

POTESTAD TARIFARIA Y EQUILIBRIO ECONOMICO-FINANCIERO EN LAS CONCESIONES DE SERVICIOS DE LAS CORPORACIONES LOCALES

(A propósito de una reciente jurisprudencia)

SUMARIO: I. LA DUALIDAD TARIFA SUFICIENTE-REMUNERACIÓN SUFICIENTE EN LA CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS.—II. LA PARTICIPACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA FINANCIACIÓN DEL SERVICIO CONCEDIDO: 1. *Por la imposición de precios políticos.* 2. *La formulación del principio de equilibrio económico-financiero en el RSCL.*—III. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBLIGACIÓN DE MANTENER EL EQUILIBRIO ECONÓMICO-FINANCIERO DE LAS CONCESIONES DE SERVICIOS: EXAMEN DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE MARZO DE 1977.

I. LA DUALIDAD TARIFA SUFICIENTE-REMUNERACIÓN SUFICIENTE EN LA CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

Salvo supuestos especiales, en la concesión de servicios públicos la remuneración del concesionario viene fijada por una tarifa que percibe del usuario del servicio. En este sentido, la tarifa aparece como eje medular del régimen económico-financiero de los servicios concedidos, dada además la tajante afirmación en nuestro ordenamiento del principio de la tarifa suficiente. Al respecto, tanto las normas específicas reguladoras de los distintos servicios públicos, como la normativa general, han sancionado taxativamente dicho principio de suficiencia tarifaria (1). El sistema, sin embargo, se complica de

(1) Por lo que se refiere al ámbito local, el artículo 18, párrafo 3 de la Ley de 23 de julio de 1986, sobre modificación parcial del régimen local ya estableció que «las tarifas deberán ser suficientes para la autofinanciación del servicio de que se trate». Por lo demás, el principio se encuentra generalizado prácticamente a todos los servicios públicos estatales. Así, baste con recordar dos ejemplos bien ilustrativos. La normativa reguladora de RENFE, en los artículos 58 y 61 de su Estatuto, ha fijado el principio de la suficiencia de las tarifas para satisfacer los gastos más el logro de hipotéticos beneficios. *Vid.* sobre ello, el libro de BERMEJO VERA *Régimen jurídico del ferrocarril en España (1844-1974)*. «Estudio específico de RENFE», Madrid, 1975, pp. 321 y ss., en donde señala cómo «desde su creación en 1941 la reglamentación de los transportes gestionados para la Red ha girado en torno a dicho principio»: *vid.* también los artículos 22 del Decreto de 11 de julio de 1944 y el artículo 1 del Decreto de 28 de noviembre de 1968. En idénticos términos se pronuncia DE LA VALLINA VELARDE: *Régimen jurídico-administrativo del servicio público telefónico*, Madrid, 1971, respecto las tarifas telefónicas: «Se trata de tarifas suficientes —comenta el citado autor en pp. 127-128—, no solamente para cubrir los gastos de explotación, sino también los gastos de depreciación de las instalaciones, formar la reserva contractual y obtener unos beneficios no inferiores al cinco por ciento de la suma del capital desembolsado y fondos de reserva. Y ello independientemente de que, como en general sucede con todos los servicios públi-

alguna forma al preverse situaciones en las que el principio cede, provocando la participación financiera de la Administración concedente a fin de cubrir una circunstancial insuficiencia tarifaria. En realidad, lo que se persigue como principio es que la financiación del servicio pueda lograrse exclusivamente a través de la percepción de la correspondiente tarifa. Lo cual no significa, obviamente, que en todo momento la tarifa pueda cubrir la autofinanciación de la gestión empresarial. De ahí que lo relevante, ante todo, consista en la garantía que se da al concesionario de que, sea o no suficiente la tarifa, su remuneración sí lo será. Claramente lo establece el artículo 129, párrafo 3, del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955 (RSCL):

«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 costo de establecimiento del servicio y cubrir los gastos de explotación y un margen normal de beneficio industrial» (2).

cos, el precio de determinadas prestaciones sea fijado por debajo de su coste, compensándose con otras en que la tarifa resulta superior a su coste (precio «castigado» frente a precio «político»), es decir, tenga aplicación una política tarifaria discriminatoria». Y concluye DE LA VALLINA: «Este carácter de tarifas suficientes confiere a la Compañía el derecho a revisarlas cuando no se alcancen en dos ejercicios consecutivos rendimientos suficientes para cubrir los conceptos que quedan indicados». Debe notarse, sin embargo, que no es del todo exacto afirmar la existencia de un derecho, de un auténtico *ius* del particular afectado que obligue a la Administración a revisar necesariamente la cuantía de las tarifas cuando resulten insuficientes. Como ha estudiado ARINO ORTIZ en su libro *Las tarifas de los servicios públicos*, Sevilla, 1976, y más adelante insistimos en ello, la Ley garantiza ante todo el mantenimiento del equilibrio económico del contrato y suficiente remuneración, que si bien se prevé teóricamente que será obtenida de las tarifas no siempre sucede así. En palabras del autor «el derecho a revisión, legal o contractualmente afirmado, no es tal, esto es, no recae sobre la tarifa misma, sino sobre la ecuación financiera del servicio que debe ser mantenida a través del manejo combinado tarifa-subsención» (p. 121). Ni que decir tiene que la potestad tarifaria de la Administración difícilmente podría conciliarse con la existencia de un auténtico derecho subjetivo de los particulares concesionarios o gestores de servicios públicos a revisar la cuantía de las tarifas. Por eso mismo, no deja de ser, a mi juicio, una identificación equívoca la que ve en la alteración del equilibrio financiero de la concesión el presupuesto de hecho que fundamenta la procedencia de revisar la tarifa. Cfr. en este sentido, GÓMEZ FERRER: *Legislación estatal en materia de precios y concesiones de las Corporaciones Locales*, en el núm. 84 de esta REVISTA, páginas 290 y ss. y 370.

(2) Planteamiento idéntico al que formulara, entre otros, Gastón JEZE, *cit.* por LAUBADÈRE en su *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, tomo II, Paris, 1956, p. 783, al afirmar que *les recettes (tarifs) sont calculées de manière a couvrir les dépenses de l'exploitation. L'équation financière de la concession, établie au moment de la concession, est acceptée par le concessionnaire comme lui assurant la couverture de ses dépenses, une rémunération raisonnable des capitaux investis et un bénéfice normal. Les deux termes de l'équation son réputés se faire équilibre au moment fixé par les parties contractants*. Se trata en realidad, como a continuación señalo con algún detenimiento, de la formulación de la ecuación financiera o principio de equilibrio financiero. Cfr., asimismo, ORIANNE P.: *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, Bruselas, 1961, pp. 211 y ss.

Igualmente, nuestra jurisprudencia no ha dudado en afirmar el principio de la retribución o remuneración suficiente del concesionario, al margen de que las

La remuneración, por tanto, que el concesionario percibe por la gestión y explotación del servicio puede ofrecer—de hecho así sucede en una gran mayoría de casos—un carácter complejo, dada la posible insuficiencia tarifaria para cubrir los costos de gestión, amortización y correspondiente beneficio empresarial. Frente al principio general de que las tarifas deben bastar para la autofinanciación del servicio, la Ley no deja de prever otros posibles conceptos remunerativos que cubran una transitoria insuficiencia tarifaria. Por ello, el propio artículo 129 del RSCL en su párrafo 2.º establece que

«también podrá consistir la retribución juntamente con alguno de los conceptos anteriores (contribuciones especiales y, fundamentalmente, tasas o tarifas), o exclusivamente si el servicio hubiere de prestarse gratuitamente, en subvención a cargo de los fondos de la Corporación concedente».

No obstante, debe advertirse ya que la participación de la Administración concedente en el régimen económico-financiero de la concesión, a través del otorgamiento de subvenciones, no ha tendido sino a generalizarse. A pesar del carácter excepcional con que se configura por la Ley, en íntima coherencia, por otro lado, con el principio de gestión a riesgo y ventura de concesionario, a pesar de ello, la realidad es que los cambios operados en la naturaleza jurídica de la tarifa así como la formulación del principio de equilibrio financiero ha supuesto la amplia generalización del otorgamiento por la Administración de ayudas financieras. Veamos de qué forma.

II. LA PARTICIPACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA FINANCIACIÓN DEL SERVICIO CONCEDIDO

1. La determinación de la cuantía de las tarifas con que se remunera al concesionario aparece hoy reconducida a la llamada potestad

tarifas lo sean. Sin perjuicio de lo que más adelante se señala, un buen ejemplo encontramos en la *sentencia de 6 de junio de 1975 (Ar., 3330), ponente GABALDÓN LÓPEZ*, en cuyo Cdo. 3 no duda en afirmar el Alto Tribunal que «... rota la economía de la concesión la Corporación—concedente—no sólo tiene la potestad sino también el deber según prescripción textual del artículo 126, núm. 1, ap. 2.º, b) del RSCL, de mantener la retribución económica del concesionario, lo cual es para éste un derecho correlativo según el 126, núm. 3, ap. 3.º, derecho que es exigible no sólo cuando por acto de la autoridad se ha modificado el servicio, sino también como se dijo en el caso de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles; y debiendo tener lugar mediante revisión de las tarifas y subvenciones como dispone el propio artículo 127 citado, no puede naturalmente entenderse esa prescripción limitada al caso de que existieran pactadas sino también en el de su modificación, supresión o establecimiento cuando la propia naturaleza del servicio y de la alteración económica de las contraprestaciones lo exija a tenor del artículo 126, número 2 b) citado, que establece el deber de «mantener en todo caso el equilibrio de la retribución económica del concesionario» «a tenor de las bases que hubieran servido para su otorgamiento» y «en función de la necesaria amortización del coste de establecimiento del servicio», «los gastos de explotación y el normal beneficio industrial...».

