

INFORME JURÍDICO SOBRE DETERMINADOS ASPECTOS CONTROVERTIDOS DE LA INTERVENCIÓN TEMPORAL POR EL AYUNTAMIENTO DE LA LAGUNA DEL SERVICIO MUNICIPAL DE GRÚAS, QUE EMITEN FRANCISCO CLAVIJO HERNÁNDEZ, CATEDRÁTICO DE DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO, Y FRANCISCO VILLAR ROJAS, CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, POR ENCARGO DE LA CONCEJALÍA DE SEGURIDAD Y MOVILIDAD DEL AYUNTAMIENTO DE LA LAGUNA.

-ANTECEDENTES:

Desde agosto de 2004, el servicio municipal de grúas del Ayuntamiento de La Laguna (en concreto, los servicios de retirada e inmovilización de vehículos de la vía pública) se gestiona mediante un contrato administrativo de gestión de servicio público, modalidad concesión, que explota la entidad mercantil "Autogrúas Poli, SLU."

A tenor del riesgo evidente de interrupción del servicio como consecuencia de la concurrencia de una serie de circunstancias que dificultaban su funcionamiento, el pasado 28 de enero de 2014, la Junta de Gobierno Local acordó la medida cautelar de intervención y asunción temporal de la ejecución directa del citado servicio de retirada e inmovilización de vehículos de la vía pública, con efectos del siguiente 31 de enero, designando a dos interventores municipales.

Asumida la ejecución del servicio, tanto el funcionamiento de la intervención, como su duración o vigencia y, de modo particular, la posibilidad o no de que el Ayuntamiento deba hacer frente a determinados gastos con el fin de restablecer el equilibrio económico-financiero imprescindible para el normal funcionamiento del servicio, vienen siendo motivo de controversia. El informe de la Intervención municipal, de 17 de marzo de 2014, de reparo de la propuesta de aprobación de un anticipo de 120.000 euros con cargo a la facturación futura por la prestación del servicio da cuenta de esas cuestiones.

Pues bien, en relación con ese debate, por la Concejalía de Seguridad y Movilidad del Ayuntamiento de La Laguna, se formula la siguiente

-CONSULTA:

-¿Qué es la asunción temporal de la ejecución directa del servicio municipal de grúas? En particular, ¿cuáles son las facultades y las obligaciones que asume el Ayuntamiento?

-¿Cuál es el plazo máximo de vigencia que puede tener la medida adoptada?

- ¿Debe el Ayuntamiento hacer frente a los gastos del servicio intervenido para asegurar su normal funcionamiento? De ser así, ¿cuál es la vía presupuestaria adecuada para hacerlo? ¿Es posible un anticipo a cuenta de la facturación futura?
- ¿Puede contar el Ayuntamiento con los derechos de facturación futura, fianza definitiva y de los bienes del concesionario?

Aceptado el encargo, en orden a dar respuesta jurídica a las cuestiones planteadas, se emite el siguiente

-INFORME:

I.- ¿Qué es la asunción temporal de la ejecución directa del servicio público? ¿cuáles son las facultades y las obligaciones que asume el Ayuntamiento? ¿cuál es su fundamento?

A) Notas básicas del régimen jurídico.

La asunción temporal del servicio público es una potestad o prerrogativa que corresponde a la Administración en el caso de que la prestación del mismo lo sea mediante concesión administrativa, que consiste en:

"Asumir temporalmente la ejecución directa del servicio en los casos en que no lo prestare o no lo pudiese prestar el concesionario, por circunstancias imputables o no al mismo" (art. 127.1.1ª.3ª Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, RSCL).

Se trata de una facultad recogida expresamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato administrativo de concesión del servicio de retirada e inmovilización de vehículos del Ayuntamiento de La Laguna (cláusula 21.A.3).

