relación con el art. 169.4, ambos de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas, con arreglo a las cuales la Administración habría de abonar al contratista las obras e instalaciones ejecutadas por este que hubieran de pasar a aquella e indemnizarlo de los daños y perjuicios que se le irrogasen, incluidos los beneficios futuros que deje de percibir atendiendo a los criterios que se señalan, pues, al tratarse de un claro caso de incumplimiento contractual por parte del contratista, es procedente también la aplicación de la norma del artículo 166 de la mencionada Ley²¹, que, en contrapartida, impone a este último también la obligación de abonar a la Administración los daños y perjuicios que efectivamente le haya producido en la prestación del servicio público de que se trate. De ello deduce correctamente el Abogado del Estado que el precepto en este caso aplicable, a efectos de lo que le corresponde al contratista como reparación, es el **artículo 169.1 ya dicho —y no el 169.4, que incluiría, este último, los beneficios futuros a los que se refiere— que solo prevé la obligación de que se le abonen el precio de las obras e instalaciones que hayan de pasar a aquella**, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión, lógicamente, de manera condicionada a que el contratista cumpliera con sus obligaciones, que ni siquiera era este el caso».

Este criterio nos llevaría a recordar las sentencias que otorgan al concesionario de obra pública el derecho al abono de la obra pese a que ha abandonado la ejecución del contrato, en virtud del enriquecimiento injusto pero evitando que el concesionario obtenga beneficios o lucro cesante (STS de 20 de diciembre de 1989 RJ 9220; STS de 23 de noviembre de 1987 RJ 9295; STS de 26 de enero de 1980 RJ 135; STS de 29 de julio de 1989 RJ 6161; SSTSJ de Murcia de 25 de octubre de 2004 y TSJ de Baleares de 30 de noviembre de 2010).

²¹ A cuyo tenor «si del incumplimiento por parte del contratista se derivase perturbación grave y no reparable por otros medios en el servicio público y la Administración no decidiese la resolución del contrato, podrá acordar la intervención del mismo hasta que aquélla desaparezca. En todo caso, el contratista deberá abonar a la Administración los daños y perjuicios que efectivamente le haya irrogado».

Lo que importa, a mi juicio, destacar es cómo puede exonerarse del cumplimiento de la regla del beneficio futuro en el contexto mismo de un rescate, cuando el rescate sea impuro por mediar otros factores (incluso incumplimientos, como podemos apreciar) en virtud de la citada sentencia de 30 de octubre de 2009:

«CUARTO: Esta última interpretación —por otro lado la más conforme con el principio de que todo incumplimiento contractual no puede significar ventaja alguna para la parte incumplidora— ha de servir para marcar las pautas del contenido indemnizatorio de lo que aquí se debate y para servir de corrección a la baja de lo previsto en el art. 41 de la Ley de Expropiación Forzosa respecto a la indemnización procedente en caso de expropiaciones de concesiones de servicios públicos en lo que se refiere a la valoración por la actora de esos pretendidos beneficios futuros. El Jurado se atuvo, en efecto, a ellas, y entendió que debía de actuar únicamente a efectos de fijar el valor de los bienes incautados, añadiendo que, como la declaración de caducidad (rescate de la concesión) lleva consigo la incautación de todos los bienes afectos a la misma sin excepción alguna, no puede excluirse del justiprecio lo que se demandaba por valor del mobiliario, ya que el Ayuntamiento no está facultado para elegir los bienes que incauta y los que deja a disposición del concesionario, ya que la norma impone la incautación de todos los bienes afectos a la explotación, aunque tampoco el Jurado aceptó la valoración, muy baja, presentada por el Ayuntamiento, sobre la base de que, para fijar el valor del activo material, no se podía partir del valor neto contable, sino de su valor real, que precisó después, con arreglo a las bases que explicó, en la valoración definitiva, que ahora impugna la empresa, por importe de 223.375,14 euros».

Por otro lado, es lógico que a un rescate pueda anteceder una situación de explotación deficitaria de la concesión. Para estos casos no está pensado el criterio indemnizatorio por lucro cesante del artículo 271.3 del TRLCSP 3/2011, al no haber *beneficios* de explotación durante el último quinquenio. De hecho, en la actualidad algunos rescates se plantean directamente obviando el lucro cesante y centrándose en abonar el valor de la obra sujeta a reversión anticipada. En estos supuestos la obra entonces se habrá financiado por el contratista y no por la Administración, a diferencia de lo que habría ocurrido si se hubiera acudido para la realización de las obras al contrato de obras y no al de concesión de obra pública. Es preciso fomentar la búsqueda de empresarios que, si realizan una obra pública en el marco de una concesión, sea porque la consideran viable y no para después solicitar compensaciones por parte de la Administración. Asimismo, el Ayuntamiento podrá invocar el principio de riesgo y ventura, con lo cual podrá no proceder el referido reequilibrio. Y si se pretende trasladar el riesgo a la Administración puede servir la siguiente doctrina: «el elemento fundamental configurador de nuestro actual sistema concesional lo constituye la necesidad de que el pago al concesionario se

