

LA POTESTAD DE SECUESTRO O DE INTERVENCIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO

FRANCISCO JOSÉ VILLAR ROJAS
Universidad de La Laguna

Cómo citar/Citation

Villar Rojas, F. J. (2020).

La potestad de secuestro o de intervención del servicio público.

Revista de Administración Pública, 212, 87-112.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.212.03>

Resumen

La potestad de secuestro faculta a la Administración titular de un servicio público para, en caso de incapacidad del operador para prestarlo adecuadamente, asumir su gestión de forma temporal, a riesgo y ventura de aquel, con el fin de restablecer su funcionamiento regular y continuo. Este trabajo analiza el régimen jurídico de esa prerrogativa, estudiando su fundamento, su alcance, con particular atención a las medidas que pueda adoptar la Administración, y sus límites, en aras a contribuir a que la misma cumpla la función que tiene asignada, reduciendo la conflictividad que la rodea.

Palabras clave

Secuestro; continuidad; modos de gestión; concesión de servicio público; servicio público.

Abstract

The compulsory intervention empowers the Administration that owns a public service to, in the event of the operator's inability to provide it adequately, assume temporarily its management, at the risk and luck of the operator, in order to restore its regular operation and continuity. This paper analyzes the legal regime of this prerogative, studies its foundation, its scope, with particular attention to the measures that the Administration may adopt, and its limits, in order to contribute to it fulfill its assigned function, reducing the conflict that surrounds it.

Keywords

Compulsory intervention; continuity; public service management; public service concession; public service.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN: EL SECUESTRO DEL SERVICIO PÚBLICO. II. LAS MODALIDADES: ASUNCIÓN TEMPORAL, SECUESTRO E INTERVENCIÓN. III. EL FUNDAMENTO: ASEGURAR LA CONTINUIDAD DEL SERVICIO PÚBLICO. IV. LA NATURALEZA: UNA POTESTAD DE SERVICIO PÚBLICO, NO INTERVENCIÓN DE EMPRESAS. V. LA DECISIÓN: COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO. VI. EL OBJETO: GESTIÓN DIRECTA SINGULAR. VII. LAS FACULTADES DE LA ADMINISTRACIÓN: ALCANCE. VIII. LA POSICIÓN DEL GESTOR: CARGAS. IX. EL LÍMITE: LA TEMPORALIDAD DE LA MEDIDA. X. CONCLUSIÓN: GARANTÍA TRANSITORIA DE LA CONTINUIDAD DEL SERVICIO PÚBLICO.

I. INTRODUCCIÓN. EL SECUESTRO DEL SERVICIO PÚBLICO

Todo servicio público debe funcionar y debe hacerlo de forma regular y continua en atención a su naturaleza y los caracteres de sus prestaciones. La continuidad es elemento definitorio y estructural del servicio público sin cuya concurrencia deja de serlo¹. Esta característica explica un conjunto de potestades y de técnicas jurídicas diseñadas para asegurar ese funcionamiento continuo, entre las cuales se encuentra el secuestro o la intervención que, aun estando habitualmente en un segundo plano —casi siempre bajo el paraguas de la extinción de contratos y concesiones—, sin embargo, es la primera y la más inmediata de esas garantías.

¹ Sobre el principio de continuidad son referencia obligada los trabajos de J. M. Sala Arquer (1977), *El principio de continuidad de los servicios públicos*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública; J. L. Villar Ezcurra (1980), *Servicio público y técnicas de conexión*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, págs. 209-224; y A. Martínez Marín (1990), *El buen funcionamiento de los servicios públicos (principios de continuidad y de regularidad)*, Madrid: Tecnos. Más reciente, esa función definidora ha sido destacada por J. F. Mestre Delgado (2011), «Las formas de prestación de los servicios públicos locales, en particular, la concesión», en S. Muñoz Machado (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, 3ª ed., t. II, Madrid: Iustel, págs. 2063-2173 y por F. L. Hernández González (2018), *La nueva concesión de servicios (estudio del riesgo operacional)*, Cizur Menor: Thomson-Reuters Aranzadi, págs. 116-122.

El secuestro hace referencia a la facultad de la Administración de hacerse cargo, de forma temporal, de la gestión de un servicio público que se presta por un sujeto privado, cuando este sea incapaz de atenderlo con normalidad, en orden a asegurar o restablecer su funcionamiento. Esta prerrogativa es una pieza indispensable del *régimen jurídico* de los servicios públicos gestionados de forma indirecta², ya sea mediante contrato (contrato de servicios, concesión de servicios públicos), ya sea mediante fórmulas institucionales (básicamente, empresa mixta).

Cuando menos desde el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, RSCL)³, la normativa que regula la gestión indirecta de los servicios públicos incorpora, con más o menos desarrollo, esa prerrogativa entre los poderes que se reconocen a la Administración titular del servicio público (art. 127.1 RSCL). Se trata de un instrumento indispensable para asegurar el funcionamiento regular y continuo de los servicios públicos. Sin embargo, pese al tiempo transcurrido, el régimen jurídico de esa potestad nunca ha terminado de estar bien articulado⁴.

² Más allá de su declaración legal, lo que sea un servicio público requiere resolver cuatro cuestiones básicas: su cobertura (quiénes tienen derecho al mismo —usuarios—), su alcance (cuáles sean las prestaciones garantizadas), su coste y, por tanto, su financiación (quién paga y cómo: contribuyente versus usuarios, impuestos versus tarifas) y su prestación (planificada por la Administración, libertad elección del usuario). La gestión se sitúa en el apartado de la prestación. A esto se refiere la legislación cuando, en relación con la gestión indirecta de un servicio público, exige que, antes de proceder a su contratación, se determine su régimen jurídico, estableciendo que la actividad es asumida como propia por la Administración, se determinen las prestaciones a que tienen derecho los usuarios, y se regulen los aspectos jurídicos, económicos y administrativos relativos a la prestación. La fórmula, bien como «régimen jurídico básico», bien como «régimen jurídico», se repite (art. 158 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 2000, art. 132 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011 y arts. 284.2 y 312.a Ley de Contratos del Sector Público de 2017).

³ Con anterioridad los procedimientos de intervención provisional recogidos en el art. 87 de la Ley de Obras Públicas de 15 de abril de 1877 y en el art. 53 de la Ley de Ferrocarriles de 23 de noviembre de 1877.

⁴ Algo que contrasta con el esfuerzo doctrinal realizado desde su primera regulación. De esta prerrogativa se han ocupado de forma detallada: F. Albi Cholbi (1960), *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Madrid: Aguilar, págs. 589-593; J. A. López Pellicer y J. L. Sánchez Díaz (1976), *La concesión administrativa en la esfera local. Servicios, obras y dominio público*, Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, págs. 184-187; J. F. Mestre Delgado (1992), *La extinción de la concesión de servicio público*, Madrid: La Ley, págs. 207-210; F. Sosa Wagner (1992), *La gestión de los servicios locales*, 1ª ed., Madrid: Civitas (8ª ed., 2007); D. Blanquer Criado (2012), *La concesión de servicio público*, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 917-930; y F. J. Calvo González (2016), «La concesión de servicio público: un estudio (abreviado) sobre su secuestro y su caducidad», *Revista Noticias Jurídicas*, 15.11.2016, págs. 14-20.

Los pocos preceptos que se ocupan de su regulación, tanto como la inmediatez y la urgencia inherentes a su utilización, unido a su condición casuística, explican, siquiera en parte, las muchas dudas que plantea su aplicación y los consiguientes pleitos y controversias. A esto se suma que se trata de una prerrogativa que aparece y desaparece según las condiciones económicas; en tiempos de bonanza, es un instrumento secundario, incluso olvidado, en tiempos de crisis, se desempolva y, sin más, se vuelve a aplicar resurgiendo aquellas trabas⁵. Pero, aun con esas dificultades, su relevancia para el buen funcionamiento de los servicios públicos demanda la mejor articulación posible de sus reglas, clarificando cuándo se puede utilizar, cuál sea su alcance, esto es, lo que esa potestad autoriza a la Administración, y cuáles sean sus límites, por tanto, aquello que constituye la garantía del operador. A este análisis se dedican las páginas que siguen.

II. LAS MODALIDADES: ASUNCIÓN TEMPORAL, SECUESTRO E INTERVENCIÓN

La facultad de que la Administración pueda sustituir, de forma temporal, al gestor del servicio cuando este se vea imposibilitado de atenderlo o de hacerlo en las condiciones de regularidad exigibles, se manifiesta en la legislación de tres formas distintas: la asunción temporal, el secuestro y la intervención del servicio público.

La *asunción temporal* aparece en la legislación de régimen local en relación con la concesión de servicio público: «1. La Corporación concedente ostentará, sin perjuicio de las que procedan, las potestades siguientes: 3.ª Asumir temporalmente la ejecución directa del servicio en los casos en que no lo prestare o no lo pudiere prestar el concesionario, por circunstancias imputables o no al mismo» (art. 127 RSCL).