De esa regulación, a los efectos de este informe, es obligado destacar las siguientes notas:

- a) Que este mecanismo tiene la consideración de potestad de la Administración, y, como tal, le otorga un poder de actuar, pero también le impone el deber de ejercerlo.
- b) Que determina la "ejecución directa del servicio" por la Corporación, esto es, con sus propios medios frente a la prestación indirecta, que lo es con medios de un tercero.
- c) Que tiene carácter temporal, de modo que no puede ser indefinida.
- d) Que su razón de ser es la no prestación del servicio público o bien que pudiera llegar a no poder prestarse.

A falta de mayor detalle, pero partiendo de que el reglamento se refiere a asunción temporal por/sin causa imputable al concesionario, la jurisprudencia tiene declarado que el régimen jurídico de este mecanismo se completa con el establecido para los supuestos de "secuestro" de la concesión por incumplimiento, dada su idéntica función, aun cuando sus presupuestos sean distintos (por todas, STS 3ª, de 23 de noviembre, de 1989, RJ 5295). Esto supone la remisión a las previsiones de los artículos 133 a 135 del RSCL, también a los concordantes de la legislación de contratos administrativos, en este caso el artículo 166 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP).

Esos preceptos permiten completar aquellas notas del modo siguiente:

a) La asunción temporal, como el secuestro, es una potestad administrativa, por tanto, un poder-deber de actuar (art. 127.1.1ª.3º RSCL).

b) En su virtud, la Administración ejecuta directamente el servicio, esto es, en expresión relativa al secuestro, "*se encarga directamente del funcionamiento del servicio y de la percepción de los derechos establecidos, utilizando el mismo personal y material del concesionario, sin que pueda alterar las condiciones de su prestación*" (art. 134.1 RSCL).

c) La Administración asume la prestación del servicio "*por cuenta y riesgo del concesionario, a quien entregará, al finalizar el secuestro el saldo activo que resultare*

después de satisfechos todos los gastos, incluso los haberes del Interventor" (art. 134.3 RSCL).

d) La asunción temporal, como el secuestro, tiene carácter temporal y duración máxima, bien la que establezca el pliego, bien la que determine la Administración "*sin que pueda exceder de dos años ni de la tercera parte del plazo que restare para el término de la concesión*" (art. 135.1 RSCL). En todo caso, el concesionario puede, en cualquier momento, solicitar el cese del secuestro si justificare estar en condiciones de proseguir la gestión normal de la empresa (art. 135.2 RSCL).

e) A modo de cláusula de cierre, en caso de secuestro -por tanto, también de asunción temporal-, "*el contratista deberá abonar a la Administración los daños y perjuicios que efectivamente le haya irrogado*" (art. 166 TRLCAP, actual art. 285 TRLCSP).

B) Fundamento de la potestad de asunción temporal: la continuidad del servicio público.

El adecuado entendimiento de las notas que quedan apuntadas y de su alcance viene condicionado por el fundamento o razón de ser de este instrumento.

La explicación de esta potestad es que la Administración titular del servicio público - que, como dice la legislación, no deja de serlo porque se gestione de modo indirecto por concesión, art. 126 RSCL- cuente o disponga de los medios jurídico-públicos necesarios para asegurar o restablecer la continuidad del servicio público, que es su responsabilidad legal, en este caso, asumiendo la prestación directa del mismo que el concesionario no puede garantizar. Es importante destacar que, de acuerdo con la normativa transcrita, lo que la Corporación municipal asume de manera temporal es la prestación o ejecución del servicio, no la empresa concesionaria, por más que, siendo está el medio gestor, el control de la misma es lo que permitirá asegurar el funcionamiento del servicio; pero, aun así, no se trata de un supuesto de intervención de empresas, sino de intervención del servicio público.

La asunción temporal del servicio es una facultad que trae causa de la obligación de la Administración de que el servicio público exista y de que se preste de forma regular y continua; obligación que se hace presente cuanto el servicio se paraliza o puede paralizarse y es imperativo que actúe. De ahí, además, el carácter irrenunciable de esa prerrogativa (art. 127.1 RSCL). Esa es la clave: la titularidad del servicio público y el deber de que funcione.