produzca en función del uso real de la obra unido al riesgo que necesariamente debe asumir éste. Cuando no haya posibilidad de explotación de la obra se estaría excluyendo la asunción de riesgo por parte del concesionario, con lo que estaríamos ante un contrato de obra y no de concesión»²². Asimismo, «es evidente que si el reembolso de la financiación corriera a cargo del órgano de contratación, sin riesgos vinculados a la gestión de obras, *faltaría el elemento del riesgo, en cuyo caso no estaríamos ante una concesión sino ante un contrato de obras*»²³. También se ha afirmado que «por ello, el riesgo debe ser asumido por el concesionario; si por el contrario lo hicieran las Administraciones Públicas debería recalificarse el contrato. La Comisión llega a decir que lo determinante es la presencia de riesgo en la explotación. Sin este elemento no se puede hablar de concesión»²⁴, por referencia a la Comunicación interpretativa sobre las concesiones en el Derecho comunitario, n.º 2000/C 121/02, publicada en el DOCE de 29 de abril de 2000. Precizando esta afirmación se ha puesto de manifiesto que esta Comunicación, en su apartado 2.2, se basa en la STJUE de 26 de abril de 1994 asunto C-272/91, donde se dice «existe concesión cuando el operador asume el riesgo del servicio en cuestión (establecimiento del servicio y explotación del mismo), cobrando una parte significativa de remuneración al usuario»²⁵.

V. LA PRÁCTICA DEL RESCATE. PROCEDIMIENTO. LA TENSIÓN ENTRE EL RESCATE Y EL MUTUO ACUERDO. RÉGIMEN FISCAL. LAS FORMAS SOCIETARIAS. RESCATE O COMPRA DE LA SOCIEDAD CONCESIONARIA

En principio, nos parece claro el procedimiento a seguir, pese a la ausencia de regulación al respecto (a salvo de la mención genérica del artículo 211.3 del TRLCSP, antes 195.3 de la LCSP y 249.2 del TRLCAP, que se presenta como una regla elemental, pero poco informadora)²⁶.

Habrà un acuerdo inicial de incoación del rescate, una incorporación al expediente de informes técnicos y jurídicos que acrediten el supuesto de la resolución contractual y adecuación a la legalidad del mismo con incorporación de las medidas o pruebas necesarias llamadas a resolver el expediente;

²² F. J. DE ANDRÉS GUIJARRO/A. HERRERO PRIETO, «El contrato de concesión de obra pública»; Revista Jurídica de Castilla y León, mayo, 2004, p. 92.

²³ A. REBOLLO RICO, en VV AA, Comentarios a la nueva ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, Madrid, 2003, p. 220.

²⁴ F. SANZ GANDASEGUI, en VV AA, Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, Madrid, 2003, pp. 90 y ss.

²⁵ A. EMBID IRUJO/E. COLOM PIAZUELO, Comentarios a la Ley reguladora del contrato de concesión de obras públicas, Pamplona, 2003, p. 70 y nota a p. 40.

²⁶ J. GIEURE LE CARESSANT, en VV AA, Teoría y práctica para la gestión de los servicios locales, Madrid, 2010, pp. 573 y 574.

acto seguido una audiencia del contratista en el plazo de 10 días²⁷ (en caso de oposición del contratista, Informe del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma²⁸; y finalmente una resolución del contrato por rescate que producirá, junto a estos efectos de resolver el contrato, el transferimiento de las instalaciones a la Administración, la obligación del concedente de indemnizar al concesionario y la facultad de la Administración de organizar el servicio (al margen siempre, obviamente, de su supresión, ya que el rescate requiere continuidad del mismo).

Evidentemente, el rescate habrá de servir al interés público (dicho sea en relación con la fase referida de informes y motivación del rescate). La doctrina clásica no incidía en exceso en esta justificación. En el fondo, se piensa que el modo de frenar un posible abuso en el ejercicio de una potestad tan abierta de rescate está en la necesidad que conlleva aquél de compensar suficientemente al contratista, como hecho que llevará a la Administración a decretar esta excepcional medida solo en casos que conlleven esta necesidad. No obstante esto, los tiempos actuales son exigentes en relación con la motivación por interés público. Y además, como ya nos consta, no puede esperarse que siempre la penalización de la compensación que supone un rescate ha de ser el freno real para su determinación. Más bien, la justificación en función de la situación de facto revelará la bondad del rescate.

Tal como por ejemplo ilustra la STSJ de Galicia de 5 noviembre de 2008²⁹ el interés público puede revelarse ante una situación de quebranto económico a la que es preciso poner fin, o que lleva a la inviabilidad de la explotación. Se precisa evidentemente acreditarlo oportunamente mediante los Informes que correspondan: «el propio abogado del Estado, en su contestación a la demanda, dice que la resolución de los contratos está fundada... en sólidas razones de interés público que se cifran en un cuantiosísimo perjuicio económico para el erario público». También si interesa lo contrario, es decir, desvirtuar la realidad del interés público, habrá que apoyarse en Informes contradictorios.

