

María
Teresa
Carballeira
Rivera

Profesora de dereito
administrativo
Universidade de
Santiago de Compostela

A concesión de servicios públicos locais

Presentada nas Xornadas sobre xestión de servizos locais,
Lugo, 22 e 23 de setembro de 1992.

1. Concepto de servizo público

Cada vez que falamos de concesión de servizos estamos a facelo igualmente da noción de servizo público. Ámbolos dous conceptos permaneceron ó longo da nosa tradición xurídica indefectiblemente unidos de xeito que a extensión do campo de acción da relación xurídica que imos estudar garda relación directa coa maior ou menor elasticidade da noción de servizo público que se teña en cada tempo e lugar. É este feito o que nos anima a comeza-la exposición do tema xustamente polo obxecto do instituto concesionario, xa que a través da súa análise e da definición das súas notas esenciais conseguimos igualmente fixa-las coordenadas da prestación do servizo a través deste modo de xestión.

Á primeira ollada parece fácil pensar nas actividades de servizo público e na súa identificación, xa que comunmente adoitamos coller como exemplos deste tipo de actuación administrativa a actividade prestacional ou asistencial (sanidade, beneficencia, ...). Sen embargo, cando nos situamos diante doutro tipo de actividades de carácter económico, o concepto e, con el, a teoría do servizo público comezan a crebar (caso de monopolios, empresas financeiras locais, ...). Por estas razóns, o xurista ten que preguntarse cando estamos diante dunha actividade de servizo público e cando non. Ou ben, ¿por que determinadas actividades se consideran servizo público e outras, sen embargo, escapan a esta conceptualización?. Mais, aínda dentro destes presupostos, importa saber cales teñen que se-las características que definen un servizo público (titularidade, interese xeral, xestión pública, réxime xurídico público, etc.). Ou se se quere, ¿por que se declara unha determinada actividade como servizo público, e outras non?.

Para responder a estas e outras cuestións creouse unha teoría doutrinal que ten os seus comezos no Dereito francés de finais do século XIX, concretamente nos desenvolvementos xurisprudenciais do "Consello de Estado francés" e o "Tribunal de Conflictos". Tamén na doutrina do chamado por MARTÍN REBOLLO ["De nuevo sobre el servicio público: planteamiento ideológico y funcionalidad técnica", *RAP* nº 100-102, III, 1983, p. 2471 e ss.] "o decano de Toulouse", Hauriou e o seu grande obxecto, o "decano de Bourdeaux", Duguit e a famosa escola realista de Bourdeaux, ata a súa crise definitiva na segunda metade deste século.

A) Servicio público como criterio de delimitación da competencia xurisdiccional contencioso-administrativa

A primeira teoría do servizo público deriva dos ditados xurisprudenciais do "Consello de Estado francés" e, especialmente, da necesidade que este tiña de aplicar un réxime uniforme ós conflitos nos que a Administración interviña, ás cuestións contenciosas. Consecuentemente, a primeira elaboración da teoría do servizo público nace co gallo de resolver un problema práctico

procesal, isto é, delimita-las competencias xurisdiccionais do contencioso na Francia decimonónica de tal xeito que se estableza unha regra xeral e non casuística para determinar quen é competente sobre aqueles asuntos nos que estea por medio a Administración prestando un servicio.

Concretamente, o primeiro principio que se establece vén a propósito do Arret Blanco (1873) (caso dunha vendedora de mistos que sofre danos debido á explosión producida no lugar de traballo e solicita indemnización á Administración), segundo o cal, os temas relativos á responsabilidade do Estado por danos causados polos seus funcionarios ou polos xestores dunha actividade administrativa non se podían investigar diante da xurisdicción civil ou rexerse polo Código civil, senón que é materia competencia do contencioso-administrativo. É dicir, onde exista servicio público existe igualmente competencia dos tribunais contencioso-administrativos.

Máis adiante, debido a outro pronunciamento xurisprudencial francés de 1907, determinase que *todo o relativo á organización e funcionamento dos servicios públicos é asunto propio da xurisdicción contenciosa*. Esa sería, pois, a primeira orixe da teoría do servicio público, que máis tarde evolucionaría doutrinalmente, aínda que tomando non só como punto de referencia estes dictados xurisprudenciais, senón tamén outros de índole teórico-xurídica.

B) A escola realista francesa: a obra de Leon Duguit e Administración servente

Para Duguit, a teoría do servicio público é unha das máis caracterizadas manifestacións das *concepcións funcionais da Administración*. É dicir, que a función da Administración non vai consistir só en mandar ou dirixir, senón tamén en servir, e, polo tanto, xestionar un servicio determinado.