La relación que la Administración entabla con el concesionario, a raíz de la asunción temporal o del secuestro, y de la que dan cuenta las referencias que fueron destacadas, tales como: que actuará por cuenta y riesgo del empresario, que utilizará los mismos medios o que no podrá alterar las condiciones del servicio, no desvirtúa aquella obligación, ni convierte a la Administración en un mero sustituto del empresario. Aquella asume la condición de prestador temporal del servicio, pero ello ni cambia ni modifica la condición irrenunciable de titular y responsable del mismo; y, con ello, su deber de actuar.

La jurisprudencia es constante y concluyente en este sentido. La causa legitimadora de la asunción temporal del servicio es la obligación de *"garantizar el fin esencial de continuidad del servicio"* (por todas, SSTs, 3ª, de 26 de marzo de 1987, de 22 de febrero de 1997 y de 9 de abril de 1990, citadas por STSJ Cantabria, 643/2004, de 20 de septiembre de 2004, f.d. 17º, JUR 281.993).

Este deber determina y condiciona la actuación de la Administración municipal cuya responsabilidad -debe insistirse en ello- es restablecer y viabilizar el normal funcionamiento del servicio. El modo y los medios de hacerlo es asunto instrumental, claro está, que dentro del marco establecido por la legislación aplicable, también lo es, por importante que sea, el que la actuación municipal cuente con determinadas garantías patrimoniales relacionadas con el concesionario.

En conclusión, la asunción temporal del servicio es una potestad o prerrogativa de la Administración vinculada con la obligación de ésta de asegurar el funcionamiento de una actividad prestacional que es servicio público de su competencia y del que es responsable.

II.- ¿Cuál es el plazo máximo de vigencia que puede tener la medida adoptada?

Como quedó apuntado, de las cuestiones que ha suscitado la asunción temporal del servicio de grúas del Ayuntamiento de La Laguna, una de ellas es la relativa a la duración máxima que puede tener esa intervención municipal.

El motivo de esa cuestión es que, en defecto de previsión en el pliego de cláusulas administrativas, en el supuesto que se estudia resulta de aplicación el límite reglamentario máximo; en concreto que esta medida no puede extenderse más allá de la tercera parte del plazo que reste para el término de la concesión, y ese plazo está próximo a cumplirse (art. 135.1.b RSCL). En este caso, surge el siguiente interrogante: ¿llegado ese momento es obligado levantar la intervención temporal, incluso aunque la situación del servicio siga siendo insuficiente?

Los términos del precepto reglamentario son claros: la intervención tiene una "duración máxima". De igual modo, su tenor literal evidencia que ese límite constituye una garantía para el concesionario, en la medida que impide que la Administración gestione el servicio de forma indefinida por cuenta de aquél. Ahora bien, cuando se trata de actuaciones administrativas, el valor de los plazos es secundario. Da cuenta de ello el artículo 63.3 de la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), cuando declara:

"La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo".

La regla general es, por tanto, que la infracción de los plazos constituye una irregularidad no invalidante que permite continuar la acción administrativa, con la excepción de que el término sea elemento esencial –y, además, claro está, sin perjuicio de que la demora o extemporaneidad de la actuación pública pueda acarrear otras consecuencias, como pudiera serlo el silencio administrativo o la responsabilidad patrimonial por daños y perjuicios-.

Siendo así, la pregunta debe ser replanteada: ¿el plazo de duración máxima de la intervención temporal/secuestro es un término esencial que puede determinar la invalidez de la actuación administrativa?

La respuesta es negativa; ese plazo no es esencial. Y ello porque ningún sentido tendría finalizar la intervención si el servicio público no se hubiera restablecido con normalidad. La causa o fundamento de la intervención se impone sobre el plazo temporal; y esa razón es el restablecimiento del normal funcionamiento del servicio público. Así se ha manifestado la jurisprudencia. En concreto, en relación con la petición de cese de un secuestro de la concesión por transcurso del plazo máximo, la respuesta de los tribunales fue la siguiente:

“Es también pretensión del recurrente la declaración del cese del secuestro de la concesión ... la misma sin embargo no puede prosperar pues si bien se cumplen los plazos prevenidos en el artículo 135 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, sin embargo el mismo precepto exige que se justifique estar en condiciones de proseguir la gestión normal de la empresa, lo cual no ha acreditado el recurrente, que ninguna alegación realiza al respecto” (fundamento de derecho octavo de la sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial de Las Palmas de 12 de febrero de 1988, transcrito en la sentencia del Tribunal Supremo, 3ª, de 20 de diciembre de 1989, RJ 9495).