El *secuestro* del servicio se regula en la normativa local también respecto de la concesión de servicio público: «Si el concesionario incurriese en infracción de carácter grave que pusiese en peligro la buena prestación del servicio público..., la Administración podrá declarar en secuestro la correspondiente concesión» (art. 133.1 RSCL). Añadiendo: «En virtud del secuestro, la Administración se encargará directamente del funcionamiento del servicio y de la percepción de los derechos establecidos, utilizando para ello el mismo personal y material del concesionario, sin que pueda alterar las condiciones de su prestación» (art. 134 RSCL).

La causa que determina la aplicación de una y otra figura es diferente. La asunción temporal es utilizable con independencia de si el obstáculo que impide prestar el servicio es o no imputable al concesionario; por el contrario, de acuerdo con el precepto transcrito, el secuestro constituye una reacción cuando el problema trae causa de una conducta del gestor constitutiva de infracción grave. Igual-

⁵ En este sentido, E. Arimany Lamoglia (2011), «Los servicios públicos locales en tiempo de crisis», *Anuario de Derecho Local*, págs. 147-171 (pág. 166).

mente, cuando menos en principio, la diferencia también se reconoce en cuanto a su régimen jurídico: la asunción temporal prácticamente carece de regulación (art. 127.1.3ª y 2.3ª RSCL), mientras que el secuestro cuenta con un marco normativo básico (arts. 133 a 135 RSCL).

Con todo, a falta de otra regulación, es pacífico que el régimen jurídico del secuestro es directamente aplicable cuando se ejerza la potestad de asunción temporal del servicio (desde SSTS 3ª, de 23 de noviembre de 1981, RJ 5295, y de 21 de enero de 1983, RJ 279)⁶. De este modo, siendo igual el objeto y las reglas básicas, la diferencia queda limitada al distinto presupuesto de hecho de cada una de esas potestades, de ahí que, en muchas ocasiones, se califiquen ambas indistintamente como «secuestro»⁷.

Ese entendimiento amplio aparecerá, más tarde, en la Ley 13/2003, de 23 de mayo, del contrato de concesión de obras públicas (LCOP). El nuevo artículo 251 que esa ley añade al texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (aprobado por RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio, TRLCAP) dirá lo siguiente: «1. El órgano de contratación, previa audiencia del concesionario, podrá acordar el secuestro de la concesión en los casos en que el concesionario no pueda hacer frente, temporalmente y con grave daño social, a la explotación de la obra por causas ajenas al mismo o incurriese en un incumplimiento grave de sus obligaciones que pusiera en peligro dicha explotación [...]». Por tanto, el secuestro puede acordarse por circunstancias ajenas al concesionario o por incumplimiento grave de sus obligaciones. El mismo doble régimen del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. Esta redacción se mantendrá en la legislación posterior (art. 234 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, LCSP07, y art. 251 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por RD Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, TRLCSP).

La *intervención* del servicio público, también temporal, es una técnica que se recoge en la legislación general de contratos administrativos. El art. 77 de la Ley de Contratos del Estado (aprobada por Decreto 923/1965, de 8 de abril, LCE), en relación con el contrato de gestión de servicios públicos, sin distinguir modalidades, dirá lo siguiente: «Si del incumplimiento del contrato por parte del empresario se derivase perturbación del servicio público y la Administración no decidiese la resolución del contrato, podrá acordar la intervención del mismo hasta que aquélla desaparezca». La norma no contenía más previsiones, salvo la conexión de la misma con la reserva expresa a la Administración de los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha del servicio (art. 65 LCE). El Reglamento General de Contratación (aprobado por Decreto 3410/75, de 25

⁶ Así lo explicó tempranamente Albi Cholbi (1960: 590), lo volvió a destacar Calvo González (2016: 16).

⁷ La asunción temporal fue calificada de «secuestro impropio» por López Pellicer y Sánchez Díaz (1976: 185).

de noviembre, RCE) añadirá la posibilidad de nombrar funcionarios para que ejerzan las funciones interventoras, a las que queda sujeto el empresario (arts. 226 y 227 RCE).

El art. 77 LCE transcrito se repite en la legislación posterior, casi de forma mimética (art. 167 de la LCAP, art. 166 del TRLCAP, art. 261 del LCSP07, hasta art. 285 del TRLCSP). También se mantiene la práctica ausencia de cualquier regulación de esta facultad; resultando aun más escueto el contenido del Reglamento General de la Ley de Contratos (aprobado por RD 1098/2001, de 12 de octubre) ⁸.

Siendo así, en este punto cabe preguntarse: ¿el secuestro del servicio, en el sentido amplio apuntado, es una facultad distinta de la intervención temporal prevista por la legislación de contratos?

Más allá de su regulación por normas distintas, lo cierto es que el secuestro —incluida la asunción temporal— y la intervención se refieren a la misma prerrogativa de la Administración. Lo confirma la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) que, en relación con la concesión de servicios, dispone lo siguiente: «1. Cuando el contrato recaiga sobre un servicio público, si por causas ajenas al concesionario o bien del incumplimiento por parte de este se derivase perturbación grave y no reparable por otros medios en el servicio, la Administración podrá acordar el *secuestro o intervención* del mismo en los términos establecidos en el artículo 263» (art. 293 LCSP). En cuanto al contrato de concesión de obra pública —al que el anterior se remite— reitera igual previsión: «1. El órgano de contratación, previa audiencia del concesionario, podrá acordar el *secuestro o intervención* de la concesión en los casos en que el concesionario no pueda hacer frente, temporalmente y con grave daño social, a la explotación de la obra por causas ajenas al mismo o incurriese en un incumplimiento grave de sus obligaciones que pusiera en peligro dicha explotación [...] Además, se podrá acordar el *secuestro o intervención* en los demás casos recogidos en esta Ley con los efectos previstos en la misma» (art. 263.1 LCSP, también, como causa de resolución, en arts. 279 y 294 LCSP).

En los tres supuestos, la facultad reconocida a la Administración es una prerrogativa que le permite encargarse, en caso de incapacidad del gestor, de la prestación directa del servicio en lugar o en sustitución de aquel, bien que de forma temporal. Las diferencias aparecen en relación con la exigencia, o no, de responsabilidades por los daños y perjuicios que pudieran producirse en función de la causa de la situación, incluso la posibilidad de acordar la extinción del contrato o concesión. Pero, en cuanto que poder administrativo de actuar, se llame secuestro, asunción temporal y/o intervención, el mecanismo es igual en la gestión indirecta de los servicios públicos, cualquiera sea su modalidad, incluida

⁸ La legislación de transportes terrestres, por carretera y ferroviarios, también hablaba de «intervención» de la concesión de servicio público (arts. 85 y 163 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres).

la empresa mixta⁹, que en la explotación de la obra pública mediante concesión a un tercero, lo mismo que en cualquier otra fórmula en que se produzca esa clase de colaboración privada en la gestión¹⁰.

III. EL FUNDAMENTO: ASEGURAR LA CONTINUIDAD DEL SERVICIO PÚBLICO

El servicio público es el título jurídico¹¹ que legitima el conjunto de potestades que el ordenamiento reconoce a la Administración pública con el fin de que lo establezca, lo haga funcionar de forma regular y continua, asegurando el acceso de los usuarios en condiciones de igualdad (arts. 30 y 126.1 RSCL, arts. 64 y 65 LCE, art. 155.2 TRLCAP, art. 132 TRLCSP y arts. 284 y 312.a LCSP). La potestad de secuestro o de intervención es una de esas prerrogativas (art. 127.1 RSCL y arts. 284 y 312.d LCSP). La gestión indirecta, la prestación con medios ajenos, no cambia ese estatus, se mantiene la calificación de servicio público y aquella sigue siendo titular del mismo y responsable de que funcione (gráficamente, art. 126.1 RSCL).

La jurisprudencia es constante al explicar la razón de ser de esta potestad. En este sentido, está dicho que: «[...] el ejercicio de la potestad (se) basa en la exigencia de que los servicios públicos se presten de forma debida y atiendan al fin para que son implantados» (STS 3ª, 23 de septiembre de 1991, RJ 6860). De igual modo que: «[...] la medida de secuestro tiene por fin garantizar el principio esencial de continuidad del servicio» (STS 3ª, de 22 de febrero de 1997, RJ 1286). Garantizar la continuidad constituye el fundamento del secuestro, de la intervención y de la asunción temporal. También lo es de otras potestades

⁹ La normativa repite que, en los contratos de servicios públicos, la empresa mixta ostentará los derechos y los deberes del concesionario, lo que aproxima muy mucho ambas modalidades de gestión (arts. 206 RCE y 182 RGC). En la doctrina, la aplicación de esa prerrogativa, L. F. Prieto González (1996), *Las empresas mixtas locales*, Madrid: Montecorvo, págs. 217-219. También, destacando que solo es aplicable cuando la Administración tenga una presencia minoritaria, D. Santiago Iglesias (2010), *Las sociedades de economía mixta como forma de gestión de los servicios públicos locales*, Madrid: Iustel, págs. 299-300.