Duguit, a través da súa obra de comezos deste século *As transformacións do Dereito público*, outorga un avance incontestable no Dereito administrativo contemporáneo e na teoría do servicio público. Para Duguit, a actividade do Estado resólvese nesta antítese: *mandar ou servir*, identificando mando con soberanía e servicio con prestación,

inclinándose pola creación dunha Administración eminentemente servente fronte á tradicional Administración soberana que presidiu outros tempos pasados. Di:

“namentres a guerra, a política e a xustiza foron as funcións predominantes do Estado, era natural que a soberanía, o dereito a mandar, fose a idea fundamental na orde política, xa que todas estas funcións son funcións de imperio ou mando. Sen embargo, a carón delas foise organizando unha complexa rede de servicios públicos, correos, telégrafos, transportes, instrucción, ..., na que a función do Estado non é mandar, senón servir. Aquí hai unha intervención do Estado que debe ser regulada polo Dereito público. O Estado con esta actuación veu *socializar un número considerable de servicios, antes totalmente nas mans da iniciativa privada, e que crearon a noción de servicio público*”.

Pero, ¿por que xorde esta idea de Administración servente fronte á Administración soberana?. Duguit explícanolo desde dous postulados básicos: desbotar concepcións míticas como a de personalidade xurídica da Administración e a idea de soberanía. Estas ideas substitúeas por outras: *gobernantes e obrigas*.

Para Duguit, hai que falar de gobernantes, non de Estado e, desde esa perspectiva, son *aqueles que exercen o poder co único fin de satisfacer as necesidades da colectividade*. Polo tanto, hai dúas regras a imponer ós gobernantes: a de que *hai determinadas cousas que non deben facer e hai outras que deben realizar*. E é aquí onde a teoría do servicio público comeza a da-los seus primeiros pasos. Ademais, ó igual ca no seu día o fará Hauriou, xustifica o poder que se concede ó gobernante xustamente no cumprimento dunha serie de obrigas: o gobernante exerce o poder porque ten tamén a obriga de cumprir determinadas tarefas que a sociedade lle impón. *O poder é consecuencia da realización dunha determinada actividade*.

Pero, ¿que tipos de servicios están obrigados a realizar-los gobernantes?. A isto Duguit responde que a idea de servicio público é variable no tempo e que, polo tanto, haberá que estar á evolución económica e política da colectividade e ás demandas ou necesidades que estes manifesten como causa daquela. En calquera caso, por servicio público deberá entenderse:

“aquela actividade cun cumprimento que debe ser regulado, asegurado e controlado polos gobernantes, porque é indispensable para a realización e desenvolvemento da interdependencia social, e porque é dunha natureza que non pode ser asegurada completamente máis que pola intervención da forza gobernante”.

C) *A obra de Gastón Jezé e o procedemento xurídico-administrativo*

Jezé, no seu libro *Os principios xerais do Dereito administrativo* completa a idea do seu mestre con outro dato capital para recoñece-la actividade de servizo público: reduce a idea do Dereito administrativo a aquel conxunto de regras encargadas de regula-los servizos públicos e, polo tanto, introduce un novo elemento na teoría do servizo público: a súa identificación co réxime xurídico-administrativo. Desde esta óptica, pois, a Administración será o suxeito encargado de satisfacer as necesidades a través do arranque dos servizos ou da actividade prestacional que considere conveniente, sendo a xurisdicción contenciosa a competente para resolver as cuestións que se deriven. Para chegar a isto, Jezé declara que o *interese xeral* é o elemento importante para detecta-la presenza dun servizo público: “a existencia dunha serie de necesidades de interese xeral”.

A seguinte cuestión que se formulou este autor foi se, aínda que cando se fala de servizo público estamos diante dun réxime xurídico público, regulamentado polo Dereito administrativo en tódolos seus aspectos e xudicializable perante o contencioso, hai que saber cales son os trazos que definen o servizo público para saber cando estamos diante del. Ó respecto, Jezé contesta que o recoñecemento dun servizo público só depende do criterio dos gobernantes, é dicir, “serán servizos públicos aquelas necesidades de interese xeral que os gobernantes deciden satisfacer a través dun procedemento de servizo público”, e esa vontade apréciase, non porque o servizo público goce dun elemento diferenciador, senón porque nel conflúe unha serie de sinais que o cualifican globalmente como tal. Estamos, pois, diante dunha tese voluntarista no sentido de que o poder público será o que decida cando un determinado interese xeral debe canalizarse como servizo público e cando non.

1. Elaboración do concepto estricto

Vimos que a Escola Realista francesa adopta a teoría do servizo público como unha actividade que constitúe todo o núcleo do Dereito administrativo. Fronte a isto, intentouse reduci-lo concepto de servizo público a unha categoría determinada do Dereito administrativo. Aquí prodúcese a grande achega da doutrina italiana, á que se suma a española. Virán autores como Alessi, Zanobini, de Vallés, Giannini ou Jordana de Pozas, entre outros.

1. Así, para de Vallés, a característica predominante radica no termo público que non fai referencia ó servizo, senón ós destinatarios, de tal xeito que un servizo é considerado público cando o seu destinatario é unha colectividade. Esta teoría matizarase con posterioridade engadindo o trazo subxectivo, ó sinalar que en sentido estricto, só se poden concibir como verdadeiros servizos públicos aqueles nos que a titularidade corresponde a un ente público.

2. Pola súa parte, outros como os italianos Zanobini e Giannini, salientan a distinción entre función pública e servizo público. Para eles, a función pública supón o exercicio dunha potestade pública e é, polo tanto, unha manifestación da soberanía. Incluíriáanse dentro desta alínea aquelas actividades referidas a planificación, defensa, potestade tributaria, policía.