En relación con el mismo caso, en vía de recurso de apelación, el Tribunal Supremo hizo suyo y confirmó ese entendimiento declarando lo siguiente:

“Respecto de las alegaciones del apelante ... deben darse por reproducidos los fundamentos del Tribunal a quo, debiéndose puntualizar que ... aun en el supuesto de entender que al asumir temporalmente la Administración el servicio según el primero de los preceptos citados no puede hacerlo por un plazo superior a los indicados en el artículo 135, 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 garantía de su efectividad, lo que no excluye que se reclame de la Administración lo que se estime pertinente si el no ser posible la prestación del servicio se debe a la conducta de aquella” (fundamento de derecho segundo, STS 3ª, de 20 de diciembre de 1989, citada).

En suma, el plazo de duración máxima de la intervención no es elemento esencial del régimen jurídico de esta prerrogativa. El mismo puede extenderse en tanto no quede asegurada la continuidad y funcionamiento normal del servicio público de que se trate y, por tanto, subsistan las razones que llevaron a la adopción de esa decisión. El único término esencial es el de vigencia del contrato.

III.- ¿Debe el Ayuntamiento hacer frente a los gastos del servicio intervenido para asegurar su normal funcionamiento? De ser así, ¿cuál es la vía presupuestaria adecuada para hacerlo? ¿Es posible un anticipo a cuenta de la facturación futura?

Tras el examen de la asunción temporal de la ejecución del servicio municipal de grúas desde una perspectiva meramente administrativa, se está ya en condiciones de abordar los problemas presupuestarios que plantea la asunción de ese servicio, cuyo estudio exige examinar por separado dos cuestiones.

A) La asunción temporal del servicio municipal de grúas y las modificaciones de crédito

Es indudable que en el presente caso, al asumir temporalmente el servicio municipal de grúas, el Ayuntamiento debe hacer frente a las obligaciones de todo tipo que derivan de esa asunción. No en vano es la propia Administración municipal –así lo dispone el artículo 134.1 RSCL- quien se encarga directamente de su funcionamiento.

Es claro también que esas obligaciones que puedan surgir por la asunción del servicio pueden originar algún gasto presupuestario para el Ayuntamiento. Este gasto, por su naturaleza económica, bien ha de clasificarse en el capítulo 4 (Transferencias corrientes), lo que -vaya por delante- no parece lo más adecuado, o bien en el capítulo 8 del estado de gasto (Activos financieros); gasto, sin embargo, que para hacerse efectivo ha de resultar de la propia ejecución del presupuesto municipal. Así lo establece el artículo el artículo 173 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales (TRLHL):

“Las obligaciones de pago sólo serán exigibles de la Hacienda Local cuando resulten de la ejecución de sus respectivos presupuestos (...), o de sentencia judicial firme”.

En efecto, la existencia y suficiencia de crédito presupuestario en esos capítulos para atender ese gasto son condiciones necesarias para su efectividad. Tanto es así que si no existiese crédito o fuere insuficiente, el Ayuntamiento no podría llevar a cabo esos pagos. Naturalmente, las obligaciones y deberes municipales por asumir el servicio de grúas existen, sin embargo no serán exigibles al no resultar de la ejecución del presupuesto municipal, lo que determina que serán ineficaces los actos o resoluciones que adopte el Ayuntamiento en esa materia que supongan un compromiso de gasto para hacer frente a la asunción temporal del servicio sin crédito presupuestario.