¹⁰ Por ejemplo, el mecanismo que se estudia habría sido igualmente utilizable en relación con el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado que regulaba el TRLCSP (arts. 11, 134-136, 313-315). Sobre esta modalidad contractual, por todos, Mª. Hernando Rydings (2012), *La colaboración público privada. Fórmulas contractuales*, Cizur Menor: Civitas-Thomson-Reuters, págs. 375-520.

¹¹ El concepto de título para explicar las grandes áreas de actividad de la Administración en J. M. de la Cuétara Martínez (1983), *La actividad de la Administración*, Madrid: Tecnos, págs. 94-103. Con anterioridad, la calificación de servicio público como legitimador de esas potestades, J. L. Villar Palasí (1964), *La intervención administrativa en la industria*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, págs. 264 y ss.

que forman parte de ese régimen jurídico estructural, como la fiscalización de la gestión del concesionario o gestor (art. 127.1.2º RSCL). Se trata del mismo título jurídico que lleva al legislador de contratos a imponer de forma expresa y obligatoria la continuidad de los contratos de concesión de servicios vencidos hasta la formalización del nuevo contrato (art. 288.a LCSP), como la prórroga forzosa de cualesquiera contratos de servicios y de suministros cuando sea preciso garantizar la continuidad de la prestación (art. 29.4 y 213.4 LCSP). Nada distinto de lo que ya establecía la legislación de contratos tradicional (art. 59 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 9 de enero de 1953). El mismo fundamento que la continuidad de los contratos declarados nulos de pleno derecho cuando la efectividad de esa declaración pudiera causar un grave perjuicio al servicio público (art. 42.3 LCSP, desde art. 43 RCE, luego art. 35.3 TRLCSP, y art. 65.3 TRLCAP).

Ese es también el fundamento de la primera obligación del gestor: «Prestar el servicio del modo dispuesto en la concesión u ordenado posteriormente por la Corporación concedente, incluso en el caso de que circunstancias sobrevenidas e imprevisibles ocasionaren una subversión en la economía de la concesión y sin más interrupciones que las que se habrían producido en el supuesto de gestión directa municipal o provincial» (art. 128.1.1ª RSCL, mandato que se repite, en términos análogos, en el art. 72.1 LCE, art. 161.1 TRLCAP, art. 280.a TRLCSP). Esta es la clave: el servicio tiene que funcionar y, por ello, el gestor tiene el deber de «prestarlo con la continuidad convenida» (en expresión art. 288.a LCSP). Por ello, en caso de incapacidad para atender la prestación del servicio, o de que no pueda hacerlo en las condiciones establecidas (tal y como se describe por los tribunales, STS 3ª, de 9 de abril de 1990, RJ 3633), el principio de continuidad explica que la Administración pueda acordar el secuestro del servicio o de la obra pública, con el fin de restablecer su funcionamiento normal. El modo y los medios para conseguirlo es asunto instrumental, la Administración cuenta con un conjunto de prerrogativas con las que poder responder a la multitud de circunstancias y de incidencias que pueden afectar al servicio público.

La continuidad del servicio público legitima la acción de la Administración. Sin embargo, su intervención solo debe producirse cuando el funcionamiento del servicio se encuentre interrumpido, paralizado, cuando se preste de forma deficiente, incluso cuando el riesgo de que cualquiera de esas circunstancias concurra sea real y patente. En este sentido, el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales se refiere a: «[...] los casos en que no lo prestare o no lo pudiera prestar el concesionario...» (art. 127.1.3º RSCL); así como: «[...] a que (se) pusiera en peligro la buena prestación del servicio público» (art. 133.1 RSCL). Por su parte, la Ley de Contratos del Sector Público legitima la potestad de secuestro o intervención: «Cuando [...] se derivase perturbación grave y no reparable por otros medios en el servicio» (art. 293 LCSP), y, también «en los casos en que el concesionario no pueda hacer frente, temporalmente y con grave daño social, a la explotación de la obra [...] que pusiera en peligro dicha explotación» (art. 263 LCSP). En

consecuencia, es imprescindible que el servicio público no se preste, que lo haga en condiciones deficientes o que se ponga en peligro su prestación. No basta cualquier incidencia o incumplimiento, es necesario que se produzca una alteración grave en el servicio que se presta.

La concurrencia de esas circunstancias fácticas es suficiente para ejercer la potestad administrativa de secuestro o intervención. Nada más. Es indiferente —y es obligado destacarlo— que la causa o la razón del deficiente o nulo funcionamiento del servicio sea imputable a la conducta del gestor o que nada tenga que ver con su actuación, trayendo causa de circunstancias ajenas. La normativa lo repite. La intervención procede con independencia de que la situación se deba a «circunstancias imputables o no al concesionario» (art. 127.1.3ª RSCL) o bien que se haya producido «por causas ajenas al concesionario o bien del incumplimiento por parte de este» (art. 293.1 LCSP). La misma idea se recoge en la jurisprudencia (por todas, STS 3ª, de 23 de diciembre de 1994, RJ 10269).

El secuestro es así una medida excepcional que se adopta en razón del funcionamiento del servicio público con independencia de la causa determinante de esa situación y, en su caso, de quien sea responsable. Por esa misma razón, tampoco es una medida sancionadora¹². Y ello, con independencia de las consecuencias que pueda comportar para el operador cuando la situación le sea imputable, tanto en términos de imposición de penalidades, que puede llevar a la resolución o caducidad del contrato o concesión, como de reparación de los daños y perjuicios que se causen a la Administración (cfr. art. 136 RSCL, art. 77, segundo párrafo, LCE, que repiten art. 166 TRLCAP, art. 285 TRLCSP, art. 279, 293 y 294 LCSP). Pero lo decisivo es garantizar o restablecer el servicio público; la exigencia, en su caso, de responsabilidades al gestor es un asunto distinto, incluso secundario¹³.

¹² En su primera aproximación, Albi Cholbi lo situó entre las faltas del concesionario (1960: 590); igualmente, López Pellicer y Sánchez Díaz (1976: 185-186).

¹³ El art. 263.1 LCSP se proyecta también sobre «los demás casos recogidos en esta Ley» (procede del art. 251.1 LCOP). Se trata de aquellas situaciones en que, acordada la resolución por incumplimiento del concesionario, los acreedores del mismo de acuerdo con los mecanismos legales de financiación privada —tenedores de títulos sobre los derechos de crédito o acreedores hipotecarios— no hubieran sido reembolsados o recuperado su crédito. En estos casos, la Administración queda facultada para acordar el secuestro o intervención de la concesión con el fin de hacer frente a aquellas deudas, sin que el concesionario pueda percibir ingreso alguno (arts. 272.2 y 275.3 LCSP). Se acude al secuestro no para asegurar el funcionamiento del servicio, sino para proteger los intereses de aquellos que, con sus aportaciones, lo financiaron haciéndolo viable. En estos casos, la medida es equiparable a la designación de administrador en supuestos de embargo de empresas para el pago de deudas tributarias (art. 170.5 Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria), y a otras figuras equivalentes (la administración concursal, art. 27 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, o la administración judicial, arts. 631-634 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil).

IV. LA NATURALEZA: UNA POTESTAD DE SERVICIO PÚBLICO (NO INTERVENCIÓN DE EMPRESAS)

El secuestro es una potestad que se reconoce a la Administración en la gestión indirecta de los servicios públicos, así como en la explotación indirecta de obras públicas. Pero ¿es una facultad contractual o una prerrogativa extra-contractual?

Las sucesivas leyes repiten que los pliegos de cláusulas administrativas de los contratos de concesión prevean el secuestro o intervención y los supuestos en que puede ser activado (así, art. 230.1.l LCOP, art. 131.1.j TRLCSP, art. 250.1.k LCSP). Ahora bien, desde el reglamento de servicios de las corporaciones locales, esa misma legislación incluye ese mecanismo entre los poderes o facultades que se reconocen a la Administración titular del servicio público con el fin de poder cumplir su misión de «asegurar la buena marcha del servicio» (art. 279 TRLCSP)¹⁴. No se trata de una facultad que nace del contrato y que, por tanto, en caso de omisión, su ejercicio resultaría inviable¹⁵. Por el contrario, el secuestro o la intervención es una potestad que forma parte de las que corresponden a la Administración como titular del servicio público que no traen causa del contrato (como dejó dicho la STS 3ª, de 10 de julio de 1985, RJ 3895). Más aun, por su función, esta potestad queda amparada por la regla clásica que prohíbe cualesquiera cláusulas por las cuales la Administración renuncie a ejercer sus poderes en la concesión de servicio público (art. 116.2 RSCL).

Siendo una potestad por causa de servicio público, pese a la identidad nominal, esta prerrogativa poco tiene que ver con la intervención de empresas por causa de interés general (art. 128.2 de la Constitución¹⁶). Ciertamente, en cuanto a las facultades que asume la Administración, la proximidad resulta patente,

¹⁴ Sobre estas facultades, ampliamente S. Sarasola Gorriti (2003), *La concesión de servicios públicos municipales (estudio especial de las potestades de intervención)*, Instituto Vasco de Administración Pública, págs. 191-441; e I. Sanz Rubiales (2004), *Poder de autoridad y concesión de servicios públicos locales*, Universidad de Valladolid.