tarifaria de la Administración. La superación de la naturaleza contractual de la tarifa que imposibilitaba, salvo circunstancias excepcionales y a través del procedimiento legal previsto, la modificación de las tarifas una vez pactadas, ha dado paso a un auténtico derecho, a una auténtica potestad de la Administración, para imponer unilateralmente las tarifas que aconsejen en un momento dado las exigencias del interés público (3). Pues bien, la potestad de imponer y modificar el régimen tarifario de la concesión de servicios ha potenciado ampliamente el sistema llamado de precios políticos o tarifas con bonificación general. La Administración concedente no se encuentra ya coartada por el respeto debido al régimen tarifario pactado, articulado contractualmente, y puede modificar cuando así lo exijan las circunstancias e intereses públicos la cuantía de la tarifa, pudiendo llegar, incluso, a no cubrir total o parcialmente los costos de explotación y amortización del servicio. De tal forma que el principio de la tarifa suficiente queda recortado y deja de ser, de alguna forma, principio informante con carácter general del régimen financiero de la concesión. Más aún, hace ya algunos años el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA (4) mantuvo la necesidad de superar las situaciones excepcionales que preveía nuestro ordenamiento en las que la tarifa resultaba insuficiente para autofinanciar el servicio—como consecuencia de la imposición de precios o tarifas en función exclusiva del interés público—, para dar paso a su normalización y generalización dado el significado e incidencia social de los servicios públicos. Posibilidad que encontró, a pesar de todo, un claro punto de apoyo en el artículo 18, párrafo 3, *in fine*, de

(3) Acerca de la crisis de la tarifa pactada y la génesis de la conformación de la potestad tarifaria de la Administración, me remito con carácter general al libro, ya citado, de ARIÑO ORTIZ *Las tarifas*, pp. 28 y ss., al que se sigue de cerca en este concreto punto. Asimismo, *vid.* las oportunas referencias en LAUBADÈRE, *Traité...*, *op. cit.*, pp. 285 y ss., que si bien se hace eco de la concepción que ve en las cláusulas tarifarias de la concesión auténticas disposiciones de naturaleza reglamentaria, por lo que lógicamente pueden modificarse unilateralmente en función del interés público, recuerda como la jurisprudencia del *Conseil d'Etat* no parece decidido a consagrar esta solución. La tesis que ve en las cláusulas tarifarias auténticas disposiciones de carácter reglamentario, aceptando la complejidad del pliego de condiciones arranca fundamentalmente de JEZE. A ella, así como a la crítica que hiciera PEQUIGNOR de tal tesis, dedica su atención VILLAR PALASÍ en su documentado trabajo *Concesiones Administrativas*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», Seix, IV, 1958, pp. 705 y ss.

(4) *Vid.* su trabajo *Sobre la naturaleza de la tasa y las tarifas de los servicios públicos*, en el núm. 12 de esta REVISTA (1953), pp. 151 y ss. También Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO: *Transportes de Madrid, los ferrocarriles subterráneo y suburbano*, en el núm. 35 de esta REVISTA (1961), pp. 342 y 344, afirmaba que «las tarifas de los servicios públicos no tienen por qué cubrir los gastos de amortización y explotación», si bien, añadía, «la aplicación rígida de tal principio produce no sólo una situación injusta con relación a la persona que gestiona tales servicios, sino que es la causa principal del mal estado en que pueden hallarse tales servicios públicos». En nuestra doctrina junto al citado trabajo del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, no debe olvidarse para un planteamiento general del sistema de precios políticos el de VILLAR PALASÍ: *Las técnicas administrativas de fomento y de apoyo al precio político*, en el núm. 14 de esta REVISTA (1954), pp. 11 a 122. Y en cuanto al derecho comparado, destaca ante todo la obra de EINAUDI, *Principios de Hacienda Pública*, trad. española, Madrid: 1946, en especial, pp. 6 y ss., 24 y *passim*.

la Ley de 23 de julio de 1966 al establecer, si bien con carácter excepcional, que

«... cuando las circunstancias aconsejasen mantener la cuantía de las tarifas con módulos inferiores a los exigidos por la referida autofinanciación, el Gobierno a propuesta del gobernador civil respectivo podrá acordarlo así, autorizando simultáneamente las compensaciones económicas pertinentes».

Y en similares términos se pronuncia el artículo 149 del RSCL que, tras establecer en su párrafo 1 que la cuantía de las tarifas de los servicios públicos municipales o provinciales podrá ser igual, superior o inferior al coste del servicio, según aconsejen las circunstancias, añade en el párrafo 2:

«Si fuese inferior al costo del servicio la parte no financiada directamente por los ingresos tarifados se cubrirá mediante la aportación del presupuesto municipal o provincial, que si el servicio fuese gestionado en forma indirecta revestirá el carácter de subvención a la que se aplicará la limitación dispuesta por el párrafo 4 del artículo 129.»

Es decir, como consecuencia de la imposición por la Administración de tarifas deficitarias, por debajo de los costos de explotación, amortización y normal beneficio, la Administración viene obligada a suplir esa situación deficitaria, mediante el otorgamiento, normalmente, de subvenciones. Con lo que, en cierta medida, los principios de gestión a riesgo y ventura del concesionario y de suficiencia tarifaria quedan excepcionados (5).

(5) El sistema, por lo demás, no es ninguna novedad. La puesta en marcha del fenómeno ferroviario y la posterior gestión y explotación del servicio ferroviario condujo a un auténtico despliegue de medidas interventoras por la Administración concedente de las concesiones a cambio de las cuales fijaba la cuantía de las tarifas que podían percibir los concesionarios del público usuario. Sin embargo, la posibilidad de fijar la Administración las tarifas del servicio, aun otorgando subvenciones o garantías de interés que cubrían los posibles perjuicios derivados de la sustracción al concesionario del derecho de libre tarifación, era una posibilidad bien limitada y que encontraba fuertes resistencias a su uso generalizado al operar sobre auténticas relaciones contractuales. No de otra forma se configuraba la concesión de servicios públicos, por lo que cualquier alteración del régimen contractual a que se hubiere sujetado la concesión de servicios públicos—y dentro de él la cuantía de las tarifas era esencial—conllevaría inmediatamente la resolución por incumplimiento contractual con la correspondiente indemnización por daños y perjuicios. La articulación contractual de la concesión de servicios—en la que sigue anclado nuestro ordenamiento, tal como demuestra la Ley de Contratos del Estado, tema éste al que se ha referido agudamente SALAS HERNÁNDEZ: *Régimen jurídico-administrativo de la Energía Eléctrica*, 1977, pp. 59 a 101 y en mi recensión a dicho libro en el núm. 85 de esta Revista—venía, por tanto, a constituir un grave obstáculo al intervencionismo de la Administración en tal fundamental prestación servicial. De ahí el fuerte desarrollo de subvenciones, adoptando, incluso, formas de garantía de rendimiento mínimo como contrapartida a la facultad de imponer y

La Administración, pues, participa financieramente con normalidad —y ya no por meras razones coyunturales— en la gestión y explotación de los servicios públicos a través de concesionario interpuesto (6). Incluso, al estar prevista potencialmente su participación en el momento en que se produzca cualquier desequilibrio del régimen económico de la concesión, puede afirmarse que el principio de riesgo y ventura característico de los contratos administrativos ha dejado de presidir en la concesión de servicios (7). Lo que, insisto, trastoca gravemente los aspectos económicos tan decisivos en el resurgir de la técnica concesional.

No estará de más, por otro lado, advertir que esta situación de cobertura financiera por la Administración se ha localizado exclusivamente en el ámbito de las concesiones de servicios públicos. Las subvenciones afectadas a la financiación de servicios públicos —por así estipularlo inicialmente en las bases contractuales, o por posteriores modificaciones del objeto del servicio o tarifas o, en fin, por acaecer cualquier desequilibrio económico— aparecen, en realidad, interrelacionadas exclusivamente con la gestión concesional (8). En este sentido,

determinar la cuantía de las tarifas. Pero con ello mismo se llegaba a una clara distorsión de los principios estructurales sobre los que se asentaba la concesión de servicios. La potestad tarifaria de la Administración como tal no existía, y sólo excepcionalmente, apoyándose en el otorgamiento de determinadas garantías, o en algunos concretos títulos legitimadores, pero en sí mismos insuficientes para extender la potestad tarifaria de la Administración a cualquier concesión, era factible controlar y dirigir, en función de las cambiantes circunstancias, las tarifas de los servicios concedidos. Como ha señalado ARIÑO ORTIZ: *Las tarifas...*, *op. cit.*, páginas 27 y ss., las tarifas eran inamovibles al ser tarifas pactadas y quedar enmarcadas en un auténtico régimen contractual.

(6) Lo relevante, sin duda, es que el carácter excepcional con que la Administración participaba financieramente en los servicios concedidos —fundamentalmente, como hemos visto, en el ámbito de las concesiones ferroviarias— ha dado paso a una amplia generalización con motivo del potenciamiento del sistema de precios políticos. A ello debe la concesión, señalaba hace más de veinte años el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, uno de los motivos determinantes de su crisis actual, en *Sobre la naturaleza...*, *loc. cit.*, p. 153, nota 41. El proceso, pues, no ha sido sino un vertiginoso *crecendo* que, acompañado de las oportunas previsiones normativas, ha dado lugar a una yuxtaposición de principios de muy distinto alcance y significado.

(7) *Vid.* con carácter general el libro de ARIÑO ORTIZ *Las tarifas...* *op. cit.*, páginas 69 y ss., que por dicha razón ha hablado, como veremos más adelante, del paso del *principio de riesgo y ventura* en la gestión concesional de los servicios públicos al de *cobertura suficiente y beneficio controlado de la remuneración*.

(8) Por una razón elemental. Si desde el punto de vista del usuario podrá hablarse de régimen tarifario bonificado siempre que la tarifa que venga obligado a abonar por la utilización del servicio sea inferior al costo global de la prestación que recibe, sin embargo, desde la perspectiva presupuestaria, del gasto público, no siempre cabrá, a mi juicio, hablar de subvención. De ahí que ALBI: *Tratado de los Modos de Gestión de las Corporaciones locales*, Madrid, 1980, pp. 476-477, afirme que la subvención es incompatible, en primer lugar, con la gestión directa del servicio, «porque en realidad no hay en ella más que simples reajustes internos o meras transferencias entre presupuestos de entidades nutridos con fondos públicos». La afirmación, indudable en lo que se refiere a aquellas modalidades en las que el ente gestor aparece desprovisto de autonomía financiera, no deja de presentar alguna dificultad en los casos de organismos y entes gestores estatales dotados de personalidad jurídica propia y diferenciada de la del Estado. *Vid.* al respecto *infra*, nota 9.