Pola contra, enténdense como servizo público aquelas actividades materiais, técnicas ou industriais que asume o Estado por razóns de axuda ós particulares (ensino, sanidade, subministracións de auga e electricidade, ...). Nestes casos, presúmese que a titularidade do servizo teña que ser pública, mais non a súa xestión, que pode estar nas mans de particulares.

3. Alessi, polo seu lado, pon o acento no receptor do servizo no sentido de que a Administración realiza unha actividade de servizo público "cando se encamiña a proporcionarlles utilidade ós particulares, e pode ser de orde xurídica (p. ex. a creación de rexistros hipotecarios) ou de carácter económico-social (telecomunicacións, transportes, sanidade, ...).

4. Jordana de Pozas asume este concepto restrinxido do servizo público e trasládao ó ordenamento español,

distinguindo esta actividade administrativa daquelas outras de coacción ou fomento, e pondo o acento no interese público. Polo tanto, para Jordana é servizo público “aquela actividade de prestación dirixida a proporcionarlles utilidade ós particulares e que vén imposta por razóns de interese público”.

Respecto da pregunta de cando se debe determinar que estamos diante dunha razón de interese público para determinar que unha actividade deba constituírse en servizo público, Jordana dá a mesma resposta que Jezé, dicindo que depende de factores políticos, da vontade dos gobernantes.

En conclusión, non existe ata hoxe un concepto uniforme e pacífico de servizo público, mais, sen embargo, pode describirse, e así fixo Alessi, Villar Palasí, a través dunha serie de notas esenciais. En sentido estricto, o servizo público fai referencia a aquelas actividades da Administración que cumpren os seguintes requisitos:

1. Actividade de *titularidade pública*.
2. *Actividade de prestación, regular e continua*, deducida por razóns de interese público (porque se satisface unha necesidade de carácter público).
3. Un *dereito do usuario* á prestación.
4. A declaración ou “*publicatio*” desa actividade como servizo público por lei.
5. A cualificación de servizo público non prexulga o sometemento da actividade ó *régime xurídico público*.
6. A actividade pode consistir tanto na *estricta prestación dun servizo como da dación de bens de mercado* (hai discrepancias doutrinais, mais pensemos no caso de que un concello decida construír vivendas para satisfacer unha necesidade pública, ou decida recicla-lo papel usado e comercializalo para cumprir coa súa obriga de protección de medio ambiente).
7. Hai que distinguir, non obstante, o servizo público daquelas actividades, mercantís ou industriais, que teñen como único fin para a Administración a obtención dun beneficio económico e o motivo son unicamente razóns fiscais ou financeiras (monopolios fiscais), ou a explotación do patrimonio público.
8. Por último, xa que a cualificación de servizo pú-

blico non prexulga o réxime xurídico público, hai que dicir que a súa xestión pode levarse a cabo de dúas formas:

a) *Xestión directa*: pola Administración, en réxime de monopolio (nacionalización, municipalización ou provincialización), ou libre concorrència (organismos autónomos, empresas públicas con forma pública e privada, ou órganos sen personalidade xurídica).

b) *Xestión indirecta*: concesión, arrendamento e concerto, xestión interesada.

2. Concesión de servicios públicos locais

A figura da concesión hai que radicala no seo da Administración liberal do século XIX e máis concretamente inmersa na dinámica da revolución industrial. En efecto, as innovacións tecnolóxicas que se producen neste período (tren, gas, electricidade, ...) suporán un reto para a Administración e a súa capacidade para prestar este servicio considerado como unha necesidade pública indispensable para o desenvolvemento gradual da colectividade. Estas circunstancias inducen á creación de sistemas, como a concesión, para atende-las anteditas necesidades xa que o retardo e lentitude da Administración impedían un movemento áxil e compasado coa dinámica dos tempos.

Hoxe en día, cando falamos de concesión de servicios públicos estamos falando de xestión indirecta e, polo tanto, témonos que remitir e enfrontar ás formas contractuais e, conseguintemente, á normativa xurídica que regulamente este tipo de relación. En concreto, a base normativa para a análise desa figura comeza coa Lei Reguladora das Bases de Réxime Local (LRBRL) de 1985 e o Texto Refundido de Réxime Local (TRRL) de 1986; a estas fontes temos que engadi-lo Regulamento de Servicio de 1955 (RS) e o Regulamento de Contratación das corporacións locais (RC) de 1953 por alusións daquel. Finalmente non debemos perder de vista a Lei de Contratos do Estado (LCE) de 1965 e o seu regulamento, así como a lexislación autonómica sobre a materia, xa que

ámbolos dous instrumentos constitúen lexislación básica estatal de acordo cos dictados do art. 149.1.18 CE. Sobre cal delas debe primar en caso de conflito, entendemos que, unha vez dictada a lexislación básica en materia de contratos, actualmente en fase de elaboración, esta debe rexer con carácter supletorio sobre a LBRL, xa que esta constitúe o dereito básico das entidades locais e imponse a calquera normativa por moi especializada que sexa (STC do 21 de decembro de 1989). Así pois, o principio de *lex specialis* non ten cabida dentro da orde de prelación de fontes que rexen o réxime local.