Nos consta que el rescate es una declaración *unilateral* del órgano contratante (art. 269 del TRLCSP 3/2011). La regla de la unilateralidad se entiende en el sentido de que «nunca es *necesaria* ni la conformidad de la otra parte ni la resolución judicial. La Administración actúa, como afirma Fleiner, en el ejercicio de una potestad que le es propia. Ello sitúa la institución que examinamos

²⁷ STS de 21 de julio de 2000. Se anula la resolución (del contrato por caducidad) si no se notifica y por tanto no ha habido audiencia al contratista (STSJ de Cataluña de 6 de abril de 1999). Pese a que no se invalida el acto si el contratista alega en reposición: SSTs 18 de mayo 2004; de 17 de mayo 2004.

²⁸ STS de 29 de diciembre de 2003, donde se anula un rescate por no haberlo solicitado dicho Dictamen; puede verse también la STS de 12 de diciembre 2008; y Revista de contratación administrativa y de los contratistas, n.º 84, 2009, pp. 33 y ss.

²⁹ Se trata de un caso de desistimiento por la Administración de un contrato pero con doctrina perfectamente extrapolable a los rescates.

en aquella amplia categoría de los denominados derechos potestativos (...), configurándose por esta doctrina como una decisión inherente o «esencial» al servicio público y «discrecional», es decir, «no condicionada a ninguna circunstancia específica», lo que lleva a poner el límite en la necesidad de que esta libertad de la Administración no conduzca a aprovechar esta potestad a fin de desposeer al contratista sin permitirle obtener los provechos derivados de su iniciativa. Esta doctrina quiere dejar clara la innecesariedad del acuerdo de voluntades, con lo que el rescate se distancia de la compraventa civil, pese a reconocerse que, tras la declaración del rescate, se impone la compra por un precio, con lo cual no se ignora la posibilidad del común acuerdo, pese a que no forzosamente ha de producirse éste. Se nos dice, en todo caso, que el rescate no puede estar condicionado a un previo acuerdo entre las partes³⁰. Y esto es claro que es así. Pero el problema (no analizado comúnmente) puede no ser éste, sino el resultante de un rescate cuya consecuencia indemnizatoria pueda preocupar a la Corporación. Es claro que el trámite de audiencia al contratista no significa más que una simple opción de conformidad con el rescate *iniciado*. Ante la incertidumbre que puede suponer en resultado económico que puede conllevar el rescate (máxime tras conocer la jurisprudencia existente) se entiende la oportunidad del **mutuo acuerdo**. Pero se plantea si (aparte del mutuo acuerdo) puede haber en el propio rescate algún margen para contar con la disposición del contratista (en cuanto a la consecuencia indemnizatoria del rescate) antes del inicio de éste, o si este supuesto ha de encajar forzosa y necesariamente en el mutuo acuerdo.

La cuestión fiscal es otro problema a considerar. Desde el punto de vista de la fiscalidad, un primer supuesto que nos podemos encontrar a la hora de plantearnos un rescate de la concesión o una resolución por mutuo acuerdo sería que la obra ejecutada sea entregada en concepto de **primera transmisión** a la Administración a cambio de una indemnización, de modo que, por tratarse de una entrega de bienes que realiza el concesionario a la Administración, la operación quedará sujeta al Impuesto del Valor Añadido, constituyendo tal indemnización la base imponible sujeta al IVA del 18%. Y se considera *entrega de bienes* en el sentido de la legislación del citado Impuesto y de las directivas comunitarias, de acuerdo con la fundamental consulta V2840-09 de 29 de diciembre de 2009, de la SG de Impuestos sobre el consumo, al corresponderle a la Administración la totalidad de las facultades económicas derivadas de dichos bienes, ello sin perjuicio de que la titularidad jurídica de dichos bienes corresponda al Ente concedente en tanto que bienes demaniales afectos a un servicio o a una utilidad pública.

A pesar de lo que pueda parecer *a priori*, no resulta tan fácil saber si se trata de una primera transmisión o no. En todo caso, para determinar si se trata de una primera entrega de bienes o no, se recogen ciertos criterios que habría

³⁰ F. ALBI en su conocido Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones locales, Madrid, 1960, pp. 656, 658 y 665.

que tener en cuenta en el propio artículo 20.1.22 de la Ley del IVA, el cual señala:

«A los efectos de lo dispuesto en esta Ley, se considerará primera entrega la realizada por el promotor que tenga por objeto una edificación cuya construcción o rehabilitación esté terminada. No obstante, no tendrá la consideración de primera entrega la realizada por el promotor después de la utilización ininterrumpida del inmueble por un plazo igual o superior a dos años por su propietario o por titulares de derechos reales de goce o disfrute o en virtud de contratos de arrendamiento sin opción de compra, salvo que el adquirente sea quien utilizó la edificación durante el referido plazo. No se computarán a estos efectos los períodos de utilización de edificaciones por los adquirentes de los mismos en los casos de resolución de las operaciones en cuya virtud se efectuaron las correspondientes transmisiones».

Los órganos jurisdiccionales se han enfrentado a casos en los que ha tenido que dilucidar si es primera o segunda transmisión. Así la STS de 5 de octubre de 2005³¹.

Otro aspecto fiscal que conviene no olvidar es que no habrá que liquidar el impuesto autonómico de Actos Jurídicos Documentados, dado que las Administraciones Públicas están exentas del ITPyAJD en virtud del artículo 45.I.a) del *Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*.