En cuanto a las formas gestoras indirectas previstas en el ámbito local por el artículo 113 del RSCL, el propio ALBI, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 477, señala que tanto en el arrendamiento como en el concierto directo la subvención es inoperante: «En

para que pueda afirmarse con cierta exactitud que la Administración concedente del servicio coparticipa en la financiación de la gestión y explotación del servicio mediante la entrega de subvenciones será necesario como mínimo, requisito *sine qua non*, la diversificación de patrimonios y, por tanto, de personas jurídicas entre concedente y per-

el arrendamiento porque la Corporación percibe un canon, y el apoyo a los precios políticos se producirá, simplemente, mediante la reducción del mismo, sin poder llegar a su condona total, porque entonces ya no habría arrendamiento al desaparecer un elemento esencial del contrato». Obsérvese, sin embargo, cómo el citado autor no contempla más que el arrendamiento de instalaciones propiedad de la Corporación, olvidando el supuesto de arrendamiento de servicios. Pues bien, ello me parece perfectamente coherente con el marco general del análisis, en tanto que en esta modalidad (art. 141 del RSCL), las tarifas las percibirá la Corporación pagando un canon al arrendador particular con independencia de la cuantía de las tarifas —si existen— que aquélla perciba de los usuarios. El canon o precio, en este caso, difícilmente puede calificarse de subvención. Vid. al respecto, la Circular de 27 de noviembre de 1959 recogida a continuación en el texto. Situación ésta asimilable en cuanto al régimen financiero al concierto porque, «el gestor no percibe nada del usuario, puesto que la entidad local es la que satisface a aquél el coste del servicio». Y concluye ALBI, p. 477: «la fórmula que estamos considerando podrá repercutir, exclusivamente, sobre la concesión».

Mayores dificultades se presentan, por último, en las modalidades gestoras por Empresas o Sociedades de economía mixta —a la que LCE, configura como modalidad gestora indirecta y el RSCL como autónoma o, en todo caso, intermedia entre la directa e indirecta—, y en la llamada gestión interesada. En cuanto a la primera, gestión a través de empresas mixtas, el régimen económico-financiero en bien poco difiere del de la concesión. Como ha señalado, entre otros, GÓMEZ FERRER: *En torno a la Ley de Autopistas*, en «RAP» núm. 68 (1972), «la asimilación de la sociedad de economía mixta a la concesión es perfectamente defendible desde una perspectiva doctrinal», si bien, añade el autor, hay que tener en cuenta determinadas especialidades en el régimen jurídico de una y otra. Especialidades inexistentes por lo que ahora nos interesa. La asimilación aludida, por lo demás, encuentra sólidos apoyos normativos. El mismo GÓMEZ FERRER destaca cómo la Ley de Autopistas, cuyo ámbito es la concesión administrativa, «la ha concebido, sin embargo, con un criterio amplio, incluyendo en la misma la sociedad de economía mixta, a pesar de que la LCE (art. 63) la califica como una modalidad distinta de la concesión» (pp. 328-329).

Y por lo que respecta a la gestión interesada, la cuestión viene condicionada directamente por su distinción de la concesión servicial. No es el momento de abordar un análisis de semejante alcance que ha encontrado por lo demás cierto eco en la doctrina. Específicamente, vid. los trabajos de NIEVES BORRERO: *La gestión interesada en el Derecho Administrativo español*, en «RAP» núm. 26 (1958), p. 51 y ss., así como el de LORENZO MARTÍN-RETORTILLO: *De la gestión interesada a las cláusulas de interesamiento*, en «RAP» núm. 36 (1961), pp. 74 y ss., en el que pretende demostrar que la gestión interesada no es un auténtico concepto jurídico, no es una institución sustantiva equiparable a la concesión (pp. 74, 76, 92 y ss., y *pássim*). Por ello afirma L. MARTÍN-RETORTILLO, «la gestión interesada no existe y lo que existen son formas de interesamiento compatibles con una concesión de servicios públicos o un contrato de arrendamiento de servicios o una administración directa de servicios». Como en tantas ocasiones, el legislador, sin embargo, ha sancionado la gestión interesada como una más de las modalidades del contrato de gestión de servicios públicos (art. 66 de la LCE), oscureciendo así el propio perfil de la concesión. Porque ¿hasta qué punto la concesión, al haberse generalizado las ayudas financieras estatales y formulado con amplitud desmedida el principio de equilibrio financiero tal como veremos a continuación, hasta qué punto, digo, no llega a identificarse con la gestión interesada, en la que, por definición, el gestor tiene garantizada como mínimo una remuneración fija y cierta, hallándose directamente implicada la Administración en los resultados financieros de la gestión? ¿Hasta qué punto, cabe preguntarse, desde una perspectiva dogmática, son compatibles esas formas o cláusulas de interesamiento, con la concesión, al haberse recortado tan considerablemente el principio de riesgo y ventura y formulado el de beneficio controlado, fruto de la ecuación económica o equilibrio económico-financiero que preside el régimen jurídico de la con-

ceptor de la subvención (9). En todo caso, parece claro que el sistema está pensado en exclusiva para aquellos casos de gestión del servicio a través de concesionario. *A fortiori* recordemos como la Circular de 27 de noviembre de 1959, circular dictada por la Dirección General de Administración Local, respecto al otorgamiento de subvenciones por las Corporaciones locales, e interpretativa de la Orden de 31 de julio de 1959 sobre Instrucciones para la formación de los Presupuestos de las Corporaciones locales para 1960, al precisar los supuestos concretos que merecían la calificación de subvención afirmaba que

«tampoco tendrán carácter de subvención el precio de los contratos concertados por la Corporación local, ajustándose al vigente Reglamento de contratación».

cesión? ¿Hasta qué punto, en definitiva, la figura de la concesión ha perdido desde esta perspectiva financiera su configuración tradicional, presidida por el principio de riesgo y ventura, y ha pasado a ser una auténtica gestión interesada en la que concesionario y Administración—actual o potencialmente—aparecen implicados económicamente en los resultados financieros de la gestión? Insisto, a mi juicio, hay una zona de incertidumbre en este ámbito que conduce a posiciones, por ejemplo, como la que mantiene DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ en *Las comunicaciones marítimas nacionales: calificación jurídico-administrativa de los «servicios de soberanía»*, en el núm. 80 de esta REVISTA (1976), p. 187, que, al analizar el contrato por el que se adjudicó a Transmediterránea el servicio marítimo que enlazaba la Península con las islas y zonas de soberanía, afirma: «Si se toma la concesión en su sentido estricto de "gestión a riesgo y ventura", nos vemos obligados a calificar el contrato no como concesión, sino como "gestión interesada...", y añade, «a esto lleva la forma de subvencionar el servicio, que al realizarse sobre los resultados de la contabilidad de la compañía con el fin de "equilibrar los conceptos de gastos e ingresos" eliminan el riesgo empresarial, al mismo tiempo que las posibilidades de beneficio características de la "gestión a riesgo y ventura"».

Ni que decir tiene que no debe buscarse en las líneas que anteceden otra pretensión que la de reflexionar críticamente sobre uno más de los aspectos problemáticos que se ciernen sobre tan capital técnica jurídica. Vid. en esta línea el libro de SALAS HERNÁNDEZ: *Régimen...*, op. cit., pp. 59 y ss., y mi recensión en el núm. 85 de esta REVISTA.

(9) Poniendo como ejemplo el servicio de Correos, GARCÍA DE ENTERRÍA, en *Sobre la naturaleza...*, loc. cit., p. 153, nota 40, afirmaba que «formalmente no puede hablarse de subvención, dada la indiferencia de fondos que el sistema de gastos presupuestarios representa, ya que todos los costos del servicio son financiados con fondos generales». Si bien, dejaba a salvo aquellos casos en los que el servicio está organizado en régimen de autonomía financiera e, incluso, en aquéllos que no lo están, ya que «internamente, sin embargo, contabilizando total de gastos y total de rendimientos por tasas, es posible determinar si existe o no protección a estas tasas con relación al coste del servicio, y el reparto fiscal, por consiguiente, de la carga oportuna». A mi juicio, no obstante, aun en los casos en que el servicio esté dotado de personalidad jurídica propia—pública o privada—y consiguientemente de autonomía financiera y patrimonio propio, me parece dudoso que pueda hablarse con carácter general de subvenciones. No es lugar apropiado para entrar en detalles, pero sí señalaré que la doctrina del Consejo de Estado ha detectado perfectamente la trascendencia—fundamentalmente de tipo presupuestario—del tema. Por otro lado, la misma autonomía financiera queda seriamente afectada por la presencia tan potenciada en nuestro ordenamiento de las llamadas *subvenciones compensadoras de déficit* de los organismos estatales industriales y comerciales, como el caso de RENFE o el paradigmático de Transmediterránea, subvenciones que resultan ser, por otro lado, auténticas dotaciones presupuestarias del servicio, a pesar de que tales organismos e, incluso, concesionarios, obviamente, dispongan de ingresos propios. Así ha venido declarándolo reiteradamente nuestro Consejo de Estado en multitud de dictámenes; entre otros, vid. Dictámenes de 11-11-1950, 14-7-1980, 2-11-1987, 18-6-1971, etc.

exceptuando, sin embargo, proseguía la citada circular,

«los supuestos especiales previstos en el artículo 129 del Reglamento de Servicios, a que se refiere el párrafo 3 del artículo 23 del mismo Reglamento».

La conclusión que podemos extraer, pues, es bien sencilla. La percepción de subvenciones por el concesionario no tendrá de ninguna forma la consideración de precio contractual.

2. El segundo frente a través del cual se ha generalizado la intervención o participación financiera de la Administración en el servicio concedido, viene dado por la formulación del principio de equilibrio económico de la concesión.

