

**CONSIDERACIONES SOBRE EL MARCO JURÍDICO  
REGULADOR DE LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN  
EN LA GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS**

*Autor: Rafael Serrano Galán\**

P.T. Nº 13/98

\* Instituto de Estudios Fiscales.

N.B.: Las opiniones expresadas en este trabajo son de la exclusiva responsabilidad del autor, pudiendo no coincidir con las del Instituto de Estudios Fiscales.



## RESUMEN

Estamos asistiendo en la actualidad al nacimiento de nuevas figuras a través de las cuales la Administración interviene en el establecimiento y prestación de servicios públicos.

En este trabajo se realiza un análisis de las formas de gestión de los servicios públicos en función del grado de inmediatividad de la participación de la Administración y del proceso de creación de nuevas entidades bajo su tutela directa.

También se pondrán de manifiesto lagunas e incongruencias en el marco jurídico existente en nuestro Ordenamiento que posibilitan e incluso favorecen la huida o alejamiento del derecho público a la hora de regular la provisión de servicios esenciales para el funcionamiento de la Comunidad.

### ABREVIATURAS DE DISPOSICIONES LEGALES UTILIZADAS:

<b>LCAP</b>	Ley 13/1995, de 18 de Mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.
<b>LRBRL</b>	Ley 7/1985, de 2 de Abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local.
<b>TRRL</b>	Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de Abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local.
<b>PAMAN</b>	Patronato Madrileño de Áreas de Montaña.
<b>RSCL</b>	Decreto de 17 de Junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.



## ÍNDICE

### I. INTRODUCCIÓN

### II. FORMAS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

A.- Gestión directa, indirecta y compartida de servicios públicos. Especial referencia a las fundaciones

B.- La gestión indirecta

1. El contrato de gestión de servicios públicos
2. Plasmación en el Ordenamiento jurídico y en la jurisprudencia constitucional
3. Tipología contractual en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y en el resto del Ordenamiento jurídico estatal
  - a) Concesión, gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta
  - b) La concesión de obra pública: obras hidráulicas y autopistas

C.- Nuevas formas de institucionalización en la gestión compartida

1. El Consorcio en la legislación de Régimen Local
2. El Consorcio Regional de Transportes de Madrid
3. El Patronato Madrileño de Áreas de Montaña

### III. DISCREPANCIAS ENTRE LA LEGISLACIÓN BÁSICA Y LA DE CARÁCTER LOCAL

A.- Concepto de gestión directa

B.- Supuesta abrogación del contrato administrativo de arrendamiento como modo de gestión indirecta de servicios públicos locales

### IV. CONCLUSIONES



## I. INTRODUCCIÓN

La actividad contractual de la Administración dentro de la esfera del Derecho público se va a centrar en la figura del contrato administrativo que se define, en contraposición al privado, por la inclusión de una serie de prerrogativas que garanticen el cumplimiento del interés general y por un objetivo tendente a la realización de obras y servicios de carácter público que están dentro del "giro o tráfico" propio de la Administración que actúa y cuya titularidad le corresponde.

Estos elementos identificadores del contrato administrativo se contemplan por nuestro Ordenamiento jurídico cuando se prevé el traslado a un tercero de la gestión de un servicio público; exigiendo antes de su contratación, por un lado, la determinación de un régimen jurídico básico que atribuya las competencias administrativas y el alcance de las prestaciones en favor de los administrados y, por otro, la declaración expresa de que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia<sup>1</sup>.

La titularidad de la competencia para prestar estos servicios corresponde a la Administración que, desde un punto de vista organizativo, puede ejercerla de forma centralizada o descentralizada.

En el primer caso, la entidad va a asumir su propio riesgo absorbiendo ilimitadamente las pérdidas producidas, no existirán intermediarios y se llevará a cabo por funcionarios y personal laboral de la propia plantilla de la entidad, dependiendo directamente de sus órganos de gobierno.

Si el servicio se presta descentralizadamente, esta autonomía puede ser de carácter orgánico, si se crea un Consejo de Administración y se nombra un gerente o patrimonial, cuando se crea, *ex profeso*, un organismo autónomo, una fundación o una sociedad mercantil participada por la entidad pública. De hecho, estamos asistiendo en la actualidad a un proceso de huida o fuga del Derecho Administrativo mediante la privatización de la gestión pública, que ciertos autores justifican por la inadecuación o rigidez de sus procedimientos y a su excesivo coste, pretendiendo alcanzar una mayor eficacia<sup>2</sup>.

Uno de los cauces utilizados para este alejamiento es la figura denominada, genéricamente, contrato de gestión de servicios públicos, que incluye diversas modalidades y por la que se encomiendan a una persona física o jurídica el ejercicio de actividades que cubran las necesidades esenciales de la población.