¹⁵ La previsión legal de que los pliegos de cláusulas administrativas particulares señalen los supuestos de secuestro («régimen de penalidades y supuestos que puedan dar lugar al secuestro o intervención de la concesión», art. 250.1.k LCSP, antes art. 230.l LCOP y art. 131.1.j TRLCSP) no limita las situaciones en que la Administración pueda ejercer esta prerrogativa. Esta precisión se refiere a los casos en que el secuestro es la respuesta a un incumplimiento del concesionario, por tanto, cumple la función de una penalidad que, como todas ellas, deben venir predeterminadas en el pliego por razones de seguridad jurídica (art. 264.4 LCSP). Pero en modo alguno restringe el poder-deber de la Administración de actuar cuando se den los presupuestos legales.

¹⁶ Sobre esta categoría, por todos, E. Gamero Casado (1996), *La intervención de empresas: régimen jurídico-administrativo*, Madrid: Marcial Pons.

incluso la terminología puede llamar a confusión¹⁷, sin embargo, su ámbito y su fundamento son distintos:

—En cuanto a lo primero, en la gestión indirecta de servicios públicos, las empresas colaboran en un espacio que es de titularidad y competencia de la Administración (art. 128.2 CE), como dicen los tribunales, «una esfera de actuación originariamente administrativa» (STS 3ª, de 11 de diciembre de 1998, RJ 10366); mientras que en las actividades realizadas en condiciones de mercado, incluso en los fuertemente regulados, se trata de actividades privadas, no publicadas, regidas por la libertad de empresa (art. 38 CE).

—En relación con su título, el funcionamiento del servicio público tiene entidad propia y diferenciada frente a la concurrencia de una razón de interés general —como la seguridad del suministro energético, la estabilidad del sistema financiero o la protección de la salud pública— que justifique la intervención de una o varias empresas¹⁸.

En fin, la potestad de secuestro o de intervención acompaña al servicio público cuando se presta en régimen de gestión indirecta, cualquiera que sea la modalidad de prestación. Forma parte de su estructura jurídica. Lo acredita el que esa prerrogativa sea aplicable también en los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía (art. 312.d, e y g LCSP)¹⁹.

¹⁷ La normativa local habla de que «la Administración podrá declarar en secuestro la concesión» y del «secuestro del servicio gestionado mediante concesión» (art. 133.1 y 134 RSCL); la legislación de contratos alude al «secuestro o intervención de la concesión» (desde art. 251 LCOP, actual art. 263.2 LCSP). Sin embargo, lo que se secuestra es la explotación de la obra o el servicio público, siendo su objeto, en ambos casos, «la ejecución directa del servicio» (art. 134.1 RSCL, art. 293 LCSP) y «la explotación directa de la obra pública» (art. 251.1 LCOP, actual art. 263.2 LCSP). La concesión es instrumental.

¹⁸ La intervención de empresas por causa de interés general puede serlo en razón de la garantía del suministro de electricidad (art. 7.6 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico), la seguridad y continuidad del suministro (DA 10ª Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos), el riesgo sanitario (art. 26 Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, art. 54 Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública); o, entre otros, la estabilidad del sistema financiero (art. 31 a 36 Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito y art. 70 Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito). En general, sobre la intervención de empresas en sectores regulados: J. C. Laguna de Paz (2019), *Derecho Administrativo Económico*, 2ª ed., Cizur Menor: Civitas-Thomson-Reuters.

¹⁹ En torno a las diferencias entre esa modalidad de contrato y la concesión de servicios, F. L. Hernández González (2018), «La delimitación de los contratos públicos de servicios y de concesión de servicios», en J. Mª. Gimeno Feliú (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor: Thomson-Reuters Aranzadi, págs. 477-515.

V. LA DECISIÓN: COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO

La potestad de secuestro corresponde al órgano de contratación. El Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (arts. 133 y 134 RSCL), igual que las sucesivas leyes de contratos (art. 77 LCE, art. 166 TRLCAP, art. 285 TRLCSP), se refieren de modo genérico a la Administración. Son las leyes reguladoras del contrato de concesión de obra pública las que reconocen de forma expresa esa competencia al «órgano de contratación» (art. 251 LCOF, art. 251 TRLCSP y el vigente art. 263.1 LCSP). Con todo, es claro que, de siempre, esta facultad corresponde al órgano de contratación (sea el ministro o equivalente autonómico, sea el Pleno, el alcalde o, en su caso, la Junta de Gobierno Local, art. 323 y DA 2ª LCSP), el mismo que ostenta las prerrogativas propias de la contratación pública (art. 16 LCE, art. 59 TRLCAP, art. 210 TRLCSP, art. 190 LCSP).

El ejercicio de esta prerrogativa requiere la concurrencia de dos requisitos previos: uno formal, la audiencia previa del concesionario o del gestor afectado, de modo que pueda aportar o alegar lo que estime pertinente, sin que su eventual oposición determine la intervención de órgano consultivo alguno (esta potestad no se incluye en los supuestos del art. 191.3 LCSP); y otro material, la existencia de una situación de mal funcionamiento del servicio, que es condición *sine qua non* para que la Administración pueda actuar.

El secuestro o la intervención no es una medida provisional ni cautelar, aunque su carácter temporal lo aproxime, sino que constituye una resolución de naturaleza ejecutiva. Ello explica que la decisión pudiera adoptarse sin audiencia del gestor «en los casos de urgencia inaplazable y para la protección provisional de los intereses implicados» previstos por la legislación de procedimiento administrativo común (art. 56.2 Ley 39/2015, de 1 de octubre, LPAC). En cierta medida, esta facultad es equiparable con los medios de ejecución forzosa (art. 100 LPAC); en especial con la «ejecución subsidiaria» en tanto la Administración vendría a realizar aquello que el gestor o concesionario no ha podido cumplir. Sin embargo, la potestad de secuestro se diferencia en que su ejercicio no depende de un previo incumplimiento del operador, ni siquiera del transcurso de un plazo voluntario para que restablezca el servicio —que puede ser omitido en atención a la gravedad de la situación—, como es propio de la ejecución forzosa, sino que determina la acción pública inmediata en razón de la continuidad del servicio público, que se constata deficiente y que legitima la intervención directa. En este sentido, el mecanismo que se estudia es equiparable con las medidas especiales de intervención por causa sanitaria (art. 54 de la Ley General de Salud Pública de 2011).

Siendo así, limitadas las garantías al trámite de audiencia, la validez de su ejercicio gira en torno a la situación de «grave riesgo o peligro para el servicio público». Se trata de conceptos jurídicos indeterminados, cuya realidad es susceptible de comprobación y de acreditación, tal y como ha explicado la

mejor doctrina²⁰. A estos efectos, con el fin de constatar la situación, el órgano de contratación podrá ejercer sus facultades de fiscalización del servicio, tarea que corresponde al «responsable del contrato» designado por el órgano de contratación en colaboración con la información que pueda aportar la «unidad técnica encargada del seguimiento y ejecución del contrato» (art. 52 TRLCSP, art. 62 LCSP). En todo caso, dadas sus consecuencias gravosas para el operador o concesionario, la motivación y explicación de la concurrencia de esas circunstancias deviene obligada para la Administración (art. 35 LPAC).

La decisión de ejercer la potestad de secuestro requiere el cumplimiento de los requisitos destacados, pero, de concurrir las mismas, ¿la Administración tiene el deber de intervenir el servicio? ¿Es una actuación reglada o es discrecional, son viables otras alternativas?

Cuando la causa del deficiente funcionamiento del servicio sea achacable al gestor, el ejercicio de la potestad es discrecional. La legislación repite que la Administración puede optar entre el secuestro/intervención y la resolución del contrato (desde el art. 77 LCE hasta el art. 293.1 LCSP), si bien, esto último, requiere que se haya declarado el incumplimiento del gestor y, que además, el mismo puede ser sancionado con la resolución del contrato. Pero la decisión se presenta como discrecional, «la Administración podrá»²¹. En cambio, cuando el motivo sean causas ajenas al prestador del servicio, el secuestro o intervención deviene reglado, por la condición de poder-deber de toda prerrogativa, por la obligación de la Administración de asegurar el servicio y porque aquella tiene la obligación de otorgar al gestor «la protección adecuada para que pueda prestar el servicio debidamente» (art. 127.2.1ª RSCL).