Un segundo escenario se plantearía si el rescate o resolución de mutuo acuerdo constituyese una «segunda o ulterior entrega de edificaciones, incluidos los terrenos en que se hallen enclavadas, cuando tengan lugar después de terminada su construcción o rehabilitación» del artículo 20.1.22 de la Ley del IVA, pues en este caso la operación estará exenta de IVA. Este supuesto sería fiscalmente muy beneficioso para la Administración, dado que las Administraciones Públicas están exentas del ITPyAJD, como acabamos de indicar.

Pero la exención del artículo 20.1.22 de la Ley del IVA podrá ser objeto de renuncia por el sujeto pasivo, en la forma y con los requisitos que se determinen

³¹ «(...) El art. 20.1.22.º, que regula las exenciones en operaciones interiores, distingue entre primera y segundas o ulteriores entregas de edificaciones, no teniendo la consideración de primera entrega la realizada por el promotor después de la utilización ininterrumpida del inmueble por un plazo igual o superior a dos años por su propietario o por titulares de derechos reales de goce o disfrute o en virtud de contratos de arrendamiento sin opción de compra. En el caso que nos ocupa —dice la sentencia impugnada—, la transmisión de la mayor parte del inmueble se considera primera entrega, cuestión que nadie ha puesto en entredicho, y por tanto está sujeta y no exenta de IVA. El resto del edificio (16,3%) se considera segunda entrega, al haber estado cedido en arrendamiento por plazo superior a dos años. Esta segunda entrega está sujeta pero exenta de IVA y, en consecuencia, sujeta a Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, salvo que el sujeto pasivo renuncia a la exención en las circunstancias y con las condiciones recogidas en el art. 20.2 de la Ley [art. 4.4.a) de la Ley del IVA]».

reglamentariamente, cuando el adquirente sea un sujeto pasivo que actúe en el ejercicio de sus actividades empresariales o profesionales y, en función de su destino previsible, tenga derecho a la deducción total del Impuesto soportado por las correspondientes adquisiciones. Es decir, que en caso de renuncia a la citada exención, la operación quedaría sujeta a IVA.

Pero para que tal renuncia sea efectiva, han de cumplirse ciertos requisitos indicados en el artículo 8 del Reglamento del IVA (Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre):

- a) La renuncia ha de practicarse por cada operación realizada por el sujeto pasivo del IVA en el marco de su actividad empresarial o profesional y debe justificarse con una declaración suscrita por el adquirente en la que éste haga constar su condición de sujeto pasivo del IVA con derecho a la deducción total del Impuesto soportado por las adquisiciones de los correspondientes bienes inmuebles.
- b) Que el adquirente declare por escrito al transmitente su condición de sujeto con derecho a la deducción total del IVA soportado por la adquisición del inmueble.
- c) Que el transmitente comunique fehacientemente al adquirente la renuncia con carácter previo o simultáneo a la entrega de los correspondientes bienes.

Los tribunales indican que si no se cumplen los citados requisitos no se produce la renuncia a la exención, no cabiendo, en ningún caso, la renuncia posterior. Así, por todas, STS de 9 de noviembre de 2004:

«En cuanto a la virtualidad de la posible “renuncia a la citada exención”, la solución arbitrada por la sentencia de instancia es, como en ella se ha razonado, la jurídicamente correcta, pues el artículo 8.1 del RD 1624/1992, perfectamente habilitado (sin exceso alguno perceptible en lo esencial respecto al artículo 20.Uno.20 de la Ley 37/1992), EXIGE, como garantía de los derechos e intereses de todas las partes afectadas, QUE la renuncia deba comunicarse fehacientemente al adquirente, con carácter previo o simultáneo a la entrega de los terrenos (circunstancia no concurrente el presente caso, en cuanto tuvo que otorgarse una escritura pública posterior para intentar subsanar tal omisión formal —circunstancia, y acto propio, que demuestra que los interesados no concedían al dato de aparecer en la escritura de compraventa que “el transmitente había recibido una suma de dinero en concepto de IVA” el valor de una renuncia tácita o implícita de la exención de dicho Impuesto—), y, ADEMÁS, QUE, en todo caso, la renuncia, que se practicará por cada operación realizada por el sujeto pasivo, se justifique con una declaración suscrita por el adquirente, en la que éste haga constar su condición de sujeto pasivo con derecho a la deducción total de IVA soportado por las adquisiciones de los correspondientes bienes (declaración que, lógicamente, tiene que ser, asimismo, coetánea a la comunicación fehaciente

de la renuncia). Y es que, en definitiva, se ha querido revestir a la renuncia de un carácter formalista que condiciona esencialmente su validez».

Por su parte, la STS de 5 de octubre de 2005 nos aclara la naturaleza de tal renuncia:

«En el presente caso, se observa que existen sendos documentos, de fecha 23 y 24 marzo 1994, firmados por el representante de la sociedad por poder (p.p) y anteriores a la entrega del bien, en los que las partes se comunican la voluntad de renuncia y el cumplimiento de los condicionantes para la misma, siendo esta comunicación fehaciente y por escrito como requiere la normativa y sin que sea necesario presentar ninguna declaración suscrita por la entidad adquirente ante la Delegación o Administración de Hacienda de la AEAT de su domicilio fiscal. La renuncia a la exención se concibe por la normativa del IVA como un acto inter-partes, expreso y con comunicación por escrito de ciertas circunstancias, requisitos todos que se cumplen en el presente caso, por lo que es válida la renuncia a la exención del IVA efectuada, quedando la operación gravada, en consecuencia, por este impuesto, con exclusión del de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados³²».