A lo largo de este estudio se va a analizar cómo la entrada en vigor de una ley, que lleva a efecto la distribución de competencias de la Constitución en materia de contratación pública, influye tanto positiva como negativamente en el margen de maniobra de la Administración para la gestión indirecta de servicios públicos.

---

1 Apartado segundo del artículo 156 de la Ley 13/1995, de 18 de Mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

2 Vid. DEL SAZ, Silvia. *Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional*. 1ª edición, Civitas, 1992, pp. 101 y ss.

## II. FORMAS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

### A.- Gestión directa, indirecta y compartida de servicios públicos. Especial referencia a las fundaciones

Las disposiciones reguladoras de la gestión de servicios públicos siempre han partido del grado de inmediatividad con que éstos se prestan para clasificar las formas de gestión en directa e indirecta.

La gestión directa es la realizada por la propia Administración, por sí misma o mediante la utilización instrumental de una persona jurídica vinculada a aquella jurídica y económicamente.

En el primer caso, la Entidad puede actuar a través de sus órganos ordinarios, de manera indiferenciada respecto de las restantes actividades de la Corporación, o a través de una “organización especializada”, órganos específicamente encargados de tal gestión, cuya estructura suele adoptar aspectos societarios, aunque sin personalidad propia, al dotarse de un gerente y un consejo de administración, que actúan con cierta independencia funcional y con contabilidad y sección presupuestaria separadas, no excluyéndose la financiación externa.

El segundo sistema de gestión directa consiste en la creación de una persona jurídica instrumental ya sea de derecho público o de derecho privado participada íntegramente por el Ente público.

La gestión indirecta es la operada a través de diversas formas o instituciones de origen y base contractual mediante las que la Administración mantiene la titularidad del servicio y la responsabilidad última de su prestación confiando el ejercicio o explotación de la actividad a persona distinta, sin perjuicio de la posibilidad de intervención mediata en ella.

No obstante lo anterior, es posible que las Administraciones Públicas titulares de la prestación del servicio público decidan crear algún tipo de vínculo entre ellas porque se den circunstancias que lo hagan aconsejable, concurren competencias o existan decisiones de colaboración interadministrativa. A este tercer género podríamos denominarlo gestión compartida de servicios.

Es aquí donde nos encontramos con distintas modalidades de organización supramunicipal que tienen la consideración de entidad local (Comarcas, Áreas Metropolitanas, Mancomunidades, etc) o ciertas personas jurídicas instrumentales con la posibilidad de estar organizativa y financieramente compartidas tales como Consorcios, Patronatos o Sociedades Mercantiles con capital perteneciente a varias Administraciones.

Puede resultar interesante reseñar aquí la posibilidad de gestionar servicios públicos mediante la creación de una fundación. Sin perjuicio de la polémica doctrinal existente, nuestro ordenamiento jurídico positivo nos ofrece esta alternativa a partir de la Ley 30/1994, de 24 de Noviembre, de Fundaciones<sup>3</sup>.

---

3 Apartado primero de su artículo 6: “Las personas jurídico-públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario.”



Tales fundaciones deberán perseguir fines de interés general: asistencia social, cívicos, educativos, culturales científicos, etc. Adquirirán personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el Registro de fundaciones.

Su gobierno y representación será confiado al Patronato, órgano colegiado integrado por personas físicas cuyas voluntades se funden para formar la voluntad superior, que sería la de la propia fundación<sup>4</sup>.

En materia de sanidad pública se ha abierto esta posibilidad a partir de la Ley 15/1997, de 25 de Abril, de habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud<sup>5</sup>.

## **B.- La gestión indirecta**

### *1.- El contrato de gestión de servicios públicos*

Desde una perspectiva doctrinal, se ha considerado que el contrato de gestión de servicios públicos no es una figura contractual definida, sino que bajo su rúbrica común se encubre una pluralidad de diversas técnicas contractuales, siendo, más que un tipo contractual definido, una simple técnica de gestión de los servicios públicos<sup>6</sup>.

El estatuto jurídico del Servicio Público ha sido construido, históricamente, sobre la concesión, pero es aplicable igualmente a otras formas de gestión indirecta (gestión interesada, concierto, arrendamiento o empresa mixta), si bien cada uno de éstas introducirá en aquél determinadas variantes o peculiaridades<sup>7</sup>.