Dicho en otros términos: el crédito presupuestario no es fuente de las obligaciones o deberes municipales que pudiesen derivar de la asunción temporal del servicio de grúas. Estos deberes y obligaciones tienen todos ellos su origen en el acuerdo o resolución de la asunción temporal del servicio, de acuerdo con el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. Así lo entiende también la Sentencia del Tribunal Constitucional 63/1986, de 21 de mayo, cuando dice:

“Los créditos consignados en los estados de gastos no son fuente alguna de obligaciones, sólo constituyen autorizaciones legislativas para que dentro de unos determinados límites la Administración del Estado pueda disponer de fondos públicos necesarios para hacer frente a sus obligaciones. La fuente de éstas –sigue diciendo la Sentencia- debe buscarse fuera de dichas consignaciones presupuestarias, ya sea en la ley, ya en los negocios jurídicos o en los actos o hechos que, según derecho, las generan, tal como señala el artículo 42 de la Ley General Presupuestaria”.

En consecuencia, para hacer frente a las posibles obligaciones derivadas de la asunción del servicio de grúas, parece claro que el Ayuntamiento debería llevar a cabo un expediente de modificación de crédito. Dependiendo de que exista o no en el presupuesto del Ayuntamiento, una aplicación presupuestaria específica o en cuantía suficiente en el capítulo 4 o en el 8 (no en el capítulo 2, ya que los gastos no son por adquisiciones de bienes o servicios, pues esas adquisiciones no las realiza el Ayuntamiento sino la sociedad

concesionaria intervenida), el expediente de modificación presupuestaria puede ser: a) crédito extraordinario; b) suplemento de crédito, o c) transferencia de crédito.

No es éste el lugar idóneo para examinar con detalle estos expedientes de modificación. Desde la perspectiva general que aquí interesa, debe señalarse únicamente que los créditos extraordinarios son modificaciones del presupuesto que consisten en asignar crédito para que se lleve a cabo un gasto específico que no puede demorarse para el ejercicio siguiente, como pueden ser éstos derivados de la asunción del servicio de grúas, y para los que no existen crédito ni siquiera aplicación presupuestaria en el capítulo 4 o en el 8. Si existiera aplicación presupuestaria, cosa que quienes suscriben desconocen, y fuera insuficiente para la realización de estos gastos de transferencia o de concesión de préstamo, el expediente que debería llevarse a cabo es el de suplemento de crédito. La diferencia está, por tanto, en que en el expediente de concesión de crédito extraordinario es preciso habilitar una aplicación presupuestaria y en el de suplemento de crédito basta con incrementar su cuantía.

Por lo demás, ha de precisarse que estos expedientes de concesión de crédito extraordinario o de suplemento de crédito podrán financiarse, según el artículo 177 del TRLHL, con los siguientes recursos:

- a) Remanente Líquido de Tesorería.
- b) Nuevos o mayores ingresos efectivamente recaudados sobre los totales previstos en el presupuesto corriente.
- c) Anulaciones o bajas de crédito de otras aplicaciones del presupuesto de gastos corriente, cuya dotación se estime reducible sin perturbar el respectivo servicio.
- d) Si los anteriores recursos no fuesen suficientes, excepcionalmente, podrá recurrirse a la realización de operaciones de crédito, cuando se den las condiciones establecidas en el artículo 177.5 del TRLHL.

Expediente distinto de modificación presupuestaria es el de transferencia de crédito que, como es bien sabido, se realiza entre distintas aplicaciones presupuestarias del estado

de gastos, entre las que no puede aplicarse vinculación jurídica, siempre y cuando la cifra total del presupuesto municipal no resultase alterada. Este expediente en la práctica se reduce a un simple trasvase entre aplicaciones presupuestarias de gasto. A diferencia de los anteriores expedientes de crédito extraordinario o suplementos de crédito, aquí en las transferencias no existe una necesidad perentoria del gasto, sino que se realiza para un mejor cumplimiento de los objetivos y programas municipales como sin duda ocurre con la asunción temporal del servicio de grúas.