Con todo, aun admitiendo el doble régimen apuntado, la regla general es que la utilización por la Administración de sus prerrogativas es, esencialmente, discrecional, en cuanto las mismas tienen como finalidad asegurar el cumplimiento y buen fin del contrato. En palabras del Tribunal Supremo: «El complejo de potestades que la Administración ostenta en materia contractual tienen su legitimación en el aseguramiento de los fines públicos que con la actividad contractual se pretende, en cada caso, alcanzar» (SSTS 3ª, de 30 de octubre de 1995, RJ 7885, y de 6 de marzo de 1997, RJ 1663). Ello explica que la Administración cuente con «un margen de discrecionalidad» en el ejercicio de estas potestades, con la precisión de que «la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la debida y necesaria proporcionalidad entre los hechos y sus consecuencias»; añadiendo que «existen razones suficientes para que las penalidades o resoluciones contractuales sólo se adopten cuando están plenamente justificadas

²⁰ Sobre la diferencia entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados, por todos, E. García de Enterría y T. R. Fernández Rodríguez (2017), *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, 18ª ed., Madrid: Civitas, págs. 503-523.

²¹ Ya lo puso de manifiesto Albi Cholbi (1960: 591).

puesto que la prudencia aconseja, salvo casos extremos, no romper la atmósfera de concordia y colaboración que debe reinar en las relaciones contractuales administrativas» (SSTS 3ª, de 26 de marzo de 1987, RJ 3944, y de 14 de diciembre de 2001, RJ 2002/1433). Este es el marco jurídico en el que debe decidirse el ejercicio o no de la potestad de secuestro o intervención.

Volviendo sobre la decisión formal, una vez que el órgano de contratación adopte el acuerdo de secuestro o intervención, se notificará al gestor afectado, otorgándole en su caso plazo para que adopte las medidas precisas para corregir las deficiencias²², transcurrido el cual sin que se hubieran corregido, se procederá a ejecutar la decisión tomada (arts. 134 RSCL y 263.1 LCSP).

VI. EL OBJETO: GESTIÓN DIRECTA SINGULAR

La consecuencia del secuestro consiste en que la Administración asume «temporalmente la ejecución directa del servicio», «se encargará directamente del funcionamiento del servicio»; mientras, en la obra pública, pasa a «asumir la explotación», a ocuparse de la «explotación directa de la obra pública». Siendo esos los términos, ¿cuáles son las facultades que hace suyas la Administración? ¿En qué consiste la ejecución o explotación directa?

Ejecutar, explotar, encargarse son términos que tienen que ver con la gestión o la prestación del servicio. Una vez definido lo que sea el servicio público, sus prestaciones y régimen jurídico, administrativo y económico (desde el art. 197 RCE hasta los arts. 284.2 y 312.a LCSP), procede su gestión, esto es, la organización de los medios —materiales, personales, económicos, incluso saber hacer (*know-how*)— que sean necesarios para la efectiva prestación, ejecución o materialización, de aquello en que consiste el servicio público —sus prestaciones—.

Como es sabido, el legislador diferencia dos formas de llevar a cabo esa tarea: la gestión directa y la gestión indirecta —el paradigma sigue siendo el art. 85.2 de la Ley reguladora de las bases del Régimen Local de 1985, LBRL—²³:

²² El plazo otorgado, a falta de cualquier previsión normativa, debe ser el necesario para que el operador, conforme a la diligencia exigible a un buen empresario, pueda adoptar las medidas de corrección, debiendo fijarse conforme a los principios de proporcionalidad y de razonabilidad.

²³ En cuanto a los distintos modos de gestión, dentro de una amplísima bibliografía, los estudios de F. Sosa Wagner (2008), *La gestión de los servicios públicos locales*, 7ª ed., Madrid: Thomson-Civitas; Mestre Delgado (2011: 2063-2173); L. López de Castro Aguilera (2017), «Formas de gestión de los servicios públicos locales», en F. Velasco Caballero (dir.), *Tratado de Derecho Económico Local*, Madrid: Marcial Pons, págs. 105-152; y J. M. Martínez Fernández (coord.) (2019), *La gestión de los servicios públicos locales*, Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos-Wolter Kluwers.

—En la *gestión directa* (art. 85.2.A LBRL), la Administración, por si o por persona interpuesta²⁴, presta el servicio, normalmente con medios propios, *asumiendo el riesgo y ventura* de la actividad y *ejercitando* de modo exclusivo *todos los poderes de decisión y de gestión* (arts. 41 y 68.1 RSCL).

—En la *gestión indirecta* (art. 86.2.B LBRL), la Administración encomienda la prestación a *un tercero*, que aporta todos o parte de los medios necesarios, *asumiendo el riesgo y ventura, así como los poderes de decisión sobre el servicio* (arts. 113 y 114 en relación con 68.1 RSCL).

Teniendo en cuenta que, cualquiera que sea la forma de gestión, la actividad siempre mantendrá la calificación de servicio público y que la Administración conserva todos los poderes de policía necesarios para asegurar su buena marcha, la diferencia estriba en quién asume el *riesgo y ventura* y quién desempeña los *poderes de decisión y de organización*. En la gestión directa, la Administración se encarga de esas dos tareas; en la gestión indirecta, el gestor es quien los asume. Esta distinción es clave para acotar el alcance de la potestad que se estudia.

Como se destacó, cuando la Administración acuerda el secuestro o la intervención, asume «la ejecución *directa* del servicio» o «la explotación *directa* de la obra», haciendo suyos, por tanto, todos o algunos de los «poderes de decisión y organización» que fueron encomendados al gestor privado indirecto²⁵. El calificativo «directa» resulta determinante: se ocupa la propia Administración. No se trata, claro está, de las facultades de fiscalización y control, porque estas son prerrogativas que ya estaban en la órbita de la Administración; sino de aquellas que fueron encomendadas al operador²⁶. ¿Y «el riesgo y ventura»²⁷? De siempre, en caso de secuestro, «la explotación se efectuará a riesgo y ventura del concesionario...» (art. 134.3 RSCL), «la explotación de la obra objeto de secuestro se efectuará por cuenta y riesgo del concesionario» (art. 251.2 LCOP). Así que la gestión del servicio por la Administración en virtud del secuestro se diferencia de la gestión directa típica

²⁴ En la terminología de la LCSP se trata de gestión directa: por *medio propio no personificado* (art. 30) o por *medio propio personificado* (art. 32).

²⁵ La Administración decidirá, en función de las circunstancias de cada servicio, si la intervención alcanza todos los poderes directivos o solo una parte de ellos, permitiendo que la empresa conserve los restantes (art. 134.2 RSCL, art. 263.2 LCSP).

²⁶ En torno al complicado equilibrio entre las facultades de fiscalización ordinarias de la Administración y la capacidad de decisión empresarial del concesionario, por todos, G. Ariño Ortiz (1989), «Servicio público y libertad de empresa (la delegación del gobierno en el sistema eléctrico)», en *Libro Homenaje a José Luis Villar Palasí*, Madrid: Civitas, págs. 77-98.

²⁷ Sobre su significado, E. García de Enterría (1950), «Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo», *Revista de Administración Pública*, 2, págs. 83-108; y J. L. Villar Palasí y J. L. Villar Ezcurra (2004), «El principio de riesgo y ventura», en R. Gómez Ferrer Morant (coord.), *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Madrid: Civitas, págs. 525-559.

en que el empresario sigue asumiendo «el riesgo y ventura» de la prestación o de la explotación, pero quien toma las decisiones es la Administración.

El resultado es que la Administración titular del servicio pasa a ocuparse de los poderes de dirección, de decisión y de organización, que habían sido encomendados al gestor al que, transitoriamente, se sustituye. De ahí que pueda hablarse de gestión directa singular porque la Administración dirige y organiza, pero el riesgo y ventura sigue recayendo sobre el operador. Esto último explica que el contrato o la concesión sigan siendo plenamente eficaces, sin que la medida de intervención determine su suspensión, ni siquiera de forma temporal.

La potestad de que se habla lo es respecto al servicio público —en su caso, la obra pública—. Lo que recupera la Administración, aun de forma transitoria, es la capacidad de decidir y de organizar el servicio público, no la dirección y gestión de la empresa. Es indudable que el secuestro del servicio, con el alcance apuntado, comporta la afectación de la empresa, que las decisiones que tome la Administración inciden sobre la misma, pero la justificación y, por tanto, el límite de esas medidas, es el servicio público, no el control de la organización empresarial. La legislación anotada lo pone de manifiesto, por más que, sin duda, existen espacios en que las decisiones dirigidas al funcionamiento del servicio alcancen a la empresa que estaba encargada de la gestión. Pero no se trata de intervención de empresas, sino de intervención del servicio público.

VII. LAS FACULTADES DE LA ADMINISTRACIÓN: ALCANCE

Para ejercer las tareas de dirección y organización, el órgano de contratación tiene la facultad de designar uno o varios «interventores» que sustituyan, en todo o en parte, a los elementos directivos de la empresa, con el fin de que pueda ejercerse la función gestora asumida (art. 263.2 LCSP, art. 134.2 RSCL, también, art. 227 RCE y luego art. 186 RGC)²⁸. Las decisiones que tomen serán obligatorias para el empresario con independencia de las acciones que este pueda ejercer²⁹. La gestión del servicio la desempeña la Administración.