Una tercera posibilidad sería que se entendiese que con el rescate o resolución de mutuo acuerdo se está realizando la transmisión de una unidad económica autónoma capaz de desarrollar una actividad empresarial o profesional por su propios medios del artículo 7.1.º de la misma Ley, ya que en este caso ha de hablarse de no sujeción al IVA. Igualmente que en segundo escenario contemplado, este caso sería fiscalmente muy beneficioso para la Administración, dado que las Administraciones Públicas están exentas del ITPyAJD.

Pero la no sujeción del artículo 7.1.º de la Ley del IVA quedará excluida (y por tanto la operación quedará sujeta a IVA) cuando no exista traspaso de una estructura organizativa que permita hablar de verdadera transmisión de una unidad económica autónoma, sino que se está más bien ante una cesión de bienes.

³² Asimismo, la STSJ de Castilla-La Mancha n.º 308, de 26 de junio de 2007 Recurso n.º 403/04, pone de manifiesto la finalidad de la citada renuncia a la exención:

«Como se indica por copiosa doctrina, con la posibilidad de renunciar a estas exenciones en el IVA se persigue evitar la extensión desmesurada de la aplicación de la regla de prorata y también el incremento del precio final de los productos. Además, en la medida en que se permite la deducción de las cuotas de IVA soportadas, cosa que no sucede con el ITP, se sirve a uno de los principios básicos del tributo cual es el de la neutralidad».

En este caso, al igual que en el supuesto anterior (primer escenario contemplado de sujeción de la operación a IVA), el IVA soportado podría llegar a ser deducible por la Administración si llevara a cabo una explotación futura del servicio objeto de concesión, de modo que podrá repercutir IVA por los servicios al tratarse del ejercicio de una actividad empresarial en virtud del artículo 4 y 5 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.

Se plantea, por otra parte, la **posibilidad de crear una sociedad mercantil pública** en las operaciones de rescate o de mutuo acuerdo en el marco de la resolución contractual con el concesionario. Relacionando la resolución por rescate o mutuo acuerdo con las formas societarias surgen posibles algunas ventajas de hacer uso de estas opciones, tanto presupuestarias como de gestión, en el contexto de la gestión de la obra pública llamada a ser rescatada por el Ayuntamiento, y fiscalmente acabamos de hacer referencia al régimen aplicable que puede ser también ventajoso.

En definitiva, la cuestión sería en estos casos la de crear una sociedad, en el marco de la operación de la resolución contractual con el concesionario, a fin de que dicha sociedad municipal adquiriese la explotación del servicio. En consecuencia, desaparecería la empresa concesionaria de la explotación del servicio, previo rescate o previa resolución por mutuo acuerdo, pasando a ser la sociedad pública municipal la gestora del servicio o de la explotación de la obra. La propia sociedad, además de realizar esta función de explotación o gestión, podría verse involucrada en la propia realización u operación de resolución del contrato y adquisición de los bienes. Desde luego, este tipo de planteamientos pueden merecer un mayor análisis en función del caso concreto planteado, pero nos parece interesante al menos debatir este tipo de opciones, estudiando seguidamente el régimen jurídico previsto para la constitución de este tipo de sociedades y su funcionamiento elemental. También incidiremos en la posibilidad misma, en este contexto, de la municipalización en el sentido de justificar la posible aplicación de esta figura para sustituir la posición del contratista por la de una forma de gestión directa o indirecta municipal en el marco de dicha municipalización. Mediante la creación de la sociedad pública se articularía una resolución contractual en el marco de un rescate o mutuo acuerdo. Mediante la municipalización, más bien, se impondría *ab initio* dicha resolución y desaparición de la concesionaria.

Para la determinación del procedimiento es preciso partir del TR aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril. En todo caso se requiere utilidad pública y desarrollarse la actividad en beneficio de los habitantes y dentro del término municipal para poder ejercer la actividad económica aunque sea en régimen de libre concurrencia (art. 96 del TR)³³. El *procedimiento en general* para el ejercicio de «actividades económicas» por las Entidades locales es:

- a) Acuerdo inicial de la Corporación, previa designación de una Comisión de estudio compuesta por miembros de la misma y por personal técnico.
- b) Redacción por dicha Comisión de una memoria relativa a los aspectos social, jurídico, técnico y financiero de la actividad económica de que se trate,

³³ Véase, sobre este tipo de requisitos, la STS de 21 de octubre 1988 y la STSJ de la Comunidad Valenciana de 18 de mayo de 2009 por referencia a una sociedad municipal urbanística regulada por el RD 133/1978.

en la que deberá determinarse la forma de gestión, entre las previstas por la Ley, y los casos en que debe cesar la prestación de la actividad. Asimismo, deberá acompañarse un proyecto de precios del servicio, para cuya fijación se tendrá en cuenta que es lícita la obtención de beneficios aplicable a las necesidades generales de la Entidad local como ingreso de su presupuesto, sin perjuicio de la constitución de fondos de reserva y amortizaciones.