El principio, como tantos otros, se formuló inicialmente por el Consejo de Estado francés a principios del actual siglo en una serie de conclusiones de las cuales ha adquirido celebridad el *Arrêt BLUM*, de 11 de marzo de 1910. Admitido que la Administración concedente del servicio puede imponer el concesionario, por razones de interés general, modificaciones en el servicio, el Consejo de Estado reconocerá como un principio de *équivalence honnête* el derecho del concesionario, en contrapartida, al establecimiento de la ecuación financiera del contrato de concesión (10). El mantenimiento del equilibrio económico de la concesión —la *équivalence honnête* del Consejo de Estado— aparece, pues, como la garantía por la que el concesionario que contrató con la Administración, no se verá lesionado o, al menos, defraudado en sus intereses legítimos. Es obvio, por otro lado, que el principio parecía pensado fundamentalmente para compensar económicamente al concesionario por las posibles modificaciones tarifarias que introdujere la Administración en el transcurso del plazo de gestión concesional.

Pues bien, la formulación jurisprudencial y doctrinal que se desencadena en el país vecino, es recogida en nuestro ordenamiento jurídico inicialmente en 1955 con la aprobación del RSCL. La recepción, sin embargo, va a sufrir algún que otro desliz y de la ponderada y equitativa formulación del Consejo de Estado, el RSCL, va a ofrecer una dificultosa versión, contradictoria en sí misma, e insostenible *en sus términos literales* con relación a la propia esencia del sistema concesional.

Al lado de lo que en la doctrina francesa parece ser la hipótesis típica que da entrada a la restauración del equilibrio económico alterado —fundamentalmente por modificaciones tarifarias, aspecto recogido fielmente en el RSCL tal como acabamos de señalar—, al lado de ello, sin embargo, el RSCL va a hacer extensible el principio de equilibrio a todos aquellos casos en que la ruptura de la economía de la concesión se haya producido por la concurrencia de circunstancias sobrevenidas y no previstas inicialmente en la celebración del contrato —es decir, a aquellos supuestos que la doctrina ha tipificado como

(10) Sobre la doctrina del Consejo de Estado francés, *vid.* la obra de LAUBA-DÈRE: *Traité...*, *op. cit.*, tomo II, pp. 33 y ss.

riesgo imprevisible—e, incluso, por cualquier otra circunstancia que alterando negativamente para la economía del concesionario el régimen financiero pactado, no sea imputable a una deficiente gestión. Tal como decimos, tras sancionar clara y terminantemente el artículo 127-2.º b) del RSCL la teoría del riesgo imprevisible, los artículos 126-2.º b) y 152-2.º—éste último dentro del capítulo relativo a las tarifas—del citado texto legal desdibujan totalmente el originario significado del principio de *équivalence honnête* al establecer que

«en el régimen de la concesión se diferenciará la retribución económica del concesionario, cuyo equilibrio a tenor de las bases que hubiesen servido para su otorgamiento, *deberá mantenerse en todo caso* y en función de la necesaria amortización, durante el plazo de concesión del coste de establecimiento del servicio que hubiera satisfecho, así como de los gastos de explotación y normal beneficio industrial».

Y en similares términos el artículo 152, párrafo 3, al prever las causas que dan lugar a la revisión de la cuantía de las tarifas, establece que

«la revisión extraordinaria procederá de oficio o a petición de la Empresa o concesionario *siempre que se produjese un desequilibrio en la economía de la Empresa o de la concesión*, por circunstancias independientes a la buena gestión de una u otro».

No estará de más, a la vista de la amplia formulación del principio de equilibrio económico-financiero, resaltar la «originalidad» del sistema que provoca la terminante separación y distanciamiento del mecanismo revisor de precios de los contratos administrativos previstos para el ámbito local por el artículo 57, párrafo e), del RCCL, dejado en suspenso por el Decreto de 25 de febrero de 1955, lo cual ha venido planteando problemas de interpretación (11), y para el ámbito estatal por

(11) La cuestión de la vigencia del Decreto de 25 de febrero de 1955, que dejó en suspenso el artículo 57, párrafo e), del RCCL, ha venido planteándose con normalidad ante los Tribunales. El TS entendió en alguna ocasión inaplicable el citado Decreto de 1955, «dado su carácter provisional y contingente, como toda medida suspensoria del orden jurídico...». Vid. al respecto el libro de BALBÍN PECHUÁN *Los contratos municipales*, Madrid, 1976, pp. 127 y ss. No obstante, con mayor amplitud y precisión, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Madrid, 1976, teniendo en cuenta la existencia de jurisprudencia contradictoria a la señalada (verbigracia, sentencia de 5 de enero de 1972), que afirma la vigencia del Decreto de 1955. En todo caso, tal como señalan los citados autores, el Decreto de 31 de mayo de 1974, con alguna modificación, ha dispuesto finalmente aplicable a las Corporaciones Locales el Decreto-ley de 4 de febrero de 1964 sobre revisión de precios.

Por otro lado, de nuevo hay que aludir a ALBI: *Tratado...*, op. cit., pp. 567-568, quien rápidamente señaló el voluminoso error de enfoque del RSCL al consagrar una patente desigualdad de trato al formular el principio de equilibrio financiero con referencia exclusiva a la concesión, «siendo así que es notorio—dice ALBI—que la ecuación financiera, como el hecho del príncipe y la teoría de la imprevisión a los que complementa, afectan de modo general a todos los

el Decreto-ley de 4 de febrero de 1964. De nuevo el planteamiento globalizador de los contratos administrativos debe matizarse a la vista de peculiaridades tan decisivas como la que ahora comentamos. Mientras que el principio de equilibrio financiero, tal como lo formula el RSCL, consiste en una técnica que, por imperativo legal, automáticamente restablece la equivalencia de las prestaciones contractuales, cualquiera que sea la causa productora de la alteración y siempre que no sea imputable a la gestión del concesionario (12), el mecanismo revisor de precios en los contratos administrativos—fundamentalmente de obras y suministros—sólo parece ser aplicable cuando se hubiere pactado expresamente en el contrato, no produciéndose además, y esto me parece capital, el íntegro restablecimiento del inicial equilibrio financiero del contrato (13). De forma que, a diferencia del principio de equilibrio financiero, tal como se formula en nuestro ordenamiento jurídico local, la mayor onerosidad en que pueda devenir el contrato

contratos». Igualmente, ARIÑO ORTIZ: *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Madrid, 1968, pp. 248, opina que *análogamente* el principio es de aplicación general a todos los contratos. Interpretación análogica, no obstante, difícilmente sustentable a la vista del dato normativo que reafirma la LCE al volver a enunciar el principio con relación exclusiva al contrato de gestión de servicios.

(12) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso...*, op. cit., pp. 511 y siguientes, y los distingos que allí se establecen según la causa productora del desequilibrio financiero. Bajo el denominador común de «técnicas de garantía del equilibrio financiero del contrato» encuadran a las compensaciones debidas por el ejercicio del *ius variandi*, el supuesto del *factum principis*, la teoría de la *imprevisión* o *riesgo imprevisible* y, en último término, la *revisión de precios*. Dificultosa resulta, por otro lado, la interpretación del artículo 128, párrafo 2, b), del RSCL, como exclusivamente reconducible a aquellos supuestos previstos en el artículo 127, párrafo 2, 2.º del citado cuerpo legal, es decir, a aquellos casos de alteración financiera por modificación del objeto del contrato, concurrencia de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles, asunción directa del servicio y rescate o supresión del mismo, a la vista de otros preceptos del RSCL ya citados con anterioridad. De ahí, básicamente, la fuerte crítica de ALBI al RSCL en este punto concreto: *Vid.* su *Tratado de los modos de gestión*, cit., pp. 569-570. En todo caso, las diferencias de régimen jurídico entre cada una de las técnicas es ostensible. En el propio *Curso de Derecho Administrativo*, cit., GARCÍA DE ENTERRÍA afirma (p. 517) que «la doctrina de la imprevisión no se traduce en una compensación integral de los perjuicios sufridos por el concesionario a lo largo de su gestión, como ocurre en el caso del *ius variandi*, sino en un reparto de los perjuicios...». Igualmente sucede en la revisión de precios (*vid.* p. 520).

(13) GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso...*, op. cit., explican que la revisión resulta *ex contractus* y no *ex lege*; es decir, no se trata de una aplicación automática de la Ley. Si bien, añaden, «este planteamiento, según el cual no hay derecho a la revisión si ésta no se ha pactado expresamente, dista mucho de ser satisfactorio» (p. 520). Al respecto, la jurisprudencia parece decidida, no obstante, a superar la situación. En *sentencia de 26 de octubre de 1977 (Ar., 3964) (ponente, JIMÉNEZ HERNÁNDEZ)*, tras afirmar que «la revisión de precios tiene una naturaleza exclusivamente contractual y excepcional, y ello hasta el extremo que, según la doctrina, el sentido normativo de la disposición (se refiere al Decreto-ley de 4 de febrero de 1964) debe entenderse en forma tal que si no se pacta expresamente la cláusula revisora, no podrá considerarse sobrentendida o tácitamente acordada, ni el contratista podrá exigir su inserción posterior, debiendo quedar sujeto (el contrato de obras) al principio de riesgo y ventura (art. 46 LCE)»; sin embargo, concluirá el TS que «aun no formalizada la revisión en el contrato, y existiendo en el *Pliego de Condiciones Generales*, cabe calificar aquella situación como actuación administrativa irregular que no puede privar de efecto a la revisión».

no va a ser asumida íntegramente por la Administración, sino que se produce una intercomunicación o coparticipación de cargas Administración-contratista. La inicial equivalencia contractual no queda, por tanto, congelada a lo largo de la ejecución del contrato, sino que es susceptible de variación, dentro de unos márgenes, operando tanto a favor como en contra de cualquiera de las partes contratantes. En definitiva, el principio de riesgo y ventura sigue presidiendo la contratación administrativa.