En todo caso, si se va a llevar a cabo un expediente de transferencia de crédito para hacer frente a los gastos derivados de la asunción del servicio de grúas deben tenerse en cuenta las tres consideraciones siguientes:

- a) Las transferencias no pueden afectar a créditos extraordinarios ni ampliables.
- b) No pueden minorarse los créditos que hayan sido aumentados con suplementos o transferencias (salvo cuando afecten a créditos de personal), ni aquellos créditos incorporados como consecuencia de remanentes no comprometidos procedentes de presupuestos cerrados.
- c) No pueden incrementarse créditos que, como consecuencia de otras transferencias anteriores, hayan sido objeto de minoración (salvo cuando afecten a créditos de personal).

Esto sentado, cabe preguntarse si cabe que el Ayuntamiento realice un anticipo.

B) Anticipo a cuenta de la facturación futura

De una manera aproximativa, podría decirse que los anticipos constituyen adelantos de dinero que el Ayuntamiento realiza a terceros, los cuales se comprometen a devolver una cantidad igual a la recibida y, en su caso, los intereses que se hubiesen fijado en la concesión del anticipo.

Sin embargo, un análisis más preciso de esta operación de anticipo lleva a calificarla como un préstamo en dinero, ya que de lo que se trata es de que una parte (el Ayuntamiento) entrega dinero a un tercero, con la condición de que esta persona devuelva otro tanto de la misma “especie y calidad” como dice el artículo 1.740 del Código Civil. Evidentemente, como en todo préstamo, en los anticipos se está, tal y como la mayoría de la doctrina jurídica configura a los préstamos, ante un contrato unilateral, pues de estas operaciones –obvio es decirlo- solo surgen obligaciones para el tercero, quien debe devolver el importe del dinero recibido en el anticipo y, en su caso, los intereses que se hubiesen estipulado.

El profesor Daniel Carrasco, examinando los préstamos a terceros en la Contabilidad Pública Local, ha precisado a este respecto que los Ayuntamientos en la formalización de un préstamo deben realizar siempre la siguiente anotación contable, la cual explica, desde la perspectiva presupuestaria, la naturaleza jurídica de cuanto se viene diciendo respecto de la operación de anticipo:

(252) Créditos a largo plazo
(si fuera concedido a largo plazo)

(542) Créditos a corto plazo
(si fuera concedido a corto plazo)

a (400) Acreedores por obligaciones reconocidas. Presupuestos de gastos corriente

En todo caso, es obligado precisar que la cuenta 400 “Acreedores por obligaciones reconocidas. Presupuesto de gastos corriente”, que se anota en el haber, recoge la obligación de pago presupuestaria derivada de la operación de concesión del anticipo o del préstamo, la cual, como es obvio, ha de ser aplicada al capítulo 8 “Activos financieros” del presupuesto de gastos del Ayuntamiento.

Así las cosas, y haciendo aplicación de esta doctrina al caso que aquí se discute, cabe preguntarse si estos anticipos pueden llevarse a cabo por el Ayuntamiento para hacer frente a los problemas financieros derivados de la asunción temporal del servicio de grúas.

En principio, desde un punto de vista presupuestario, no existe ninguna dificultad teórica en que se realice esta operación de anticipo. Además, al tratarse de un anticipo exigido por la asunción de un servicio público como los que estamos examinando, es una operación cuya causa objetiva es muy clara, pues de lo que se trata es de “prestar dinero” a la sociedad concesionaria para que restablezca su equilibrio económico-financiero y haga frente a los pagos de las obligaciones que derivan de la prestación del servicio de grúas. En cualquier caso, el Ayuntamiento, para conceder el anticipo, debe ajustarse a las Bases de Ejecución del Presupuesto y a las normas que, en su caso, tengas establecidas.

Por otra parte, y admitida esta posibilidad, en el acuerdo de concesión del anticipo han de quedar claras tres cuestiones:

-En primer lugar, la naturaleza del anticipo y, en concreto, que se trata de un préstamo y no un anticipo de caja fija. Los activos de caja fija constituyen provisiones de fondos de carácter extrapresupuestario y permanente que se realizan a las habilitaciones para la atención inmediata y posterior aplicación al capítulo de gastos corrientes en bienes y servicios del presupuesto del año en que se realicen, de gastos periódicos o repetitivos, como pueden ser los de locomoción, material no inventariable, conservación y otros de similares características. Sin embargo, aquí, en estos anticipos de los que se viene hablando, se trata de un préstamo que hay que aplicar al capítulo 8 del estado de gastos del presupuesto y que, por su misma naturaleza jurídica y, también, económica, no tienen nada que ver con los anticipos de caja fija frecuentes en todas las Administraciones Públicas con los que se suele confundir.