- c) Exposición pública de la memoria después de ser tomada en consideración por la Corporación, y por plazo no inferior a treinta días naturales, durante los cuales podrán formular observaciones los particulares y entidades, y
- d) Aprobación del proyecto por el Pleno de la Entidad local³⁴.

Diríamos que este es el procedimiento general para el desarrollo de cualquier actividad económica de la entidad local. Pero, al mismo tiempo, respetando las disposiciones concretas para el caso de monopolio y rescate (arts. 97.2³⁵ y 98 y 99), gestión directa con personal propio (art. 100), o con organización especializada (arts. 101 y 102), o por creación de sociedades (art. 103), gestión indirecta (art. 104) etc.

Que es el procedimiento general que ha de seguirse para actividades económicas o de servicio público lo dejan claro asimismo los tribunales, así, la STSJ del País Vasco de 26 de diciembre de 2003 cuando, en un caso relativo a un servicio de una Corporación local por gestión directa mediante sociedad municipal, anula un acuerdo de Pleno de resolución de una concesión y delegación del servicio a una sociedad municipal de capital íntegramente público, porque se ha prescindido del procedimiento y tramitación de expediente previo, siendo éste un presupuesto procedimental esencial para la legitimación de la inmisión del poder público en la actividad económica privada:

«Como se deduce de los anteriores fundamentos de derecho, *la creación de una empresa municipal no puede hacerse, conforme al artículo 86.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, sin un expediente previo para acreditar la oportunidad y conveniencia de la medida*. Este requisito aparece justificado por el carácter excepcional que, desde el punto de vista de los principios de libre empresa y libertad de mercado (art. 38 de la Constitución) reviste

³⁴ Sobre este procedimiento puede profundizarse consultando la STSJ de Andalucía (Granada) de 25 de febrero de 2002.

³⁵ En efecto, «para la ejecución efectiva en régimen de monopolio de las actividades reservadas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, se requerirá el cumplimiento de los trámites previstos en el número anterior referidos a la conveniencia del régimen de monopolio, si bien el acuerdo a que se refiere su apartado d) deberá ser optado por mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación». «Recaído acuerdo de la Corporación, se elevará el expediente completo al órgano competente de la Comunidad Autónoma. El Consejo de Gobierno de ésta deberá resolver sobre su aprobación en el plazo de tres meses. Si se solicitase dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo superior del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, donde existiese, no se computará el tiempo invertido en evacuar la consulta» (art. 97.2 y 3 del TR 781/1986).

la intervención pública en la actividad económica (art. 128 de la Constitución). La existencia de ésta no resulta afectada por el hecho de que la actividad económica de que se trate se haya reservado al poder público como servicio esencial en régimen de monopolio (art. 128.2, inciso segundo, de la Constitución), en contra de lo que sostiene la parte demandada y hoy recurrente. El sometimiento al Derecho mercantil de una actividad de carácter económico, con la consiguiente huida de las limitaciones que impone el Derecho administrativo a la actividad de los poderes públicos, comporta por sí una intervención de aquella naturaleza.

En el caso examinado, como afirma la sentencia recurrida sin oposición de la parte hoy recurrente, el expediente cuya tramitación exige la Ley no ha existido, como expresamente reconoce el Ayuntamiento. La naturaleza y la finalidad de dicho expediente lo convierten en presupuesto procedimental esencial para legitimar la inmisión del poder público en la actividad económica privada, tal como aparece configurado en la Ley de acuerdo con los principios constitucionales. Por ello, aun sin compartir sus razonamientos, debemos estar conformes con la conclusión de la sentencia recurrida en el sentido de que la ausencia de expediente previo implica la nulidad de pleno derecho a que se refiere el artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992.

También en el caso examinado queda acreditado que no se han respetado los trámites esenciales impuestos en el artículo 97 del TRDLVRL, que, repetimos, adquieren cariz fundamental. Procede, igualmente, declarar la nulidad del Acuerdo de constitución, bien entendido que la proclamación jurisdiccional de esta nulidad no prejuzga, ni excluye, ni la legalidad, ni la legitimidad de las medidas que el Ayuntamiento demandado entienda oportuno adoptar de cara a la intervención en el sector de los servicios funerarios, inclusive, claro está, la de subsanar la falta de los requisitos procedimentales soslayados».

En efecto, según el artículo 86 de la LBRL 7/1985, de 2 de abril, incide en la libre iniciativa pública local *mediante expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida* y la aprobación definitiva corresponderá al Pleno de la Corporación cuando el ejercicio de la actividad se haga en régimen de libre concurrencia. Acto seguido el párrafo tercero de este precepto prevé la conocida reserva en favor de las entidades locales de las actividades o servicios esenciales mencionados: «abastecimiento y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos; suministro de calefacción; mataderos, mercados y lonjas centrales; transporte público de viajeros. El Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer, mediante Ley, idéntica reserva para otras actividades y servicios»³⁶.