²⁸ Ni el art. 134 RSCL, ni tampoco el art. 263 LCSP, exigen que el interventor sea funcionario público. Sí que lo exigía el art. 227 RCE y lo mantiene el aún vigente art. 186 RGC —precepto que, sin embargo, no es norma básica en materia de contratos—. Esto explica que esa tarea pueda ser encomendada a una empresa pública (STSJ Canarias, 104/2005, de 15 de febrero, JUR 2007/93323). Lo que queda excluido es encomendar la intervención a otro operador privado, algo que iría en contra de la esencia de esta potestad (gestión directa singular).

²⁹ Esta razón diferencia a estos «interventores» de aquel que, con el nombre de «interventor técnico», la Administración puede designar para vigilar la conservación de las obras e informar sobre las que sean necesarias, en relación con la reversión de la concesión (art. 131.2.1º RSCL). Este último no ejerce funciones directivas ni organizativas, sino solo de

Ahora bien, afirmada la capacidad de dirigir y organizar el servicio, es necesario concretar qué clase de decisiones puede tomar la Administración y qué medios puede utilizar. La respuesta se encuentra entre dos opciones: bien solo puede hacer lo mismo que el gestor, con sus medios materiales y personales; o bien puede tomar las decisiones que considere adecuadas empleando tanto los medios del gestor como cuantos otros aquella pueda aportar para restablecer el funcionamiento del servicio.

Ya sea de forma obligatoria, «utilizando para ello el mismo personal y material del concesionario» (art. 134.2 RSCL), ya sea con carácter potestativo, «pudiendo utilizar el mismo personal y material del concesionario» (art. 263.2 LCSP), la normativa conecta la gestión directa asumida por la Administración con los medios personales y materiales que venía empleando el empresario o el concesionario. A ello se suma la «percepción de la contraprestación económica o los derechos establecidos» que aquel tuviera reconocidos (arts. 134.1 RSCL y 263.2 LCSP); por tanto, la disposición de esos fondos económicos corresponde también a la Administración titular del servicio. De este modo, los poderes de dirección y gestión implican la utilización de los medios con que venía funcionando el servicio, así como el manejo de los recursos económicos vinculados con el mismo. La cuestión, sin embargo, es la siguiente: si resultaran insuficientes, ¿la Administración podría aportar medios materiales, personales o financieros distintos? En particular, si el problema fuera de liquidez, ¿cabría que aquella se hiciera cargo del abono de deudas pendientes del concesionario? ¿Podría aportar una subvención, conceder un anticipo con cargo a la retribución futura, otorgar un aval para obtener un crédito o darle un préstamo?

Una primera lectura puede llevar a considerar que la Administración debe limitarse a emplear los medios de los que disponía el empresario gestor. Con ello, su capacidad de responder a las necesidades del servicio público quedaría circunscrita a la habilidad de conseguir un mejor funcionamiento con esos mismos medios. El secuestro limitaría la acción pública a los aspectos de organización de los recursos. Así, si el problema fuera de huelga, de pago a proveedores o de refinanciación de créditos, la Administración contaría con los mismos recursos que el empresario, y, por tanto, es probable que, si este no pudo resolver la situación, tampoco aquella podrá. De este modo, el secuestro se convertiría en un callejón sin salida, en realidad, sería un instrumento inútil.

Siendo así, la tutela del interés público que justifica esa potestad obliga a descartar esa aproximación, porque no tiene sentido que la Administración se haga cargo de un servicio en las mismas condiciones del gestor, por tanto, con las manos igualmente atadas. El criterio debe ser otro. La atención del servicio público impone que la capacidad de acción de la Administración sea mucho más amplia, sin perjuicio de que puedan existir determinados límites.

fiscalización e información sobre el estado de la concesión y de sus medios, sin reemplazar al concesionario en aquellos poderes.

El punto de partida sigue siendo la mención a la utilización de los medios materiales y personales del gestor. Se trata de un límite a la acción pública. Para restablecer el servicio, la Administración no puede modificar unilateralmente las condiciones de prestación, haciendo recaer sus consecuencias sobre el empresario³⁰. Por supuesto, un incremento de la contraprestación económica —p. ej., aumento de tarifas— sería una medida favorable, sin embargo, un incremento de la plantilla, la adquisición de nuevos medios materiales o un endeudamiento a largo plazo, serían gravosos y contrarios a aquella limitación. Si el problema es que los medios establecidos en el contrato son insuficientes —o excesivos— para el funcionamiento del servicio, lo procedente sería la modificación, si fuera jurídicamente viable, o, en su caso, la resolución del contrato, sin que la respuesta a la situación de funcionamiento deficiente pueda ser agravar y modificar las condiciones contractuales. Este es el sentido de la referencia a la posibilidad de utilizar los medios empleados por el concesionario. La consecuencia es que, respetando ese límite, la Administración puede adoptar las medidas que considere adecuadas para restablecer el normal funcionamiento del servicio; tan es así que la vigente LCSP se expresa en términos facultativos, no limitativos, «pudiendo utilizar el mismo personal y material» (art. 263.2). La cuestión es: ¿cuáles?

Todas aquellas medidas organizativas, materiales y financieras, que puede adoptar cuando el servicio público se presta de forma directa, en particular, por su proximidad, en los casos en que lo hace a través de una entidad instrumental, sea pública —organismo público—, sea privada —sociedad mercantil—. En tanto el secuestro supone la asunción temporal de las facultades de dirección y de gestión sobre el servicio, las medidas que puede adoptar son las mismas que puede tomar en caso gestión con medios propios. No hay diferencia sustancial o cualitativa, sin perjuicio de su carácter temporal.

Por esta misma razón, para decidir qué medida concreta tomar, la Administración cuenta con el mismo margen de discrecionalidad que si lo prestara con medios propios; así lo impone la multitud de situaciones que pueden darse, puesto que los peligros que puedan derivar de una huelga³¹ poco tienen que ver con las trabas que deriven de la actuación de otras Administraciones que obstaculicen el servicio, como ninguna de ellas con la existencia de problemas graves de liquidez. La garantía de continuidad del servicio trae consigo esa característica. Es más, sin perjuicio de las diferencias apuntadas más atrás sobre su distinta causa, la discrecionalidad es una nota típica de la potestad de intervención³², tanto si se aplica en un servicio público como si se proyecta sobre empresas; así, en este segundo bloque, la Ley del Sector de Hidrocarburos habla de «las medidas oportunas»

³⁰ Lo destacó Sosa Wagner (2007: 238).

³¹ Sobre el secuestro o intervención por causa de huelga, el análisis de A. Fortes Martín (2018), *La gestión contractual del servicio de recogida de residuos domésticos*, Madrid: Iustel, págs. 418-440.

³² Lo destacó Gamero Casado (1996: 162-163).

(DA 10^a), la Ley del Sector Eléctrico emplea la expresión «adoptando las medidas oportunas» (art. 7.6), la Ley General de Sanidad habilita «cuantas se consideren sanitariamente justificadas» (art. 25 y 26) y la Ley General de Salud Pública hace referencia a «cuantas medidas sean necesarias» (art. 54)³³.

En particular, dentro de esas medidas tienen cabida las de naturaleza económico-financiera que sean precisas. Su adopción no tiene nada de excepcional. Con carácter general, sin necesidad de secuestro o intervención, la legislación permite a la Administración emplear esa clase de medidas, con el fin de contribuir al buen funcionamiento del servicio. Se trata de aquellas que la legislación denomina «aportaciones públicas a la explotación», que le permiten «otorgar al concesionario a fin de garantizar la viabilidad económica de la explotación de las obras...: a) subvenciones, anticipos reintegrables, préstamos participativos, subordinados o de otra naturaleza... b) ayudas, incluyendo todo tipo de garantías...» (art. 268 LCSP)³⁴, también aplicables a la concesión de servicios (art. 297 LCSP)³⁵; un régimen que entronca con el entendimiento clásico del contrato de gestión de servicios públicos que permitía a la Administración contribuir y, en su caso, compensar, el equilibrio económico-financiero de la concesión, garantía básica del buen funcionamiento del servicio (arts. 127.2.2º.b, y 3º, 128.2.2º y 152.3 RSCL, STS 3ª, de 13 de noviembre de 1986, RJ 8072).

³³ Se ha criticado que la legislación no predetermine las medidas concretas que se puedan adoptar (Blanquer Criado, 2012: 926-928). Sin embargo, la multitud de situaciones que pueden plantearse dificulta, si no impide, una regulación de esa clase que, como mucho, podría ser indicativa.