1. *Concepto e natureza xurídica*

Segundo o art. 62 LCE, a concesión é unha fórmula contractual pola cal “o Estado encomenda a unha persoa, natural ou xurídica, a xestión dun servizo público”.

E dentro do art. 66 LCE dísenos que “a contratación de servizos públicos adoptará calquera das seguintes modalidades: 1. Concesión: pola que o empresario xestionará o servizo ó chou”.

Discutiuse durante moito tempo sobre a natureza desta figura (autorización en tanto que acto administrativo), mais na actualidade existe case unanimidade ó considerala concesión como unha fórmula contractual (aínda que se trate dun “contrato de adhesión” como suxire COUDEVYLLE, e aínda que algunha das características dos contratos administrativos non se apliquen con toda a súa pureza como ocorre co principio de “risco e sorte”). Posición que reiteradamente asumiu a xurisprudencia española nas súas sentencias cando di que “esa figura ten un marcado talante contractual”, se ben engade a apostila “aínda que non exclusivo” (estructura bilateral e sinalagmática, crea obrigas e dereitos, ...) (ST 21 de outubro de 1989). En calquera caso, se algunha idea define a noción de contrato é a de beneficio industrial na explotación económica dun ben ou servizo, e esta é unha característica omnipresente na concesión que, polo tanto, vén a apoiar a súa configuración como contrato administrativo. No último caso, é a radicación sistemática que esta figura ocupa dentro da lexislación encargada de regulamentala a que confirma en certa medida a súa condición contractual.

Así pois, xa temos un primeiro paso dado para delimitar esta figura contractual. Neste caso, a Administración, que permanece titular do servizo, encomenda a explotación a un particular que vai correr cos riscos económicos da empresa.

2. Caracteres básicos do instituto concesional

Respecto deste extremo, interesa precisar coa maior claridade posible que o servizo público será obxecto de concesión sempre que se cumpran os seguintes puntos:

1) Ter un contido económico. Supoñen unha explotación económica que incide directamente sobre o concesionario que obtén unha retribución a través do cobramento dunhas tarifas pagadas polos usuarios.

2) Non implica-lo exercicio de poderes soberanos ou exercicio de autoridade (63 LCE, 85.2 LRBRL, 95.1 TRRL, 114.1 RS), o cal foi reiterado a fartar, se ben hai que entender este exercicio como unha actividade en si mesma, xa que a autoridade sempre vai existir, dunha ou outra maneira, en tódalas actividades nas que intervén a Administración. Máis concretamente, hai que sinalar, como fixo ALBI no seu día [*Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Madrid, 1960], que por manifestacións de soberanía deben entenderse actividades como dictar normas xurídicas, uso da forza, policía, vixilancia ou recadación de impostos (STS 26 de xaneiro de 1990).

3) Ademais, a prestación ós particulares debe ser *uti singuli* (p. ex., transporte), non "*uti universi*", de tal xeito que o mesmo sexa susceptible de individualización fronte ós receptores.

4) Por último, hai que recordar que a Administración mantén sempre a titularidade do servizo (titularidade pública), e, consecuentemente, dáse a permanente posibilidade do seu control suplementario sobre o servizo, a través da estipulación de cláusulas e condicións ó concesionario.

5) En canto ós tipos, o art. 114 RS dinos que o obxecto da concesión abrangue non só a xestión simple do servizo, senón que tamén pode incluí-la execución de obras, se son necesarias para que o servizo público sexa cumprido (p. ex., fornecemento de auga, butano, ...).

3. Tramitación

Ten un valor esencial en persecución de tódolos pasos normativamente dispostos para o outorgamento da concesión, de xeito que o seu incumprimento provoca vicios de nulidade do acto final (116 RS). Brevemente, os pasos son:

A) *Comezo do tramite*

1. Iniciativa particular:

Dentro da documentación que debe acompañar unha iniciativa destas características temos, ademais da solicitude, unha memoria e, de se-lo caso, solicitude de subvención para establece-lo servizo, segundo dispón o RS. A Corporación ten toda a discreción para decidir, aínda que permanece o dereito do tenteo en fase de adxudicación en favor do solicitante, no caso de que se convoque a concurso o proxecto de concesión.

2. Iniciativa da Administración:

Comeza coa redacción do proxecto do concurso que pode revesti-las seguintes modalidades: a.1) encargándollo ós servizos da Corporación; a.2) encargando directamente a súa redacción a un particular; a.3) convocando un concurso de proxectos: neste caso, a elección realízase tendo en conta sempre o "interese público". O proxecto escollido será obxecto de taxación contradictoria por peritos e de exposición pública durante trinta días. O pagamento do proxecto pode corresponderlle á Administración, ou ben ó futuro concesionario.