³⁶ Asimismo «la efectiva ejecución de estas actividades en régimen de monopolio requiere, además de lo dispuesto en el número 2 de este artículo, la aprobación por el órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma». Por su parte el artículo 85 prevé las formas de gestión directa (contem-

En el RSCL (arts. 45 y ss.) se regula la municipalización imponiendo una serie de pautas de actuación a la Administración local: tiene que revelarse su ventaja respecto de la iniciativa particular y la gestión indirecta (art. 45.2 del RSCL). Los servicios han de tener naturaleza mercantil y ser de utilidad pública (art. 46.1 del RSCL). En caso de municipalización se asume en todo o en parte el riesgo de la empresa (art. 45.1 del RSCL) y se impone en la práctica el seguimiento de las reglas procedimentales sobre municipalización de los artículos 56 y ss. del RSCL para la creación de la sociedad pública municipal, en esencia, la designación de una Comisión especial (art. 56 del RSCL) cuya finalidad es la redacción de una Memoria comprensiva de las ventajas de tipo social, así como contener aspectos jurídicos, técnicos y financieros (arts. 58 a 62 del RSCL), con exposición al público por plazo no inferior a treinta días. Es claro que esta regulación puede conectar con la regulación de la gestión directa prevista en los artículos 67 y ss. del RSCL. «Los servicios municipalizados o provincializados en régimen de gestión directa con órgano especial estarán a cargo de un consejo de administración y de un gerente» (art. 71 del RSCL). La gestión directa de los servicios económicos podrá serlo en régimen de empresa privada, que adoptará la forma de responsabilidad limitada o de sociedad anónima, y se constituirá y actuará con sujeción a las normas legales que regulen dichas compañías mercantiles, sin perjuicio de las adaptaciones previstas por este reglamento (art. 89 del RSCL).

En la práctica a veces se utiliza el término «municipalización» (en el ámbito local) para definir el fenómeno general de creación de sociedades municipales en cuestión³⁷. Pero la municipalización no se corresponde necesariamente con la simple intervención económica local. En suma, como dice la STSJ de Castilla y León de 5 de junio de 2001 la municipalización de servicios «supone asumir un servicio o actividad»³⁸.

En todo caso, la intervención pública económica y en particular la municipalización de servicio ha de seguir el procedimiento legalmente establecido incurriéndose de lo contrario en nulidad: STS de 21 julio 1987; STSJ de Canarias, Las Palmas, de 23 de febrero de 2001; STSJ de Galicia de 20 de junio de 2003; STSJ de Cataluña de 28 de diciembre de 2007, anulando la municipalización por no estar bien constituida la Comisión de Estudio al faltar representación de los usuarios, ya que la normativa de esa Comunidad Autónoma así lo prevé, con retroacción de actuaciones al momento de su constitución.

Un ejemplo de municipalización en un contexto de gestión directa y sujeción de la actividad privada existente se recoge en la STS de 21 julio 1987,

plando la sociedad mercantil de capital de titularidad pública y la entidad pública empresarial) o indirecta.

³⁷ Puede verse AVS, PROMOTORES PÚBLICOS DE VIVIENDA Y SUELO, Boletín Informativo, n.º 86, julio, 2006, pp. 24 y ss.

³⁸ Véase J. M. CARBONERO GALLARDO (Dirección y coordinación), Teoría y práctica para la gestión de los servicios locales, Madrid, 2010.

donde la «municipalización» se refiere a un servicio en relación con el cual se dispone el cese escalonadamente de la prestación que vienen realizando las empresas (en este caso concesionarias de líneas periféricas de transporte).

Asimismo puede citarse el ejemplo de la STS de 31 mayo 1991.

En cambio, un ejemplo de municipalización que no implica la asunción por gestión directa de la actividad, ya que se anuda a una concesión, es el de la STS 21 diciembre 2000. La asunción del servicio de aguas se considera municipalización pero, si se quiere gestionar mediante concesión, han de seguirse dos expedientes (uno de municipalización y otro de adjudicación contractual), sin poderse obviar este último (y por tanto la sujeción a los principios de publicidad, concurrencia y vinculación a la mejor oferta de la legislación contractual pública). Por otro lado, se confirma el régimen legal según el cual cuando la actividad económica se preste en régimen de libre concurrencia solo se exige la aprobación por el pleno de la Corporación local contratante, mientras que si es en régimen de monopolio se exige la aprobación por el órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma respectiva. Así pues, en estos casos de reserva monopolística sobre actividades y servicios esenciales (como es el abastecimiento de aguas, amparándose la iuspublicación local en el artículo 86 de la LBRL) y simultáneamente su gestión indirecta, debe posponerse la adjudicación del contrato para esa gestión indirecta del servicio monopolizado, al acto de aprobación del establecimiento del régimen de monopolio ya que en caso contrario se vulneraría la garantía de la libre concurrencia.

Profundizando en otra ventaja, en este contexto, de las sociedades públicas municipales, es sabido que éstas se registrarán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado³⁹, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación, debiendo adoptar la sociedad una de las formas de sociedad mercantil de responsabilidad limitada, y en la escritura de constitución constará el capital, que deberá ser aportado íntegramente por la entidad local o un ente público de la misma (artículo 85 *ter* de la LBRL).