Por el contrario, la situación jurídica en el contrato de gestión de servicios públicos a través de concesionario interpuesto parece ser diametralmente opuesta. El principio característico de la contratación de riesgo y ventura, en los contratos administrativos de gestión de servicios públicos a través de concesionario, se ha transformado inexplicablemente en un auténtico seguro de garantía que, eliminando el riesgo empresarial—salvo el derivado, obviamente, de una deficiente gestión o de un erróneo cálculo en las cláusulas contractuales—, garantiza al concesionario una tasa de beneficio (14). De ahí que se haya enunciado el paso del principio de riesgo y ventura en la gestión del servicio al de cobertura suficiente de la remuneración del concesionario (15) que llega a encontrar su máxima expresión en la formulación del princi-

(14) ALBI, en su *Tratado...*, op. cit., p. 569, afirmaba: «En virtud de estos últimos preceptos el principio de equilibrio financiero parece transformarse; deja de ser una fórmula excepcional, para convertirse en una garantía normal de los intereses del concesionario, en un verdadero seguro gratuito que cubriría al mismo de todos los riesgos de la empresa, trasladándolos íntegramente a la Administración Pública, quedando así desvirtuada la esencia misma de la concesión..., por lo cual—concluye ALBI—hay que considerar como inoperantes las mencionadas normas, en pugna con los principios generales de eterna justicia y que conducen a consecuencias absurdas que no pueden prevalecer...». Conclusión la de ALBI unánimemente sustentada por la doctrina dominante, a pesar de las dificultades que entraña frente a la rotundidad con que se manifiesta el RSCL. Así GÓMEZ FERRER: *Legislación estatal...*, op. cit., p. 307, en nota 17, puntualiza que «conviene precisar que nos referimos siempre al equilibrio económico de la concesión, es decir, al mantenimiento de las bases económicas que se tuvieron en cuenta en el momento de su otorgamiento; no al equilibrio económico de la empresa concesionaria, que puede sufrir—a su costa—desequilibrios ajenos al mantenimiento de tales bases, como sucederá si su oferta no fue adecuada en términos económicos o si la gestión económica es deficiente. No se trata, por tanto, de que el concesionario disponga de una especie de garantía de que la Corporación concedente cubrirá sus eventuales pérdidas y le asegurará un beneficio normal caso de que no se produzca, porque tal configuración iría incluso contra lo dispuesto en el artículo 129, 4.º, del RSCL, y haría desaparecer el principio de riesgo y ventura». De igual modo se pronunciaba inicialmente ARIÑO ORTIZ: *Teoría del equivalente económico...*, op. cit., p. 247. Con relación a la formulación del RSCL, cfr., no obstante, con su posición mantenida últimamente en *Las tarifas...*, op. cit., a la que me refiero en la nota siguiente. Vid., asimismo, las observaciones que formula CLAVERO en su comentario *El Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955*, en el número 19 de esta REVISTA, p. 299.

(15) Así lo ha hecho ARIÑO ORTIZ: *Las tarifas...*, op. cit., pp. 69 a 72. «Aun cuando en el orden de los principios, el riesgo y ventura sigue afirmado en las leyes, la realidad es bien distinta, pues por un camino o por otro es práctica frecuente asegurar al concesionario una garantía de interés para sus inversiones y así, de hecho, hemos pasado hoy de una situación de separación y riesgo y ventura, a una situación de cooperación y cobertura suficiente» (p. 71).

pio de equivalencia objetiva de las prestaciones contractuales (16). Principio de cobertura suficiente comprensivo, por lo demás, del global régimen económico-financiero de la concesión y no exclusivamente de la suficiencia tarifaria ya visto.

III. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBLIGACIÓN DE MANTENER EL EQUILIBRIO ECONOMICO-FINANCIERO DE LAS CONCESIONES DE SERVICIOS: EXAMEN DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE MARZO DE 1977

Por todo lo dicho, la Administración concedente del servicio viene obligada a compensar al concesionario por los desequilibrios o alteraciones que durante la gestión experimente el régimen económico-financiero de la concesión. Esas compensaciones, según hemos visto, se concretan en el otorgamiento de subvenciones. Sin embargo, debe tenerse bien presente que tales subvenciones afectadas a la gestión de servicios locales por concesionario se separan abiertamente de las subvenciones propiamente dichas, que el RSCL regula en su título II bajo el epígrafe *Acción de Fomento* (17) (arts. 23 a 29), al establecer el artículo 23, párrafo 3 del citado Reglamento, que

(16) En tal sentido, ARIÑO ORTIZ: *Las tarifas...*, op. cit., pp. 119-120 y 165, que aboga decididamente por la utilidad del «automatismo de una formulación matemática del equilibrio financiero». Parece tratarse de una formulación matemática, sobre la base de una pretendida *equivalencia objetiva* de las prestaciones, que encontraría su propia justificación en el citado artículo 129 del RSCL al establecer la remuneración de la concesión. Vid., no obstante, sobre el tema de la equivalencia de las prestaciones en el ámbito contractual el libro de ARECHEDERRA ARANZADI: *La equivalencia de las prestaciones en el Derecho contractual*, Madrid, 1978; así como el artículo de LÓPEZ JACOISTE: «Sobre la afora de la equivalencia contractual», en los *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, vol. II, Madrid, 1976, pp. 829 a 867, quien escribe en pp. 843-844, refiriéndose a la contratación administrativa, que «no se plantea propiamente —al igual que en la contratación civil— el tema de una equivalencia inicial rigurosamente objetiva configuradora de la estructura del contrato, sino del remedio que haya de darse, mediante la revisión de precios, a las consecuencias económicas de circunstancias nuevas acusadas en la fase de ejecución. Se trata, por lo mismo, del mantenimiento de la concreta proporcionalidad convenida inicialmente más que de verdadera equivalencia objetiva».

(17) Debe recordarse aquí cómo la llamada acción de fomento ha sido objeto de fuertes críticas por la doctrina, críticas que han llegado lógicamente a alcanzar a lo que se ha venido considerando tradicionalmente como una de las técnicas más relevantes y significativas del fomento, es decir, la subvención. Puede verse, en este sentido, para un planteamiento general de la acción administrativa y, en concreto, del fomento, el conocido trabajo de JORDANA DE POZAS: *Ensayo de una teoría del fomento en Derecho Administrativo*, «REP» núm. 48 (1949), pp. 41 y siguientes, publicado también en el tomo I de la obra colectiva *Estudios de Administración local y general en honor a Jordana de Pozas*, Madrid, 1961, pp. 477 a 487. Asimismo, la voz *Fomento*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, X, 1960, redactada por PELLISE PRATS. Desde una perspectiva crítica, la bibliografía es realmente abundante, entre la que destaco el trabajo de BAENA DEL ALCÁZAR: *Sobre el concepto de fomento*, en el núm. 54 de esta REVISTA (1967), pp. 43 a 85, que pone de manifiesto la insuficiencia de la clasificación tripartita de la acción administrativa y califica al concepto de fomento de «noción indefinida y poco precisa, válida simplemente a efectos didácticos», así como en pp. 76 y ss., las obser-

«las subvenciones para financiar servicios municipales o provinciales se regirán por lo dispuesto en el título tercero» (18).

Se trata, por tanto, de subvenciones que por su propia modalidad de afectación a la gestión de un servicio público concedido siguen un régimen jurídico diferente al previsto con carácter general por el RSCL. En este sentido, aparece nitidamente el carácter indemnizatorio que caracteriza a este tipo de subvenciones (19), si bien y éste es a mi juicio un dato capital, no encuentran su origen en el contrato que liga al

vaciones que hace al encuadramiento de la subvención dentro del servicio público como un modo de gestión particular del mismo, y la crítica a la regulación de la subvención en el RSCL. Desde esta perspectiva crítica puede verse también el trabajo de Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO: *La configuración jurídica de la Administración pública y el concepto de Daseinvorsorge*, en el núm. 38 de esta REVISTA (1962), en especial pp. 59 y ss.

(18) Si bien, a mi modo de ver, no resulta muy clara la diferencia entre el supuesto previsto en el párrafo 1 del artículo 23 del RSCL y este párrafo 3 del mismo artículo, porque, en definitiva, en ambos casos la subvención aparece afectada a la financiación de actividades o servicios de competencia local. Diferencia, no obstante, que explican aquellos autores, como ALBI, o la doctrina presente en la *Journé de Maestrich*, celebrado en 1951 bajo los auspicios del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas—SEELDRAYERS, CRABBE, GRAND'RY, etc.— y que conciben a la subvención como un modo gestor de servicios públicos, de la siguiente forma: «Existen dos diversas modalidades de subvenciones; la subvención pura, con individualidad propia y régimen jurídico especial (sometida al título II del RSCL y que se caracteriza por ser un modo gestor de servicios, al igual que la concesión, empresa mixta, etc.), y la subvención mixta, que constituye un simple complemento financiero de otros modos gestores y se sujeta a normas específicas (título III del RSCL)»: *Vid. ALBI en su Tratado...*, *op. cit.*, página 476 y ss. En todo caso, el concepto tradicional de subvención, configurado ante todo como un medio técnico de fomento, ofrece en la actualidad otra caracterización, como técnica redistribuidora de rentas. Así fue señalado tempranamente por GARCÍA DE ENTERRÍA: *Sobre la naturaleza de la tasa...*, *loc. cit.*, páginas 151-152 y 156; y VILLAR PALASÍ: *Concesiones administrativas...*, *loc. cit.*, p. 688, que afirma que «el sistema de los precios políticos le sirven al Estado para la actuación de determinados fines públicos, y entre ellos para conseguir una política redistributiva de la riqueza». De lo que no cabe duda es que el análisis del concepto de subvención implica enfrentarse entre otros temas con una amplia perspectiva presupuestaria.