-En segundo lugar, el modo y plazo de restitución del anticipo. Este plazo ha de quedar fijado en el acuerdo de concesión y, a juicio de quienes suscriben, debe coincidir con el de finalización de la asunción temporal del servicio.

-Y en tercer lugar, debe decidirse si el anticipo concedido devenga o no intereses, y cuál es, en su caso, la cuantía del tipo de interés.

IV.- ¿Puede contar el Ayuntamiento con los derechos de facturación futura, fianza definitiva y de los bienes del concesionario?

Si partimos de la base de que la asunción temporal de un servicio público servicio no es más que una intervención municipal en la gestión del propio del servicio que está llevando la sociedad concesionaria, tal y como se ha explicado en la primera parte de este informe, es evidente, en el caso que se estudia, que los derechos de facturación del servicio de grúas son ingresos de la sociedad concesionaria que han de gestionar los interventores municipales. No en vano esta intervención en el servicio la realiza el Ayuntamiento –son palabras del artículo 134 RSCL- *“utilizando el mismo personal y material del concesionario”*, sin alterar en nada las condiciones de la prestación.

Otro es el problema jurídico presupuestario de la fianza recibida de la sociedad concesionaria. Sin que ello entrañe posicionamiento teórico alguno en esta cuestión, y a los meros efectos de delimitar el objeto de este Informe, debe simplemente destacarse que el importe de dinero recibido como garantía de la concesión del servicio por parte de la sociedad concesionaria es propiedad del Ayuntamiento –nadie lo discute en la doctrina del Derecho Financiero y Tributario- como consecuencia del carácter fungible del dinero; pero ello no implica nunca que sea un ingreso público municipal ni que tenga carácter presupuestario, ya que su finalidad –como destaca una autorizada doctrina (Sainz de Bujanda, Palao, Farfán, entre otros) - no es cubrir el gasto municipal. Así lo explica muy bien, por ejemplo, Farfán Pérez, desde un punto de vista presupuestario, cuando afirma que los ingresos públicos municipales puede ser tanto presupuestarios como no presupuestarios, siendo los primeros los que por su naturaleza van a financiar gasto público (ejemplo: el Impuesto de Bienes Inmuebles) y los no presupuestarios se detallaran mediante un asiento contable pero no como recursos que financian gasto público local (ejemplo: ingreso de una fianza en metálico o disposición de una póliza de crédito de Tesorería)

De esta manera el Ayuntamiento, cuando recibe una fianza, la operación debe contabilizarla de la siguiente manera:

(57) Tesorería

a (180) Fianzas recibidas a largo plazo
o
(560) Fianzas recibidas a corto plazo

Ahora bien si, como ocurre en el presente caso, el concesionario incumple sus obligaciones, se produce, jurídicamente hablando, la extinción de la fianza y su importe ha de aplicarse a la efectividad de la responsabilidad contraída por la sociedad concesionaria, por lo que el Ayuntamiento ha de registrar contablemente ese incremento patrimonial y reflejar un ingreso excepcional o extraordinario:

(180) Fianzas recibidas a largo plazo
o
(560) Fianzas recibidas a corto plazo

a (778) Ingresos extraordinarios

El Tribunal Supremo parece igualmente confirmar esta doctrina en la Sentencia de 11 de junio de 1996, que literalmente, en sus fundamentos de derecho, dice:

“SEGUNDO.- (...) La finalidad primordial de la constitución de las fianzas definitivas por el adjudicatario o concesionario de la obra o servicio, en materia de contratación no es otra que aquella a que se refiere el artículo 92 del propio Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales y recogen los artículos 113 y siguientes de la Ley de Contratos del Estado y concordantes de su Reglamento de 1975, esto es, resarcir los daños y perjuicios que se causen por negligencia, morosidad o por cualquier otro modo en el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Naturalmente que tal finalidad indemnizatoria o reparadora del perjuicio causado a la Administración en virtud del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de sus obligaciones por parte del contratista, puede ser materializada a través de la adjudicación de toda o parte de la fianza constituida, tanto al finalizar el contrato, o resulta de la liquidación final del mismo, como mediante la resolución del mismo por incumplimiento, según lo establecido en el artículo 97 del mismo Texto Legal.