Este tipo de sociedades cuentan con ventajas desde el punto de vista presupuestario. Es decir, no se someten al régimen presupuestario, pues actúan sin intervención previa y sin el sometimiento, como cualquier sociedad

³⁹ Recordemos con la STSJ de Andalucía (Granada) de 25 de febrero de 2002 que «si, como hemos declarado, la sociedad anónima municipal debe someterse en cuanto a procedimiento y adopción de acuerdos de la Junta General al Derecho Administrativo local, será competente la jurisdicción Contencioso-Administrativa cuando se enjuicien, como actos separables, actuaciones —expresas o tácitas— de los órganos societarios que se refieran a los extremos antes señalados. Por idéntica razón, estarán legitimados para impugnar los acuerdos societarios, ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa, todos los que tengan interés legítimo, en este caso los miembros del Comité de empresa de “...”».

mercantil, al régimen de auditorías⁴⁰. Por ello, no se considera la intervención municipal como órgano de las mismas. No obstante, la Ley de Haciendas Locales (Real Decreto Legislativo 2/2004) y el Real Decreto 500/1990 hacen referencia a que tanto en el presupuesto como en la cuenta general del Ayuntamiento se incluirán los estados de ingresos y gastos y cuentas de estas sociedades, integrándose sus elementos contables y de previsión de gastos en la contabilidad y presupuestos municipales (artículo 164 del Texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales⁴¹). Posteriormente la fiscalización externa de las cuentas y de la gestión económica de las Entidades Locales y sus sociedades dependientes es función propia del Tribunal de Cuentas. Así pues, si bien la actuación de la empresa pública no se encuentra sometida al régimen de intervención previa por el interventor de la Corporación municipal (ya que se sigue el criterio de posterior de revisión mediante el régimen de auditoría) la intervención municipal deberá realizar un control de financiero y de eficacia, con carácter posterior, fundamentalmente cuando se liquide el presupuesto debido a que las cuentas de las sociedades forman parte de la cuenta general y se incluirán sus previsiones de ingresos y gastos en los presupuestos del siguiente año. Para ello puede servir el informe de los auditores o puede realizar los estudios y análisis que tenga por convenientes, de acuerdo con los artículos 220 y 221 del TRLHL⁴².

⁴⁰ El artículo 203 de la Ley de Sociedades anónimas, establece que las cuentas anuales y el informe de gestión deberán ser revisados por auditores de cuentas. Estos auditores de cuentas han de ser nombrados por la Junta General antes de que finalice el ejercicio a auditar. Esta comprobación se plasmará en un informe detallado.

⁴¹ «1. Las Entidades locales elaborarán y aprobarán anualmente un Presupuesto General en el que se integrarán: El Presupuesto de la propia Entidad. Los de los Organismos Autónomos dependientes de la misma. Los estados de previsión de gastos e ingresos de las Sociedades Mercantiles cuyo capital social pertenezca íntegramente a la Entidad local». Por otro lado, el artículo 111 del Decreto 500/1990 establece que antes del 15 de septiembre de cada año, las sociedades deben remitir sus previsiones de ingresos y gastos al Ayuntamiento. Y el artículo 209 del TRLHL indica que «la Cuenta General que estará integrada por: La de la propia Entidad. La de los Organismos Autónomos. Las de las Sociedades Mercantiles de capital íntegramente propiedad de las mismas».

⁴² AVS, PROMOTORES PÚBLICOS DE VIVIENDA Y SUELO, Boletín Informativo, n.º 86, julio, 2006, pp. 84 y ss.: «Independientemente de ello el procedimiento mercantil de aprobación de las cuentas es el siguiente: Durante el primer trimestre del año, las cuentas deberán ser formuladas por el Consejo de Administración. Se produce mediante acuerdo, debiendo ser firmadas por los distintos consejeros. Una vez formuladas, deberán ser verificadas por los auditores de cuentas. Por último, antes del 30 de junio, es decir, dentro del primer semestre del año, deberán ser elevadas para su aprobación, junto al informe de los auditores, al pleno del Ayuntamiento en función de Junta General. Tras su aprobación serán remitidas al registro mercantil para su verificación y depósito al registro Mercantil. Dentro de la cuenta general de la Corporación Municipal, se rendirán las cuentas, una vez aprobadas, al Tribunal de Cuentas, antes del día 15 de octubre de cada año». En los Estatutos de la sociedad se hará constar las denominación, objeto, duración y domicilio de la misma, así como el capital y las participaciones sociales y los órganos sociales (Junta General, Consejo de Administración, Presidente, Vicepresidente y Secretario y Gerente) y el régimen financiero, ejercicio social y cuentas anuales.

Pese a estas ventajas, la falta de arraigo en la práctica de la creación de sociedades en el contexto de la resolución de contratos por rescate, lleva a plantear también ciertos riesgos en cuanto a la articulación de la forma societaria y el ejercicio de las potestades públicas, riesgos seguramente salvables, pero que requieren un esfuerzo añadido argumental en torno a la determinación de aquello que es el posible radio de actuación de una sociedad (en el contexto de un rescate) y aquello que ha de reservarse al puro ámbito de decisión de la Administración pública local.