³⁴ El art. 268 LCSP exige que estas aportaciones se prevean en los pliegos sin que puedan modificarse con posterioridad. La tutela de la concurrencia se impone. No obstante, hasta esa ley, la normativa de contratos no imponía esa restricción (cfr. art. 247 LCOF, art. 256 TRLCAP); esas aportaciones merecían el mismo tratamiento y fundamento que la potestad de modificación del contrato, también limitado en razón de la concurrencia, la competencia y la igualdad entre operadores. Sobre esa potestad, dentro de una amplia bibliografía, F. J. Vázquez Matilla (2015), *La modificación de los contratos públicos*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

³⁵ La concesión de servicio público y la concesión de obra pública, como de modo más general el contrato de gestión de servicios públicos y el contrato de obra pública, siempre han estado entrelazados, completándose el régimen jurídico de cada uno de ellos con el correspondiente al otro. Así, en cuanto a la concesión de servicios, la LCSP declara aplicable con carácter supletorio el régimen jurídico del contrato de concesión de obras públicas (art. 297). Ya el art. 67 de la LCE establecía que la regulación del contrato de gestión de servicio público se completaría con la del contrato de obra pública. La misma previsión se recoge en la legislación posterior, en especial con respecto al contrato de gestión de servicios públicos con obras (arts. 158 TRLCAP y 133.2 TRLCSP). Sobre la relación entre obra, dominio y servicio público, la exposición inicial de Villar Palasí (1964: 161); una visión renovada en A. M. González Sanfiel (2000), *Un nuevo régimen para las infraestructuras de dominio público*, Madrid: Montecorvo.

Si eso es así sin asunción del servicio, tanto más lo será acordado el secuestro. A ello debe sumarse que, asumida la gestión temporal, la Administración dispone también de las contraprestaciones y de los derechos económicos que correspondan al gestor, con las capacidades que ello pueda suponer (art. 134.1 RSCL, art. 263.2 LCSP). Por ello, los tribunales admiten que la Administración pueda conceder anticipos sin interés y subvenciones (STS 3ª, de 13 de noviembre de 1986, RJ 8072), suscribir pólizas de crédito para financiar la gestión (STS 3ª, de 26 de marzo de 1987, RJ 3950), o hacerse cargo del pago de deudas pendientes del gestor, como indemnizaciones, pagos y anticipos no reintegrados, incluyendo deudas tributarias (STS 3ª, de 17 de febrero de 1988, RJ 1182).

Esa clase de medidas deben adoptarse de conformidad con la legislación presupuestaria y contable. No cabe duda. Pero esa normativa ni las legitima, ni les da cobertura, ni puede impedir que se adopten; en su caso, deberán tomarse las decisiones precisas para que cuenten con la cobertura presupuestaria adecuada. El derecho que las legitima es la regulación sustantiva del servicio público. Es esta normativa la que impone a la Administración la obligación de garantizar su funcionamiento de manera regular y continua. Es cierto que, a raíz de la crisis de deuda pública, las reglas de disciplina fiscal —estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera y regla de gasto— se han convertido en principios rectores de la acción pública³⁶, llegando, en ocasiones, a imponerse de tal modo que parecen determinar las competencias administrativas, lo que aquellas pueden y lo que no pueden hacer. Sin embargo, una regla no ha cambiado: las obligaciones de la Administración nacen de la ley, de los negocios jurídicos o de los actos o hechos jurídicos que las generen (art. 20 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria), siendo aquellas normas instrumentales para viabilizar el cumplimiento de esos deberes (lo recuerda, entre otras, la STC 13/2007, FJ 1º, con cita de otras anteriores). Por esto, el fundamento de las medidas que se estudian no debe buscarse en la normativa presupuestaria, sino que se encuentra en la condición de servicio público, en particular en el principio de continuidad que integra su régimen básico, al que sirve la potestad de secuestro, siendo ello habilitación legal suficiente para adoptarlas, sin que tales decisiones dependan de la normativa presupuestaria³⁷.

Por supuesto, la adopción (o la propuesta al órgano de contratación) de cualesquiera medidas, incluidas las económico-financieras, corresponde a los interventores designados por la Administración; no al empresario o gestor indirecto.

³⁶ En este sentido, T. R. Fernández Rodríguez, «Reflexiones sobre la sostenibilidad de los servicios públicos, un nuevo principio en gestación», *Revista de Administración Pública*, 200, págs. 439-450.

³⁷ Sobre el alcance de esa legislación, F. J. Villar Rojas, «El principio de sostenibilidad y las Administraciones públicas», en M. López Benítez, J. Fuentetaja Pastor y S. Rodríguez-Campos González (dirs.) (2017), *Las reformas administrativas de la crisis*, Cizur Menor: Thomson-Reuters-Aranzadi, págs. 47-75.

Son aquellos los que tomarán las decisiones y, en su caso, ordenarán los pagos, debiendo actuar con la diligencia propia de un gestor ordenado y prudente³⁸, pero sin participación del operador sustituido o reemplazado. De este modo, el manejo y disposición de los recursos económicos se realiza por los representantes de la Administración, quienes, al terminar la medida de secuestro, entregarán el saldo que corresponda al gestor (arts. 134.3 RSCL y 263.2 LCSP).

VIII. LA POSICIÓN DEL GESTOR: CARGAS

Para el gestor del servicio, el secuestro o intervención supone la pérdida de los poderes de dirección y de organización, manteniendo el riesgo y ventura de la gestión del servicio. La normativa es concluyente: «La explotación se efectuará por cuenta y riesgo del concesionario» (art. 134.3 RSCL), «la explotación de la obra objeto de secuestro o intervención se efectuará por cuenta y riesgo del concesionario» (art. 263.2 LCSP). En su virtud, el gestor o el concesionario asume la mayor o menor ventura u onerosidad que resulte de las decisiones que tome la Administración, sin participar en las mismas. Por tanto, el riesgo y ventura constituye la principal carga que recae sobre el operador.

Esa carga confirma que el negocio jurídico, en virtud del cual el empresario se encargaba de la gestión, sigue existiendo y sigue produciendo plenitud de efectos³⁹. El secuestro no lo suspende. El contrato sigue vinculando a la Administración con el gestor. Y, a su vez, el operador sigue obligado con los terceros con los que se relacione para la prestación material del servicio (personal, servicios, suministros...); negocios jurídicos que permanecen sin cambio. El secuestro, por sí mismo, no es causa de despido, ni tampoco de suspensión o resolución de los contratos suscritos por el empresario. Asimismo, el que la Administración asuma los poderes de dirección y organización, incluyendo los recursos económicos, no determina una novación subjetiva, un cambio en la condición de empresario que traslade sobre aquella los derechos y obligaciones derivados de esos contratos. El secuestro permite a aquella tomar las decisiones y trasladar sus consecuencias al operador, sin que, pese a ello, aquella se convierta en mandante o representante de aquel. La posición de la Administración se sustenta en el ejercicio de una potestad administrativa de la que derivan cargas, obligaciones y responsabilidades para el empresario. En suma, el secuestro no altera la eficacia jurídica del contrato o de la concesión⁴⁰.

Que los contratos que articularon la gestión indirecta siguen vigentes queda de manifiesto cuando se termina o finaliza la medida de secuestro. En ese mo-

³⁸ Así lo destaca Calvo González (2016: 18).

³⁹ Lo explicó Albi Cholbi (1960: 592).

⁴⁰ Se ha dicho que el secuestro es «algo más que asumir la dirección de la compañía, pero algo menos que una plena subrogación», Blanquer Criado (2012: 926).

mento, «se entregará (al concesionario) el saldo activo que resultara después de satisfechos todos los gastos, incluso los haberes del interventor» (art. 134.3 RSCL) o, en la regulación más reciente, «se devolverá (al concesionario) con el saldo que resulte después de satisfacer todos los gastos, incluidos los honorarios de los interventores y deducir, en su caso, la cuantía de las penalidades impuestas» (art. 263.2 LCSP)⁴¹. Hasta entonces, los interventores han estado tomando las decisiones, bien directamente, bien mediante instrucciones de obligado cumplimiento, y, cuando dejan de hacerlo, deben liquidar las cuentas, incluyendo las penalidades que se hubieran podido imponer, entregando el saldo —positivo o negativo— al gestor. El contrato ha seguido siendo soporte de derechos y obligaciones. Por ello, al terminar la intervención, la Administración debe devolver al gestor las facultades de dirección y organización, los medios materiales y personales que hubiera manejado, y los elementos determinantes del estado económico y contable de la entidad gestora.

La referencia al «saldo final del secuestro» lleva a la segunda carga que debe soportar el operador: el abono de las penalidades que se le impongan y la indemnización de los daños y perjuicios que pueda haber causado a la Administración. La legislación prevé lo siguiente: «En todo caso, el empresario deberá abonar a la Administración los daños y perjuicios que efectivamente le haya irrogado» (desde el art. 77 LCE, luego el art. 166 TRLCAP, art. 285 TRLCSP, hasta el art. 293.1 LCSP). Se trata de una obligación *ex lege*, exigible con independencia de si la misma aparece, o no, incluida en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y, tradicionalmente, aplicable a los supuestos en que el secuestro resulte de incumplimientos graves por el gestor indirecto, pues, en otro caso, no será exigible la obligación de indemnizar⁴².