TERCERO.- En el supuesto aquí contemplado, estamos en presencia de un contrato-concesión de un servicio público, en que por el incumplimiento de lo pactado y en virtud de la concurrencia de las circunstancias expresadas en el artículo 133 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 junio 1955 fue declarado el secuestro de la concesión -extremo no discutido ni controvertido aquí- con la

consecuencia establecida en el artículo 134 de este Reglamento de encargarse la Administración directamente del funcionamiento del servicio y de la percepción de los derechos establecidos, efectuándose tal explotación por cuenta y riesgo del concesionario, a quien se entregará, al finalizar el secuestro, el saldo activo que resultare después de satisfechos todos los gastos. 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 que a tenor de la normativa antecitada y de lo dispuesto en el artículo 87 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales que determina como causa de extinción de la fianza, la de su aplicación a la efectividad de responsabilidades, es procedente desestimar el presente recurso de apelación y confirmar la sentencia apelada, sin que sea aquí aplicable el artículo 90 del propio Reglamento de Contratación de Entes Locales, no aplicable a los supuestos de indemnizaciones derivadas de incumplimientos de las obligaciones contractuales".

Es claro que esta doctrina jurisprudencial recoge el criterio legal establecido en el artículo 43.2 del TRLCSP (al que se remite la cláusula 14.2 del pliego de condiciones del contrato de concesión). La fianza definitiva responde de las obligaciones derivadas del contrato, entre ellas de aquellas asumidas por la Administración titular del servicio público con ocasión de la asunción temporal del mismo (artículo 166 TRLCAP).

A tenor de cuanto queda expuesto es posible ya contestar la consulta planteada con las siguientes

-CONCLUSIONES.

Primera: La asunción temporal del servicio es una potestad o prerrogativa de la Administración municipal vinculada con la obligación de ésta de asegurar el funcionamiento de una actividad prestacional que es servicio público de su competencia, sin que esta titularidad, ni la responsabilidad que comporta, cambien cuando se encomiende su gestión a un concesionario.

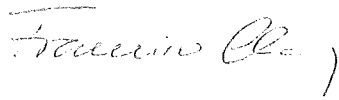
Segunda: El plazo de duración de la intervención temporal municipal del servicio de retirada e inmovilización de grúas puede ser ampliado en tanto no se restablezca el

funcionamiento normal de ese servicio. El límite máximo es el de vigencia del contrato de concesión.

Tercera: En el caso de que el Ayuntamiento deba efectuar algún gasto para restablecer el normal funcionamiento del servicio, la vía adecuada es la de un anticipo o préstamo a la empresa concesionaria que debe contabilizarse en la cuenta 400 "Acreedores por obligaciones reconocidas. Presupuesto de gastos corriente", debiendo ser aplicada al capítulo 8 "Activos financieros" del presupuesto de gastos del Ayuntamiento.

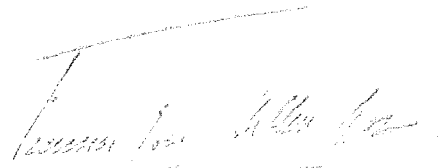
Cuarta: Tanto los derechos retributivos futuros, como los bienes del concesionario, y, en todo caso, la fianza definitiva constituyen la garantía del anticipo como de cualquier otra obligación de la que derive responsabilidad del concesionario.

Este es nuestro parecer que, como siempre, sometemos a cualquier otro mejor fundado en Derecho, y que damos en La Laguna, a diez de abril de dos mil catorce.



Francisco Clavijo Hernández

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario



Francisco Villar Rojas

Catedrático de Derecho Administrativo