(19) De subvención-indemnización y compensación habla VILLAR PALASÍ: *Las técnicas administrativas de fomento y de apoyo al precio político*, en el núm. 14 de esta REVISTA (1954), pp. 70 y ss. Este carácter indemnizatorio ha inducido incluso a negar el carácter subvencional de las compensaciones económicas que recibe el concesionario por la prestación del servicio a precios políticos. Cfr. en esta línea de pensamiento las conclusiones del seminario organizado por el IEAL, recogido en el volumen *Seminarios y Simposios de Investigación*, 1973, pp. 75 y ss., y, en especial, la conclusión 14.ª: «El seminario opina que resulta inadecuado utilizar el término subvención para referirse a las compensaciones económicas que recibe el concesionario por la prestación del servicio y que, por tanto, el límite del 50 por 100 de su coste establecido en el RSCL (art. 26-1, 4.º), que se refiere a la actividad de fomento no debería aplicarse en el régimen de la concesión, pudiendo llegarse a la total compensación del coste de gestión cuando el concesionario no perciba tarifa de los usuarios». Algunas precisiones, no obstante, merece tal conclusión. Por un lado, olvida que la limitación establecida en el artículo 26-1, 4.º, de que la subvención no excederá en ningún caso del 50 por 100 del coste de la actividad a que se aplique no es de aplicación al supuesto de las subvenciones otorgadas a concesionarios de servicios públicos a la vista de su exclusión de las previsiones del título II del RSCL, y, por ende, del propio artículo 26. Pero es que además, como ya he señalado, el Reglamento, con una notable incorrección, en su artículo 129, párrafo 2, no duda en afirmar

concesionario con la Administración, sino única y exclusivamente en la Ley, o, precisando más, en la norma, en el reglamento. Lo cual plantea sugestivos problemas jurídicos—el del ámbito reglamentario o el de las materias reservadas a la Ley, entre otros— de los que me ocupo en otro lugar (20). Es decir, la obligación que pesa sobre la Administración de subvencionar a un concesionario por la imposición de precios políticos o por la simple ruptura del equilibrio financiero de la concesión es una obligación legal, nacida de la Ley y no del contrato (21). Así parece entenderlo la jurisprudencia que con motivo de las pretensiones de resolución contractual por alteraciones tarifarias de los servicios concedidos ha sentado una destacable doctrina de la que quiero traer a colación la *sentencia de la Sala 4.ª, de fecha 4 de marzo de 1977* (Ar., 1608; ponente, Paulino MARTÍN MARTÍN).

Los hechos que originan la *litis* podemos sintetizarlos en los siguientes:

El concesionario de los servicios del Matadero Municipal de Irún solicitó, por escrito de fecha 25 de marzo de 1970, el reconocimiento de

que «también podrá consistir la retribución, juntamente con alguno de los conceptos anteriores, o *exclusivamente* si el servicio hubiere de prestarse gratuitamente en subvención a cargo de los fondos de la Corporación». En parecidos términos, *vid.* el párrafo 4 del artículo 129. Preceptos duramente criticados, por lo demás, por ALBI: *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 467 y 561 y ss.

(20) El juego del principio de legalidad y, más concretamente, el principio de las materias reservadas a la ley suscita interesantes cuestiones en relación con la actividad subvencionatoria de la Administración. De ello espero dar cumplida referencia en mi tesis doctoral en curso de elaboración sobre el Régimen jurídico-administrativo de las subvenciones. En todo caso, merece la pena recordar ahora que la doctrina alemana se ha ocupado muy frecuentemente de este tema, de lo que es un buen ejemplo, entre otros muchos, el libro de JESCH, *Ley y Administración (Estudio de la evolución del principio de legalidad)*. Trad. española, IEA, Madrid, 1978, pp. 219 y ss.

(21) No es el momento de abordar ahora en toda su dimensión cuestión tan espinosa como la de la naturaleza jurídica—contractual o simple acto administrativo—de la subvención. En todo caso no quiero dejar de subrayar algunos aspectos importantes. Como a continuación se detalla en el texto, las subvenciones afectadas a la gestión de servicios públicos concedidos, cuyo otorgamiento viene condicionado genéricamente en virtud del principio de equilibrio financiero de la concesión y más específicamente por la imposición de precios políticos o tarifas bonificadas, en forma alguna nacen del contrato concesional. Vale la pena insistir en esta idea, dada su vigencia doctrinal entre nosotros. Así, el profesor GARRIDO FALLA, en su *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II de la Parte general, 2.ª reimpresión de la 5.ª edición, Madrid, 1977, en p. 324 escribe que «en otros casos, en cambio, en que la subvención tiene igualmente por causa el comportamiento del subvencionado, su concesión se realiza mediante un procedimiento contractual. Ocurre así en aquellas concesiones de servicios públicos en que la subvención se pacta como contrapartida del límite tarifario impuesto por la Administración coincidente. Entonces—concluye GARRIDO FALLA—al poder tarifario que originariamente tiene la Administración se añade un evidente fundamento contractual». Concepción ésta, a mi juicio, que si bien responde con fidelidad a tiempos anteriores, básicamente a las subvenciones otorgadas al ferrocarril durante el siglo pasado y principios del actual, tal como lo demuestra la jurisprudencia de la época al calificar taxativamente a la subvención como contrato e, incluso, como contrato civil—entre otras, *vid.* las sentencias de 8 de febrero de 1866 (*Jurisprudencia Administrativa*, p. 109 del tomo correspondiente al mismo año), 5 de enero de 1906 (*Alcubilla* de 1905, p. 848), 4 de enero de 1928, 10 de junio de 1930 (*Aranzadi*, 891), etc.— hoy, sin embargo, resulta de todo punto inaceptable. Así lo ha entendido la más reciente jurisprudencia que a continuación se analiza.

la nulidad de la relación contractual con el Ayuntamiento de dicha población o, alternativamente, la resolución de dicha relación, con el siguiente *petitum*: «devolución de la fianza, reintegro de las cantidades invertidas en el Matadero, abono de las cantidades necesarias para el equilibrio financiero de la concesión e indemnización de daños y perjuicios».

Ante el acuerdo del Ayuntamiento denegatorio, se interpuso recurso de reposición que, igualmente desestimado, da paso al recurso contencioso-administrativo. La Sala de la Audiencia Territorial de Pamplona dictó sentencia el 12 de mayo de 1971 por la cual, rechazando la presunta denegación por silencio administrativo de la reposición, anula, por no ser conforme a Derecho, los expresados acuerdos objeto del recurso y declara resuelta la relación contractual. Como consecuencia de tal resolución contractual, la Audiencia condena a la Administración a: «Primero: *Devolver al concesionario la fianza o garantía definitiva* por éste constituida a los efectos de la concesión y por importe de un millón de pesetas. Segundo: *Restituir del importe de los materiales e instalaciones efectuadas por él mismo en el aludido Matadero* por las bases del pliego de condiciones del concurso, en la parte que proporcionalmente corresponda a la parte del plazo contractual de veinte años previsto durante la cual el concesionario no desempeña la concesión, con los *intereses legales* correspondientes desde la fecha en que cese en el desempeño de la misma concesión. Tercero: Abonar al concesionario en concepto de *indemnización de daños y perjuicios* una suma igual a la diferencia que, por razón del lapso de tiempo que media entre el 30 de noviembre de 1969 y la fecha en que el expresado concesionario se cese en la concesión, resulte entre el total de lo que le hubiera correspondido percibir de aplicarse las tarifas aprobadas por Resolución de la Delegación de Hacienda de Guipúzcoa de 31 de enero de 1966 y lo percibido o debido percibir por aplicación de las tarifas vigentes y aplicables en dicho lapso de tiempo, cuya suma a abonar podrá ser determinada también en trámite de ejecución de esta sentencia».

Promovido recurso de apelación por el Ayuntamiento de Irún el Tribunal Supremo lo estima, revocando la sentencia impugnada y declarando, a su vez, la validez y eficacia del primitivo acuerdo del Ayuntamiento y confirmado en reposición, en base a los siguientes Considerandos:

CDO. 4.º «Que, por otra parte, no constituye en sentido propio un supuesto de incumplimiento contractual el hecho jurídico de que la Administración concedente del servicio no acceda a restablecer el equilibrio económico de la concesión, denegando la petición del concesionario en vía administrativa, porque, 1) la ruptura del equilibrio financiero se hace consistir por el propio reclamante en una reducción de las tarifas vigentes en el momento de iniciarse la gestión del servicio, acordada por

el Ministerio de Hacienda en 19 de febrero de 1969, y no por el Ayuntamiento concedente del servicio, y es manifiesto que las modificaciones de las tarifas por el Ente público competente no son contempladas por el Reglamento de Servicios (art. 127) en relación con lo dispuesto por el artículo 74 de la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965, como supuesto de *incumplimiento por parte de la Administración concedente, sin como una potestad de ésta*, llevando aparejada tal facultad, si entraña alteración del equilibrio financiero de la concesión o contrato en el que se formaliza, la compensación económica del contratista, pero sin necesidad de que entre en juego la facultad resolutoria; 2) porque la obligación legal que pesa sobre la Administración de mantener dicho equilibrio, *no es una prestación o contraprestación que forme parte del contenido obligacional de la concesión, sino deber o carga legal* (art. 127, núm. 2, del Reglamento), *que otorga al concesionario el derecho a obtener la compensación económica necesaria para restablecer el equilibrio económico roto* (art. 128, núm. 3), y que, en este caso, solicitada la compensación por el contratista y denegada por el Ayuntamiento (basada entre otras razones en la no firmeza de la resolución ministerial que rebajó la tarifa, al haber impugnado el Ayuntamiento en vía contenciosa tal resolución, hoy firme al haber desestimado el recurso la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1972 (R. 2611), fue obtenida por la sentencia de la Sala de Pamplona de 24 de febrero de 1971, confirmada por la de esta Sala de 27 de abril de 1976 (R. 2408) (22),

(22) Con anterioridad, y a consecuencia de la diferencia existente entre la tarifa que sirvió de base a la concesión del servicio del matadero municipal de Irún y la aprobada para la prestación del servicio por Orden del Ministerio de Hacienda, el concesionario reclamó ante el Ayuntamiento concedente una cantidad alzada correspondiente a la diferencia entre ambas tarifas, así como a la indemnización por daños y perjuicios. Vale la pena advertir que GÓMEZ FERREER, en un reciente trabajo publicado en el núm. 84 de esta REVISTA, bajo el expresivo título *Legislación estatal en materia de precios y concesiones de las Corporaciones locales*, cit., aborda precisamente el estudio de la incidencia de la normativa estatal en materia de precios sobre las concesiones locales de servicios cuyas tarifas deben revisarse de acuerdo con las cláusulas concesionales. El tema central se concreta, pues, al análisis de quién debe soportar la imposibilidad de aumentos tarifarios al prohibirlo la normativa estatal. Pues bien, es de destacar la plena coincidencia de las conclusiones últimas a las que llega el autor con la reciente jurisprudencia que comento. Jurisprudencia que ha abordado y resuelto definitivamente el tema de la incidencia que sobre el equilibrio financiero de la concesión tiene la regulación de los precios o tarifas por una autoridad distinta de la concedente del servicio. Así, con motivo del *petitum* del concesionario del matadero municipal a que antes aludía, la Sala de la Audiencia Territorial de Pamplona sentó la siguiente doctrina, confirmada posteriormente por el Tribunal Supremo en la *sentencia de 27 de abril de 1976*: «... Que las notorias diferencias cuantitativas (de las nuevas tarifas aprobadas por el Ministerio de Hacienda) en relación con las inicialmente aprobadas producen una ruptura del equilibrio en las bases de la concesión al alterar profundamente la retribución económica que el concesionario había de percibir de los usuarios del servicio, «cuyo equilibrio deberá mantenerse en todo caso».

siendo de destacar, a este respecto, que cuando se trata de incumplimiento del vínculo contractual la facultad resolutoria puede ir acompañada del resarcimiento de daños y perjuicios (arts. 65, núm. 3, y 92, núm. 1, del Reglamento de Contratación), a diferencia de la indemnización o acción de resarcimiento que acompaña al supuesto de que no se mantenga por la Administración el equilibrio financiero de la concesión, en cuyo caso, la carga impuesta sólo alcanza a aportar la suma suficiente para restaurar la base económica de la relación contractual.»