⁴¹ La normativa local dice «saldo activo», la legislación de contratos solo habla de «saldo», pero, como destacó el Tribunal Supremo, en línea con lo explicado con anterioridad por la doctrina (Albi Cholbi, 1960: 592), lo que se devolverá es el saldo, activo o pasivo, resultante de la gestión; en este segundo supuesto, la Administración podrá exigir la indemnización de los daños y perjuicios que haya soportado al no poder compensar el coste de su intervención con los recursos propios de la empresa (SSTS 3ª, de 17 de febrero de 1988, RJ 1182, y de 11 de junio de 1996, RJ 5148).

⁴² Tradicionalmente, la obligación de reparar los daños y perjuicios aparece vinculada con supuestos de incumplimiento, siendo estos los que llevan al secuestro o la intervención. Es más, en el caso de que la causa fuera ajena a la conducta del gestor, la normativa local señala que la Administración habrá de indemnizar los daños y perjuicios que pudiera soportar derivados de esa decisión (art. 127.2.3º RSCL, en el mismo sentido, STS 3ª, de 30 de junio de 1987, RJ 6602). El vigente art. 293.1 LCSP parece distorsionar esa construcción y esa diferencia cualitativa, cuando, aun repitiendo en lo básico el texto legal precedente, añade lo siguiente: «[...] si por causas ajenas al concesionario (o bien por incumplimiento)...». Con el fin de evitar ese efecto, esa mención a «causas ajenas» debe ser interpretada conforme a los fundamentos de la obligación de reparar —responsabilidad—, de modo que, en ese caso, el concesionario solo resultará obligado cuando lo sea conforme

Por otra parte, con el fin de garantizar la indemnidad de la actuación pública, la fianza depositada por el contratista responde de esas obligaciones. Y es que los daños y perjuicios que soporte la Administración como consecuencia del secuestro o intervención encajan como un guante entre aquellos «ocasionados a la Administración con motivo de la ejecución del contrato» (art. 115 LCE, art. 43 TRLCAP, art. 100 TRLCSP y art. 110.e LCSP)⁴³. De ello da cuenta la jurisprudencia en los siguientes términos:

[...] en un contrato-concesión de un servicio público, en que por el incumplimiento de lo pactado... fue declarado el secuestro de la concesión. [...] Como quiera que el resultado de la liquidación final del contrato-concesión, resultó con un saldo pasivo superior al valor de la fianza, con el consiguiente perjuicio económico para la Administración, derivado de las consecuencias del defectuoso cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, originadoras del secuestro administrativo de la concesión, es claro su aplicación (la fianza) a la efectividad de responsabilidades (STS 3ª, de 11 de junio de 1996, RJ 5148).

En consecuencia, la posición jurídica del gestor viene condicionada por el riesgo y ventura, que sigue asumiendo durante el secuestro, y por la obligación de indemnizar todos los daños y perjuicios que se puedan causar a la Administración. Pero, debe añadirse, desde la perspectiva de esta última, esas cargas que recaen sobre el empresario funcionan como garantías de las consecuencias patrimoniales que pudieran resultar para la hacienda pública del ejercicio de esa prerrogativa.

IX. EL LÍMITE: LA TEMPORALIDAD DE LA MEDIDA

El límite fundamental del secuestro —principal garantía del gestor indirecto— es el carácter temporal de la medida. La legislación lo repite: «[...] el secuestro o intervención tendrá carácter temporal» (art. 135.1 RSCL, art. 263.3 LCSP). La intervención de la Administración titular del servicio no puede tener una duración indefinida.

En razón de ese carácter limitado, en cuanto a duración máxima, la normativa local se remite a lo que disponga el pliego, precisando que, en su defecto, no podrá exceder de dos años, ni de la tercera parte del plazo que restare para el término de la concesión (art. 135.1 RSCL). La legislación estatal, por su parte, establece un plazo máximo, incluidas las prórrogas, de tres años (art. 263.3 LCSP). Se trata de un tiempo máximo, siendo posible que, bien de oficio, bien a petición del empresario afectado, el órgano de contratación pueda acordar el levantamiento de la medida con anterioridad, siempre que quede acreditada la desaparición de las causas determinantes del secuestro y que el concesionario justifique estar en

a las reglas generales de esa institución, siendo posible que, como admite el reglamento de servicios, el obligado a indemnizar sea la Administración.

⁴³ Lo destaca Calvo González (2016: 19).

condiciones de hacerse cargo con normalidad del servicio (art. 135.2 RSCL, art. 263.3, *in fine*, LCSP). El transcurso del plazo sin que se cumplan esos condicionantes legitima al órgano de contratación para acordar la resolución del contrato (art. 263.3, *in fine*, y art. 279.f LCSP); en el ámbito local, ese supuesto es determinante de la caducidad de la concesión (art. 136.1.a RSCL).

Con todo, pese al tenor literal, las reglas anotadas son generales, pero no son automáticas ni imperativas. Lo único que tiene ese carácter es el funcionamiento del servicio público. El levantamiento del secuestro requiere la viabilidad del servicio y la capacidad del empresario de hacerse cargo, sin lo cual, aunque el plazo haya transcurrido, esa decisión resulta improcedente. En este sentido, el Tribunal Supremo ha reconocido que «aun en el supuesto de entender que al asumir temporalmente la Administración el servicio no puede hacerlo por un plazo superior a los indicados en el artículo 135 RSCL, debe en cualquier caso aducir y probar el concesionario el poder atender el servicio, ya que de otra forma podría inferirse un perjuicio al interés público al ordenar devolver aquél sin garantizar su efectividad» (STS 3ª, de 20 de diciembre de 1989, RJ 9495).

El principio de continuidad impone el mantenimiento de la medida de secuestro aunque haya vencido el plazo. Es obligado asegurar que siga funcionando. El límite temporal es una garantía para el empresario, pero no tanto como para poner en peligro el servicio público y sus prestaciones; no es una garantía absoluta. En caso de conflicto, el fin público se impone sobre el plazo máximo, debiendo tener en cuenta el carácter no básico de los plazos señalados (DF 1ª.3 LCSP), así como la condición flexible que la legislación otorga a los plazos para la Administración (art. 48.3 LPAC)⁴⁴. En realidad, hablar de plazo máximo es algo que se desenvuelve en la incertidumbre porque, de subsistir sin resolver la situación que justificó la intervención, la medida se mantendrá incluso más allá del término del contrato o concesión en aplicación del principio de prórroga forzosa hasta la adjudicación del nuevo contrato en aras de la continuidad del servicio público (arts. 29.4 y 288.a LCSP).

En todo caso, dejando de lado la continuidad en los términos expuestos, lo normal será que el secuestro concluya cuando se alcance su plazo máximo, debiendo, en ese momento, restituirse las facultades de dirección y organización, así como los bienes y los medios, al gestor privado, sin perjuicio de que pueda o deba acordarse la resolución del contrato, ya sea por incumplimiento, ya sea porque, tal y como está diseñado, continuar con su prestación sea inviable⁴⁵. Pero

⁴⁴ Este criterio sirve también para entender que la regulación de esta prerrogativa en el contrato de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía diga que se «podrá acordar el secuestro o intervención hasta que el mismo desaparezca» sin fijar plazo máximo alguno (art. 312.d LCSP). De acuerdo con lo expuesto, la medida se mantendrá en tanto la causa no desaparezca. Lo esencial es que el servicio funcione.

⁴⁵ Sobre las causas de resolución de las concesiones, J. F. Mestre Delgado (2018), «La extinción del contrato de concesión de servicios en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 74, págs. 44-51.

esta última decisión resulta del ejercicio de una prerrogativa distinta del secuestro o intervención, que, con la devolución de la gestión al empresario —cuando esté en condiciones de asumirla—, habrá concluido su función.

X. CONCLUSIÓN: GARANTÍA TRANSITORIA DE LA CONTINUIDAD DEL SERVICIO PÚBLICO

El secuestro, la intervención o la asunción temporal de un servicio público es una prerrogativa necesaria, prudente y proporcionada, que permite afrontar una situación transitoria de funcionamiento deficiente, sin introducir mayor conflictividad —puesto que se puede adoptar con independencia de las causas determinantes de la situación—, y que tiene la virtud de permitir restablecer la normalidad, adoptando las medidas que sean necesarias, sin comprometer futuras acciones o decisiones que pueda o deba adoptar la Administración titular del servicio público —entre ellas, cuando proceda, la exigencia de responsabilidades—.

En buena medida, atendiendo al margen de discrecionalidad que la acompaña, esta prerrogativa es una manifestación de la regla general que ha venido guiando tradicionalmente la regulación del contrato de gestión de servicio público: «rigidez del servicio, flexibilidad del contrato» (STS 3^a, de 13 de noviembre de 1986). Bien es cierto que, de un tiempo a esta parte, ese criterio se ha puesto en cuestión, con una legislación y una interpretación de la misma que aspira a la «contratación formulario» —en el caso estudiado lo sería un catálogo tasado y cerrado de medidas que se puedan adoptar—, guiada por la permanente sospecha de corrupción o prácticas fraudulentas, en la que todo lo no previsto se considera ilegal. Pero esta es otra cuestión. Entre tanto, la potestad de secuestro seguirá cumpliendo la función de garantía de la continuidad del servicio público que constituye su razón de ser.