B) *Licitación pública (188.3 TRRL)*

Os criterios ou extremos sobre os que se pode basear a licitación son amplos e variados: rebaixa na contía da subvención; se hai igualdade neste aspecto, abaratamento de tarifas-tipo, vantaxes para os usuarios, rendementos da Administración, prazos, etc. A Administración pode dispor que a licitación trate todos ou algúns destes tipos, asignándolles cadansúa puntuación, e será adxudicatario o que teña a puntuación máis alta. Nestes casos, os licitadores deben presentar plicas separadas, facéndose a selección por exclusión dos tipos. Esta diná-

mica provoca o inconveniente, non sempre beneficioso, de non poder apreciar globalmente as propostas.

Sobre a adxudicación final cabe *dereito de tenteo a favor do 1) petionario inicial, e 2) do titular do proxecto*, sempre que non exista unha diferenza superior ó 10% entre as propostas. Se houber empate, a máis económica ou poxas “a la llana”.

C) Outorgamento

Pódense dar dúas situacións:

1. Presidente da Corporación ou alcalde: contía non superior ó 5% dos recursos ordinarios do presuposto anual, nin ó 50% do límite da contratación directa; ou ben, cando a duración non supere un ano.

2. Noutro caso, ó Pleno da Corporación (LBRL, Art. 21, 34, 47).

Por último, dicir que a formalización do outorgamento pode abrangue-la modalidade de escritura pública ou documento administrativo. Ó que estea formalizada a relación concesional, comezan a xurdir dereitos e obrigas entre as partes, ás que brevemente me vou referir.

4. *Consecuencias do nacemento da relación xurídica: dereitos e obrigas das partes.*

A) *Dereitos e deberes da corporación*

Sinteticamente, as potestades ou prerrogativas dos poderes públicos respecto da concesión circunscríbense ás forma típicas de todo contrato administrativo. Esencialmente, podemos extracta-las mesmas nos seguintes puntos:

1. Dereito ó “*ius variandi*”: maniféstase na facultade que ten para ordenar discrecionalmente calquera alteración “como se fose ela quen xestionase directamente o servicio”, de acordo cos dictados do interese público, como:

■ varia-la calidade, cantidade, tempo ou lugar da prestación;

■ altera-las tarifas.

2. Potestade de fiscalización: inspección do servicio,

instalacións, obras, documentos e dictar ordes para a debida prestación.

3. Asumir temporalmente a execución cando o concesionario non preste o servizo por causas que lle poidan ser ou non imputables.

4. Impor correccións con base nas infraccións cometidas.

5. Rescata-la concesión e suprime-lo servizo.

2 .*Deberes da corporación*

Igualmente a Corporación conta cunha serie de deberes marcados polo art. 127 RS, que analizaremos por contraposición ós dereitos do concesionario, e que podemos resumir en: 1. outorgar protección para a prestación adecuada; 2. mante-lo equilibrio financeiro; 3. indemnizar no caso de risco imprevisible ou danos alleos ó concesionario, e no caso de rescate ou supresión.

B) *Obrigas e dereitos do concesionario*

Seguindo o fío conductor deste artigo e a brillante exposición de Sosa Wagner no seu libro, *La gestión de los servicios públicos locales* [Civitas, Madrid 1992, pp. 95 e ss.], imos sintetizar en catro grandes puntos as súas obrigas:

1) *Prestación regular e continua do servizo e de acordo coa forma imposta pola Administración*

É totalmente necesario que o servizo público sexa prestado de acordo coas pautas que cita o Regulamento de Servizos, xa que constitúen igualmente os aspectos básicos de calquera servizo tal e como puidemos examinar *supra*. De aí que o incumprimento destes extremos é causa dunha penalización que pode consistir no secuestro e na caducidade (mesmo aínda que aparezan circunstancias sobrevidas que diminúan a economía do servizo).

Sen embargo, e como sucede na maioría das regras xerais, esta tamén ten unha excepción sinalada polo art. 128 RS: “sen máis interrupcións que as que se producirían no suposto de xestión directa” ¿Como interpretar isto?. Estamos perante un concepto xurídico indeterminado que os tribunais deben descifrar en cada caso, mais

que garda relación estreita con algunha problemática como é a folga do persoal (de carácter laboral). Neste caso, ¿existe un dereito da Administración para rescatar ou provoca-la caducidade da concesión?. Segundo algunha doutrina xurisprudencial, parece que a interrupción da prestación por esta causa non se pode encadrar dentro das chamadas “causas de forza maior”, polo que si pode haber penalización ó concesionario. Sen embargo, doutrina máis recente do TS avoga por entender que o cesamento temporal do servicio por folga, se nese feito non se pode imputar responsabilidade ó concesionario, non dá lugar a este tipo de sancións (STS 30 de xuño de 1987).

Outro suposto controvertido dáse no caso de que a Administración, a través do incumprimento das obrigas, provoque a interrupción da prestación do servicio (pensemos no caso de que non facilite os bens de dominio público necesarios, ou que non autorice unha expropiación forzosa...). Neste caso, a xurisprudencia e a doutrina abren paso dicindo que, cando ese incumprimento faga imposible a prestación, non existe responsabilidade do concesionario.