CDO. 5.º «Que, desde otra perspectiva de enjuiciamiento el Ayuntamiento de Irún no consta que haya manifestado una negativa deliberada de no cumplimiento de lo pactado, de una manera definitiva e irreformable, sino que en este supuesto, las circunstancias son otras (que imposibilitarían la aplicación de la doctrina general del incumplimiento contractual), porque, en efecto, el contratista no ha solicitado (en relación con un periodo posterior a la primera petición y ya vencido) el restablecimiento del equilibrio perturbado, no dando ocasión a la Administración de pronunciarse de nuevo sobre el tema, y fundamentalmente porque el Ayuntamiento trató por todos los medios—en aquel momento la cuestión no estaba judicialmente zanjada—de restablecer las tarifas primitivas de una peseta con cincuenta céntimos por kilo de carne, a la vez que pendiente el recurso contencioso-administrativo ante la Sala 3.ª del Tribunal Supremo instó la suspensión de la Orden ministerial de 19 de febrero de 1969 para conseguir así que la aplicación de las originales tarifas no se interrumpiese, con lo cual se evidencia el deseo de la Corporación Municipal de restablecer el equilibrio económico de la concesión, no por equivalente (indemnización compensatoria) sino por la restitución de la base del negocio, lo cual suponía la rehabilitación de las tarifas en su inicial redacción.»

como categóricamente establece el artículo 126, núm. 2, b), del RSCL, texto legal aplicable como norma jurídica de rango preferente para el caso, como se deduce del artículo 116, núm. 1, del citado Reglamento y de la misma base 39 del pliego de condiciones de la concesión en estudio; esto concluido, el lógico encadenamiento del razonamiento lleva a la Sala al estudio de si producida la ruptura del equilibrio económico de las bases de la concesión en perjuicio del concesionario, trae consigo, aparejada o no, una responsabilidad pecuniaria para la Corporación concedente, responsabilidad que está fuera de toda duda ante la claridad del ya citado texto legal, artículo 126, núm. 2, b), del Reglamento de Servicios en relación con los artículos 127, núm. 2, 2.º, b), y 128, núm. 3, 2.º, de igual cuerpo legal, *sin que tal obligación de abono compensatorio tenga, ni haya de buscársele origen en incumplimientos contractuales, ni menos en actos u omisiones culpables o negligentes por parte de la Corporación recurrida, sino simplemente tener en cuenta que, como el Código Civil establece en sus artículos 1.089 y 1.090, las obligaciones también nacen de la Ley, cuando, como en el caso de autos, hay preceptos que específicamente lo determinan, todo lo cual conduce a la estimación de la pretensión que ahora nos ocupa...*»

Y concluye el Tribunal Supremo:

CDO. 6.º «Que, finalmente, solicitada por el concesionario en anterior expediente, el restablecimiento de equilibrio financiero de la concesión y logrado por sentencia de esta Sala, de 27 de abril de 1976, respecto al período comprendido entre el 20 de febrero y 30 de noviembre de 1969, es claro que el contratista optó válidamente por el cumplimiento de la relación contractual, pues en virtud de tal restablecimiento se pretendía la continuación del servicio, sin que por ello pueda seguidamente ejercitar otra opción, sin acreditar—los hechos demuestran lo contrario—que tal cumplimiento haya devenido imposible (art. 65, núm. 2, del Reglamento en relación con el 1.124 del Código civil) y sin que desnaturalice tal conclusión el hecho de encontrarnos frente a nexos contractuales de tracto sucesivo y en curso de ejecución, pues para que tras de aquella primera pretensión cupiera optar válidamente por la resolución del contrato respecto a posteriores obligaciones vencidas y exigibles, habría al menos de instarse de nuevo y en primer término la consecuencia jurídica que la ley anuda al no mantenimiento del equilibrio financiero para una nueva etapa del contrato y solicitarse de la Administración sin éxito un eficaz restablecimiento; en base a todo lo expuesto, procede estimar el recurso de apelación con revocación de la sentencia apelada y subsiguiente declaración de validez, como ajustados a Derecho, del acuerdo del Ayuntamiento, de 22 de junio de 1970, y desestimatorio presunto del recurso de reposición, por los que se denegó la resolución del contrato concesional sobre explotación del matadero municipal de dicha ciudad, al amparo del artículo 83, núm. 1, de la Ley Jurisdiccional y preceptos concordantes.»

La doctrina que el Tribunal Supremo sienta a lo largo de los extensos como importantes Considerandos, que acabamos de transcribir, parece intachable. Frente a la apreciación de la Audiencia, el Supremo va a entender acertadamente que la ruptura del equilibrio financiero de la concesión, como consecuencia de la reducción de las tarifas a percibir de los usuarios no puede conceptuarse en modo alguno de obligación contractual, de exigencia, en fin, institucional del contrato concesional. En los términos de la sentencia, «la obligación legal que pesa sobre la Administración de mantener el equilibrio, no es una prestación o contraprestación que forma parte del contenido obligacional de la concesión, sino *deber o carga legal*». En definitiva, insisto, la Administración viene obligada a restablecer la base negocial,

el equilibrio roto, por mero imperativo legal, porque así lo exige la Ley y no, como exigencia institucional del contrato modificado (23). En apoyo de esta tesis, clara y contundente a la vista de la descontractualización del régimen tarifario de los servicios públicos concedidos y del reconocimiento total de la potestad tarifaria de la Administración por la Ley, creo aducible *prima facie* el doble carácter con que la Administración actúa al ejercitar sectorialmente su potestad tarifaria—totalmente desvinculada del contrato, a pesar de la oscuridad de algunos preceptos de la Ley de Contratos del Estado (24)—, y a la vez, aparecer

(23) La reciente *sentencia de 7 de febrero de 1978 (Ar., 971)*, ponente: GORDILLO GARCÍA, pone fin definitivamente a la serie de pleitos entre el Ayuntamiento de Irún y el concesionario del matadero municipal, al declarar la resolución del contrato que ligaba a ambas partes, como consecuencia de la suspensión unilateral del servicio por el concesionario. Al parecer, la falta de restablecimiento inmediato del equilibrio financiero de la concesión por el Ayuntamiento fue el motivo determinante de la suspensión unilateral por parte del concesionario de las prestaciones serviciales debidas. El Tribunal Supremo, apoyándose en el principio sancionado normativamente de la inoponibilidad por el particular de la *exceptio non adimpleti contractus* (arts. 56 y 71-2 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9 de enero de 1953 y en el propio RSCL, artículo 128-1), declarará que el incumplimiento por el contratista de sus obligaciones, al cesar intencionadamente en la prestación del servicio encomendado, genera la facultad ejercitada por la Corporación, con arreglo al artículo 65 del Reglamento de Contratación, de declarar la resolución en perjuicio del concesionario. *Vid.* sobre el tema el análisis de SAINZ MORENO: *La «exceptio non adimpleti contractus» en la contratación administrativa*, en «REDA» núm. 16, páginas 13 a 20, y en especial sobre el fundamento de la aplicación de la *exceptio* en supuestos de grave incumplimiento de la Administración.

(24) Sabido es que la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965 ha configurado sin mayores reparos a la concesión de servicios como una más de las diversas modalidades del llamado contrato de gestión de servicios públicos (arts. 62 y ss.); es decir, ha caracterizado a la concesión de servicios contractualmente, con un carácter negocial que no siempre responde con fidelidad al régimen jurídico a que se sujetan las concesiones de servicios públicos. La cuestión, desde esta perspectiva, no deja de tener trascendencia. Máxime cuando de esa pretendida naturaleza contractual de la concesión, indiscriminadamente generalizada, se derivan importantes efectos jurídicos. Uno de ellos, como hemos visto a lo largo de estas páginas, el principio de equilibrio financiero de la economía de la concesión. Sobre el particular, *vid.* el libro de SALAS HERNÁNDEZ: *Régimen... op. cit.*, fundamentalmente pp. 59 a 87, en el que se demuestra el erróneo planteamiento de la LCE a la vista de la «concesión» para el suministro de energía eléctrica. De ahí la terminología que adopta de *habilitación administrativa*, «a la que no será aplicable, por no tener naturaleza negocial la concesión, el régimen inherente a la misma y, en especial, el principio de equilibrio financiero, en su formulación clásica, tal como ha venido a sancionarlo el artículo 74, 2, de la vigente LCE». Principio de equilibrio que únicamente será aplicable, continúa SALAS, a aquellas concesiones de suministro de electricidad que no se hayan acogido al «sistema de tarifas tope unificados», al subsistir la naturaleza negocial (p. 79).