Perante o dereito de *ius variandi* da Administración (xa que o concesionario é un simple intermediario ou delegado da Administración), preséntase a cuestión de se calquera variación da relación debe ser soportada polo concesionario ou se, pola contra, cabe a resolución da concesión no caso de non aceptalas, tal e como ocorre nos contratos de obras. O respecto, a doutrina permanece dividida, aínda que un amplo sector inclínase a pensar que para que esa situación se dea deberá estar reflectida nas cláusulas contractuais.

B) Indemnización a terceiros dos danos producidos polo funcionamento dos servicios

Neste caso entramos no sempre polémico tema da responsabilidade administrativa. Segundo manifestan a LEF, art. 121.2, o 72 da LEC e o 128.3 RS, *é sempre o concesionario o obrigado a “indemnizar a terceiros dos danos que lles puidese ocasiona-lo funcionamento do servicio, a non ser que se producisen por actos realizados en cumprimento dunha cláusula imposta pola Corporación con carácter ineludible”*. Insístese en todos que a responsabilidade por danos corre a

cargo do concesionario, excepto se os produce seguindo unha orde ou cláusula imposta pola Administración.

A evolución interpretativa deste proceso xurídico sufriu variacións, e, polo tanto, o seu estudio pódese dividir en dúas etapas, atendendo á STS do 9 de maio de 1989, que constitúe, para estes efectos, o punto de inflexión.

Primeira etapa: doutrina, Consello de Estado e xurisprudencia fan unha interpretación seguindo a literalidade do precepto. Sen embargo, vaise producir unha quebra por mor da SAT de Oviedo do 18 de marzo de 1976, apoiándose nun dictame do Consello de Estado do 18 de xuño de 1970, polo que se estableceu o principio contrario: *como regra xeral responde sempre a Administración*. Os feitos xulgados trataban sobre o derrubamento dun edificio como consecuencia da apertura dun foxo na vía pública para realizar obras na rede de sumidoiros. As obras foron feitas por unha empresa concesionaria e os propietarios do edificio reclamaron á Corporación local, feito que deneগুou argüíndo os preceptos legais relativos ó asunto.

A SAT respondeu categoricamente dicindo que a Administración debía paga-la indemnización, xa que “independentemente do que diga o art. 121.2 da LEF, a Administración responde sempre dos danos ocasionados polo *funcionamento normal ou anormal* dos servicios públicos, o cal inclúe tódolos servicios públicos independentemente de que sexa o seu xestor”. Polo tanto, o que importa destacar é que o titular do servicio é sempre un ente público e, polo tanto, non pode eximi-la súa responsabilidade. Neste senso, a SAT especifica este extremo dicindo:

“Sexa con servicios ou medios propios, sexa mediante a interposición dun contratista privado, o titular da obra pública é sempre a Administración, que en ningún momento deixa de establecer sobre ela as súas potestades e de asumir a responsabilidade dos danos que a súa execución poida causar a terceiros.”

Polo tanto, considera que todos aqueles artigos que fan referencia ás obrigas do concesionario e da Administración débense aplicar con carácter interno, ou sexa, a repartición da carga indemnizadora entre ambos, mais non altera a regra xeral sobre a responsabilidade directa da Administración.

Esta sentenza foi apelada posteriormente e o TS en STS do 28 de maio de 1980 desestimou o recurso de apelación, condenando á Administración, aínda que as súas argumentacións, ademais de retorcidas, foron netamente distintas da SAT. En calquera caso, deixaba a porta aberta para saber se, na realidade, *cabe demandar directamente á Administración nestas cuestións*, con independencia de emprender con posterioridade accións de regreso contra os concesionarios, ou ben a figura central deste tema segue sendo o concesionario. En calquera caso, parece oportuno entrever que existe un non na STS.

Segunda etapa: por mor desta sentenza e dunha *xurisprudencia civil* coetánea que avogaba pola responsabilidade da Administración, dada a vis atractiva que tiña o feito de que a *Administración fose titular* do servicio para que tamén fose responsable do funcionamento deste, aínda que a xestión se encomende a un particular, comezáronse a da-los primeiros pasos polo sendeiro marcado pola SAT de 1976.

Foi a STS do 9 de maio de 1989, na que foi relator González Navarro, a que ateigou a culminación desta contracorrente legal. Os feitos da sentenza trataban sobre unha cuestión de danos por humidades e fendeduras producidos nuns edificios debido ó mal funcionamento dunhas bocas de rega que se usaban diariamente. O propietario esixe unha indemnización por danos ó concello, e este denégaa argumentando que o servicio estaba concedido, e que no *prego de condicións* do contrato se estipulara que sería o concesionario quen respondería dos danos ocasionados polo funcionamento do servicio.

Os argumentos do TS lévanse a cabo a través dun proceso deductivo que poderíamos estruturar nos seguintes puntos, baseándonos en dous soportes: por un lado o tema da "titularidade pública dos servicios" e, por outro, a doutrina da "delegación administrativa".

■ Xa que a Administración mantén en todo o caso a titularidade do servicio, mesmo nos casos nos que o concesionario non actúe como simple delegado da Administración, pódese encontrar unha xustificación para a responsabilidade da Administración, xa que resulta sempre xestora e responsable dos intereses colectivos.

■ Apoiándose na cualificación do concesionario como un "delegado da Administración", e seguindo a doutri-

na da delegación interorgánica ou intersubxectiva, establece que, sempre e en todo o caso, a delegación implica que a responsabilidade última é sempre do que delega, ou do que concede neste caso, *xa que os actos dictados polo delegado ou concesionario son considerados como dictados pola autoridade que confira a delegación.*

■ Por último, confirma a súa teoría na que, como di o art. 41 da LRXAE, a Administración é responsable directa cando actúa en relacións de dereito privado a través dos seus funcionarios ou axentes.

Daquela, as disposicións da LEF, LCE ou RS só teñen aplicación no réxime interno de corresponsabilidades.

Esta doutrina xurisprudencial non parece, non obstante, moi ben fundada, xa que, de acordo con Muñoz Machado [*La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones públicas*, Civitas, Madrid 1992, pp. 119 e ss.] sucede o seguinte:

1. Descoñece tódolos preceptos sobre o tema (LCE, RS, LEF, RCE, ...)

2. A simplificación de toda a actividade do concesionario como unha actividade delegada e a súa transformación nun órgano da Administración. Polo tanto, parece improbable que se poida reconducir toda a actividade a actuacións delegadas e facer responsable á Administración, sobre todo cando o instituto concesional estase aplicando non só sobre os ámbitos tradicionais (fornecementos, obras, ...), senón sobre outros como son os medios de radiodifusión, casinos, etc., polo que parece aventurado pensar que de toda a actividade do concesionario teña que responder sempre a Administración.

3. Se nalgún suposto cabe corresponsabilidade da Administración, será cando o dano se produza, propia e especificamente, pola súa culpa, como, por exemplo, cando lle dá ordes erróneas ó concesionario. Mais, mesmo cando non cumpra co seu deber de supervisala correcta prestación do servizo, non se lle pode imputar unha responsabilidade directa á Administración, porque non é traballo seu fiscalizar constantemente a actividade do concesionario (por outra parte, sistema pouco económico), senón fiscalizar e supervisa-lo cumprimento das cláusulas do contrato, o que é ben diferente.

4. Non se debe entender que existe unha responsabilidade solidaria en todo caso da Administración, xa que

isto implicaría unha posición moi cómoda e liviá para o contratista. Aínda que, por outro lado, existe o deber de garanti-la indemnización patrimonial da vítima, polo que parece conveniente, como fai o Dereito francés, coloca-la Administración como responsable subsidiaria no suposto de insolvencia do concesionario.

C) *A admisión en igualdade de condicións* (se se dan os requisitos previos de igualdade entre os usuarios) *o gozo do servicio* (feito que non exclúe un trato preferente para os sectores que non están dentro do mesmo nivel de igualdade, p. ex., tarifas reducidas).

D) *A non alienación ou gravame de bens sometidos a concesión que deben reverter na corporación*

Neste caso, hai que partir do dato de que tódolos bens sometidos a unha concesión de propiedade da Administración, son bens de dominio público e, polo tanto, inalienables, imprescritibles e inembargables; á parte do deber do concesionario de destinalos ó fin para que foron concedidos, custodialos, etc.

E) *Obriga do concesionario de exercer, el mesmo, a concesión*

A excepción desta regra xeral aparece no seguinte párrafo do art. 128.5 RS que sinala que no caso de “cesión ou traspaso da concesión a terceiros, deberá solicitarse previamente autorización administrativa”. Se non existe autorización formal (escritura pública se foi así como se fixo o outorgamento), a penalización prevista polo RS é a *caducidade da concesión*, xa que esta é unha das causas cualificadas pola lexislación como infracción gravísima.

Non obstante, a falta de autorización sobre un negocio privado de cesión a través da posterior emisión da autorización pola Administración, salva o vicio dos actos anulables con carácter retroactivo.

Pola súa parte, os deberes do concesionario aparecen taxativamente marcados nos arts. 127.2 e 129.3 RS, a propósito dos deberes da Administración e dos dereitos do concesionario. Entre estes interesa destaca-los seguintes:

a) Percepción de retribución pola prestación do servizo

Esta retribución, por outro lado inherente á concesión (servizo de carácter económico), pode realizarse por medio das tarifas percibidas dos usuarios; as contribucións especiais cobradas polo establecemento do servizo; e, de se-lo caso, subvencións.

En todo o caso, o principio de “risco e sorte” diluíu moito, e foi substituído polo “principio da cobertura financeira” ou “equilibrio financeiro”, que corresponde á Administración. De aí que o art. 129.3 RS incorpora no seu texto que as retribucións deben ser de tal contía que permitan amortizar: 1) o custo do establecemento do servizo; 2) os gastos de explotación; e, 3) o beneficio industrial.

b) Obter compensacións económicas que manteñan o equilibrio financeiro da concesión cando se dea algunha das causas do 127.2 RS.