Pues bien, a la luz de la hoy indiscutible potestad tarifaria de la Administración —baste recordar lo establecido en los artículos 74, 1.º, de la LCE, y 221, 1.º, del Reglamento General de la Contratación del Estado de 25 de noviembre de 1975—, deben interpretarse las previsiones de la Ley de que en los pliegos generales de cláusulas de explotación (arts. 68 LCE y 209 REC) deberán figurar tanto las tarifas máximas como mínimas que tendrá derecho a percibir el concesionario (art. 211, 4.º, REC), y que constarán en el contrato una vez aprobado y formalizado en escritura pública o documento administrativo (art. 70 LCE y 215 RGC). Pues bien, esa determinación contractual de los tope máximos y mínimos de la cuantía de las tarifas que deben figurar en el contrato concesional

como parte en relaciones contractuales que se ven afectadas por aquella potestad. Se trata de dos situaciones, a mi juicio, conceptualmente diferenciables que, además, en la mayoría de los casos se imputan incluso a Administraciones distintas. Recordaremos, al respecto, cómo la potestad tarifaria con relación a servicios provinciales y municipales, en los que la Administración local en cualquiera de sus personificaciones aparece como parte contractual, se localiza, sin embargo, en la mayoría de los casos en la Administración estatal—bien gobernador civil, bien Comisión delegada del Gobierno para Asuntos Económicos (25)—. Incluso en aquellas hipótesis en que la Administración com-

—so pena de nulidad del mismo, por carecer de uno de los elementos esenciales, el precio o tasa, tal como ha declarado la jurisprudencia—, ¿condicionarán de alguna forma la posibilidad de modificarlos por encima o incluso por debajo de sus topes? La respuesta, evidentemente, ha de ser negativa. En realidad se trata de preceptos con una fuerte carga contractualista superada en la actualidad. Lo cual no quiere decir que no sea necesario ese previo acotamiento de los topes máximos y mínimos que, aproximadamente, determinarán en su momento la cuantía de la remuneración a que tiene derecho el concesionario, estén o no en vigor tales tarifas. En otro caso, difícilmente podían entenderse preceptos del siguiente tenor: «La Administración podrá modificar, por razón de interés público, las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios» (art. 74, 1.º, de la misma LCE). *Vid.*, asimismo, si acaso con mayor rotundidad aún, el artículo 151, 1.º, del RSCL.

(25) Para una visión general del reparto competencial entre Administración estatal y local en materia de precios, *vid.* el trabajo de SALAS HERNÁNDEZ: *Ordenación de precios y responsabilidad administrativa*, en «REDA» núm. 2, pp. 227 a 239, así como en el de GÓMEZ FERRER: *Legislación estatal...*, *loc. cit.*, pp. 298 y ss. Igualmente, íntimamente relacionado con el tema, la distinción que establece ARIÑO en *Las tarifas...*, *op. cit.*, pp. 73 y ss., entre potestad tarifaria de la Administración y potestad de tasación de precios. Distinción apoyada, fundamentalmente, en las diversas consecuencias jurídicas que se derivan según que la actividad servicial o de producción de bienes, sujetas a los precios que impone soberanamente la Administración, estén o no declaradas como servicios públicos. A partir de esta calificación automáticamente se produce una grave diferenciación de efectos jurídicos entre unas y otras actividades. En este sentido, idénticas limitaciones por lo que se refiere a la fijación de tarifas o precios pesan sobre el concesionario de servicios públicos que sobre el simple particular, cuyos productos y bienes quedan tasados imperativamente por la Administración. Y, sin embargo, el primero ve garantizada su economía automáticamente, y en virtud del principio de equilibrio, como hemos visto, la alteración financiera ocasionada por la modificación del precio o tarifa se restablece mediante el otorgamiento de la correspondiente subvención. Situación a todas luces privilegiada, máxime si observamos el desigual trato que se sigue para con aquellas actividades de indudable interés público que, sin embargo, no han alcanzado la fortuna de ser declaradas servicios públicos. En estos casos, la única vía posible para lograr un resarcimiento compensatorio por el particular afectado, la vía de la responsabilidad administrativa, resulta inoperante como se demuestra por los propios requisitos exigibles —básicamente la existencia de lesión o daño antijurídico— y que confirma la jurisprudencia —*vid.* recientemente la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1978 (núm. 147)— y doctrina. *Cfr.*, no obstante, sobre este concreto punto el libro de ARIÑO: *Las tarifas...*, *op. cit.*, pp. 92 y ss. y 172-173, en contra de lo que parece ser opinión unánime de la doctrina: *vid.* al respecto GARCÍA DE ENTERRÍA: *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, 1958, pp. 175 y ss.; el ya citado de SALAS HERNÁNDEZ: *Ordenación de precios...*, *loc. cit.*, *in tótom*, así como en el estudio jurisprudencial de MARTÍN REBOLLO: *La responsabilidad de la Administración en la jurisprudencia*, Madrid, 1977. Tesis esta última, en definitiva, rigurosa, que lógicamente niega la existencia de responsabilidad administrativa, al no darse en tales casos la concurrencia del daño antijurídico, pero tesis, también, desde una perspectiva de justicia

petente en materia de precios y tarifas de los servicios públicos concedidos esté a la vez inmersa en una concreta relación contractual de gestión concesional, condicionada, por tanto, por aquélla, incluso, digo, se trata de dos situaciones conceptualmente diferenciables al igual que sucede por lo demás cuando los contratos *inter privatos* quedan vinculados por la fijación taxativa de precios por la Administración. En conclusión, cuando la Administración ejercita su potestad tarifaria sectorialmente no puede decirse con rotundidad, a mi juicio, que esté modificando como parte contractual, la totalidad de contratos concesionales, es decir, que le sea imputable, en esa concreta relación jurídica que le liga al particular concesionario, la alteración del régimen financiero de la concesión. La Administración actúa más bien, con plena independencia de su situación contractual, por lo que difícilmente la obligación de compensar al concesionario podrá calificarse de obligación contractual. Ciertamente es que como consecuencia de esas alteraciones tarifarias el régimen financiero de la concesión quedará modificado respecto sus términos inicialmente pactados, pero cierto me parece, también, que la modificación no es imputable a ninguna de las partes contratantes, es decir, no es imputable, por lo que ahora nos interesa, a la Administración concedente. Al igual que en los supuestos del *factum principis* o del *riesgo imprevisible*, el ejercicio de la potestad tarifaria no puede considerarse como un supuesto automáticamente reconducible a la noción del *ius variandi*, porque las medidas adoptadas que alteran el contrato concesional son genéricas—afectan por igual a servicios públicos y a simples actividades privadas, no publicadas a pesar de su trascendencia social y comunitaria— e inimputables contractualmente, insisto, a la Administración, por lo que ni se produce un incumplimiento—con la consiguiente posibilidad resolutoria del contrato en tal caso—, ni nace una obligación *contractual* de compensar el desequilibrio prestacional producido. Es en realidad, a la vista de todo lo dicho, una consecuencia más de la total descontractualización del régimen tarifario de las concesiones de servicios públicos.

Germán FERNÁNDEZ FARRERES

Profesor ayudante de Derecho Administrativo

material e igualdad de trato, insatisfactoria. Máxime, insisto, cuando se observan respuestas tan distintas ante idénticos hechos, por la simple concurrencia de las nociones de servicio público y correlativa articulación contractual de la concesión, nociones, como es bien notorio, en la actualidad fuertemente cuestionadas. Todo esto a pesar de que en algunos casos excepcionalmente la Administración haya otorgado subvenciones—compensaciones quasi-indemnizatorias— a los particulares, que, afectados por una variación de precios, han visto disminuir los beneficios que esperaban alcanzar. Vid. en este sentido las *sentencias del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1970 y 6 de mayo de 1971*, ambas sentencias estudiadas por SALAS en su trabajo *Ordenación de precios...*, loc. cit., pp. 231 y ss. Otorgamiento de subvenciones, por lo demás, que viene a cuestionar su propia legalidad sobre la base del principio de igualdad, y también de proporcionalidad, en la actividad administrativa con relación a todos los particulares afectados. Y ello por la potenciada discrecionalidad de la Administración en el otorgamiento de dichas subvenciones, aspecto que debe a mi juicio replantearse urgentemente.

ADDENDA

En prensa este trabajo ha aparecido un interesante comentario de L. PAREJO, bajo el expresivo título *¿Un paso atrás en la doctrina del riesgo imprevisible?* («REDA», núm. 18 (1978), págs. 446 a 455). Se trata, como digo, de un comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1978, sentencia que ante la ruptura del equilibrio económico-financiero de una concesión de servicios locales por causas ajenas a la gestión del concesionario (al parecer, por la concurrencia de circunstancias imprevisibles) deniega la compensación del beneficio industrial, basándose en que el derecho del concesionario sólo alcanza a la *compensación total* de perjuicios en el caso de modificaciones ordenadas por la Administración (*ius variandi*), pero no en el de *circunstancias imprevisibles*, bastando en el supuesto planteado, en opinión del Tribunal Supremo, con una subvención suficiente y adecuada para eliminar el riesgo de ruina de la empresa.

Como advierte el comentarista, la decisión del Tribunal Supremo se basa en una incorrecta interpretación del artículo 129-4.º del RSCL que conduce a una irresoluble contradicción entre dicho artículo y los artículos 127-2, 128-2 y 129-3 del mismo Cuerpo legal. La realidad es que, de acuerdo con PAREJO, el artículo 129-4 lo que viene a establecer sencillamente (al igual que el artículo 152-3) es que «el resultado desfavorable a equilibrar no puede tener su origen en una gestión económica deficiente del cesionario o, lo que es lo mismo, ha de ser independiente de la buena gestión del concesionario, tener su causa en verdaderas circunstancias imprevisibles para las partes».

La regulación del RSCL, efectivamente, abona tal interpretación, por lo que el fallo no termina de encontrar un claro punto de apoyo normativo. Otra cosa es—a pesar de lo discutible del tema—que el pronunciamiento jurisdiccional no deje de parecerme justificable desde una perspectiva de justicia material, máxime en vista de que la interpretación literal del régimen previsto en el RSCL conduce, al fin y al cabo, a una auténtica situación privilegiada del concesionario de servicios locales. Téngase en cuenta que sólo cuando la ruptura del equilibrio económico-financiero tenga por causa una deficiente gestión (lo cual no siempre será de fácil apreciación) será improcedente el integro restablecimiento de aquél (gastos de explotación, amortización del establecimiento del servicio y beneficio industrial), situación, reitero, que debería ser objeto a nivel normativo de todas las matizaciones y distingos necesarios—según las causas productoras del desequilibrio—frente a la regulación vigente que supone el traslado automático e indiscriminado de los *déficit* habidos a la Administración otorgante del servicio.