Este principio opera como causa do anterior e fundaméntase no mesmo sentido, ou sexa, no paso do principio de risco e sorte dos contratos ó da suficiencia ou equilibrio contractual. Entre as causas que explican este fenómeno, Sosa Wagner citaos como razón última do equilibrio financeiro da ecuación contractual, pode lerse na antiga cláusula *rebus sic stantibus* (non altera-las condicións iniciais que produciron o compromiso), ou a boa fe, ou a reciprocidade das relacións bilaterais, ou, finalmente, o principio de continuidade dos servizos públicos.

Entre as causas nomeadas polo art. 127.2 RS como presuposto de ruptura do equilibrio financeiro, hai que citar, como máis importantes, 1) o *ius variandi* (facultade da Administración de modificar unilateralmente o obxecto do contrato); 2) o *factum principis* (ou medidas de ámbito xeral e económico que provocan un dano directo na relación concesional, obrigatorio e imprevisible; p. ex., alteración de salarios, impostos, suprimir beneficios fiscais, ...); 3) o *risco imprevisible* (unha variación do “factum principis”); e, 4) finalmente, o rescate ou supresión do servizo.

Se se dá algunha destas causas, pode haber unha compensación económica que restableza o equilibrio financeiro. Entre as modalidades que pode adoptar, o art. 127

fálanos de compensación económica (1), revisión de tarifas e prezos (2) e indemnización (3):

1. Compensación: *ius variandi*. Compensación que, seguindo a doutrina dos contratos, abrangue tanto o dano que emerxe coma o lucro que cesa. Segundo ALBI, esta compensación pode revestir formas diversas, p. ex., medidas directas (subir tarifas, subvención), indirectas (prórroga, redución de det. obrigas), ...

2. Revisión: *factum principis* ou risco imprevisible. Non se trata de que unha parte asuma completamente tódolos prexuízos, senón de repartir entre as partes os prexuízos imprevisibles. Só haberá compensación íntegra cando a causa resida na actuación da Administración.

c) Dereito a solicitarlle á Administración o procedemento expropiatorio (o concesionario é o beneficiario) e outros como desafiuzamento, imposición de servidumes. Dereito a utiliza-los bens de dominio público.

Este dereito vincúlase directamente coa obriga que ten a Administración de outorgarlle ó concesionario toda a protección que requira para realiza-lo servicio.

5. *Interrupción e extinción da relación concesional*

A) *Interrupción: secuestro.*

Esta figura contén un carácter eminentemente sancionador por infraccións graves (133 RS): desobediencia a ordes admntvas., negligencia na conservación de bens, risco imprevisible, ... O acordo é tomado polo presidente da Corporación. E a súa duración será a fixada no prego, ou ben a que fixe a Corporación (non máis de dous anos). Non obstante, a normativa prevé unha serie de medidas cautelares que se concretan en prazos previos de advertencia ó concesionario, ademais do mantemento da infraestrutura persoal e material da empresa, excepto os directivos que se substitúen por un interventor técnico.

B) *Extinción:*

1. *Rescate*: estamos perante unha decisión unilateral da Administración que, polo tanto, implica unha indemnización pola súa parte. E, ademais, un dereito irrenunciabile per nature da Administración.

2. *Morte, disolución, cesión incontestada.*

3. *Devolución:* unha vez expirado o prazo, a concesión extínguese, seguíndose a devolución dos bens á Administración. É unha cláusula obrigatoria do prego de condicións. Débese especificar, no momento da reversión, o estado dos bens e obras; con esta finalidade, a Administración envía un interventor para a súa vixilancia e información. Unha cuestión xorde verbo diso: ¿os bens suxeitos a reversión poden ser obxecto de embargo?. A doutrina insiste en que, cando a afectación non existe, xa que esta é a única xustificación para non ser embargado, tampouco existe a prohibición, e, polo tanto, quedan suxeitos a embargo (Garrido Falla).

Outra cuestión sería a situación do persoal do concesionario trala extinción. Respecto disto, aínda que a xurisprudencia non mantén unha postura unánime, parece que, loxicamente, o persoal adscrito ó concesionario non lle pode esixir ningún tipo de obriga á Administración, xa que non existe relación xurídica entre as partes. Con todo, non faltan pronunciamentos xurisprudenciais que obrigan á Administración a absorbe-lo persoal do concesionario, baseándose na normativa laboral, tal e como sucedeu nunha das últimas sentencias do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia de 1992, dictada pola Sala do Social.

4. *Caducidade:* ten carácter sancionador, igual có secuestro, por infracción gravísima (p. ex., cesión incontestada, reincidencia tras un secuestro). A decisión é tomada polo presidente da Corporación despois dunha advertencia previa. No procedemento para realizar esta modalidade fíxase o “prezo xusto” da concesión, e procédese a unha nova licitación sobre o valor determinado. Se a primeira licitación queda deserta, faise unha segunda, cun 25% menos do valor taxado. Se esta tampouco obtén resultados positivos, faise unha terceira e, no caso de que o resultado non se axuste ás expectativas esperadas, queda con ela a Corporación. Finalmente, hai que destacar que neste caso non cabe indemnización e que se realiza unha incautación de bens por parte da Corporación. ©