Por otro lado, la jurisprudencia ha llegado a conclusiones parecidas acerca de la naturaleza del contrato de gestión de servicios públicos. La sentencia del Tribunal Supremo del 27 de Enero de 1992 declara lo siguiente:

*En el ámbito del Derecho Administrativo no existe -pese a que otra cosa pudiera parecer a tenor de la Ley de Contratos del Estado- un contrato específico de gestión de servicios públicos, sino que es necesario hablar de una pluralidad contractual diferenciada a través de la que es posible dar cabida a todo tipo de gestión indirecta de un determinado servicio público.*

---

4 Vid. SOSA WAGNER, Francisco. *La gestión de los servicios públicos locales*. 3ª edición. Civitas, 1997, pp. 80 y ss.

5 Su artículo primero dispone lo siguiente: "En el ámbito del Sistema Nacional de Salud, garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público, la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria o sociosanitaria podrá llevarse a cabo directamente o indirectamente a través de la constitución de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho."

6 Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de Derecho...* Séptima edición. Civitas, 1996, p. 696.

7 Vid. SALA ARQUER, José Manuel. El contrato de servicios en el Proyecto de ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Jornadas de contratación pública celebradas en Valladolid el 27-29 de Enero de 1993. Universidad de Burgos, p. 265.

El Derecho positivo define este contrato como un vínculo jurídico a partir del cual una persona natural o jurídica se compromete a gestionar servicios de competencia pública cuando éstos reúnan los siguientes requisitos:

- Que tengan un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares.
- Que exista un régimen jurídico básico que atribuya las competencias administrativas, determine el alcance de las prestaciones a favor de los administrados y que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia.

## 2.- Plasmación en el Ordenamiento jurídico positivo y en la jurisprudencia constitucional

### 1. Legislación comunitaria.

La Unión Europea aún no ha afrontado, con carácter general, la regulación de los contratos de gestión de los servicios públicos. Tan solo se han aprobado Directivas respecto al contrato de concesión de obras públicas (93/37/CEE) y para los sectores del agua, energía, transportes y telecomunicaciones (93/38/CEE y 92/13/CEE).

En estos textos legales se delimita el concepto de entidad adjudicataria, umbrales mínimos de aplicación, especificaciones técnicas y condiciones de publicidad, concurso y adjudicación<sup>8</sup>.

### 2. Legislación estatal.

Las disposiciones legales que hacen referencia al contrato que se analiza son las siguientes:

- a) El apartado segundo del artículo 128 de la Constitución cuando prevé la posibilidad de reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio.
- b) Con el carácter de legislación básica<sup>9</sup>, el Título II del Libro II de la ley 13/1995, de 18 de Mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, LCAP).
- c) Como desarrollo del principio de autonomía local asentado en nuestra Carta Magna<sup>10</sup>:

---

8 COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Dictamen sobre Contratos Públicos*. Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, pp. 2 y 3.

9 La Constitución diseña en su Título VIII un reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en función de sus respectivos Estatutos. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha interpretado la concurrencia de competencias en algunas materias delimitando el concepto de legislación básica en su sentencias de 28 de Enero, 8 de Julio y 30 de Noviembre de 1982 aportando el siguiente concepto:

"Desde una perspectiva material, la legislación básica tiene el objetivo de garantizar en todo el Estado un común denominador normativo dirigido a asegurar un tratamiento unitario y en condiciones de igualdad de los intereses generales, a partir del cual puede cada Comunidad Autónoma, en defensa de los suyos propios, introducir las peculiaridades que estime convenientes y oportunas, dentro del marco competencial que en la materia le asigne su Estatuto de Autonomía."

- Ley 7/1985, de 2 de Abril, reguladora de las bases de Régimen local (en adelante, LRBRL).
- Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de Abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local. ( en adelante, T.R.R.L.)
- Ley 39/1988, de 28 de Diciembre, reguladora de las Haciendas locales.

### 3. Legislación autonómica<sup>11</sup>.

Cuando existan servicios delegados por el Estado o en el ejercicio de competencias compartidas o concurrentes, a título enunciativo, disposiciones como las siguientes:

- Ley foral 6/1990, de 2 de Julio de Regulación de la Administración Local en Navarra.
- Ley 8/1987, de 15 de Abril, Municipal y de Régimen Local de Cataluña.

### 4. Jurisprudencia constitucional.

La doctrina del Tribunal Constitucional acerca de las relaciones entre el ordenamiento estatal y el autonómico se resume de la siguiente forma:

- a) En las relaciones Estado-Comunidad Autónoma, el Ordenamiento jurídico estatal debe respetar la distribución competencial establecida en la Constitución española, con la autonomía legislativa que ello conlleva para las Comunidades Autónomas. La Administración del Estado, en las competencias concurrentes y compartidas, tiene como límite la legislación básica, con los efectos jurídicos fijados por el Tribunal Constitucional.
- b) Tanto el Estado como las Comunidades Autónomas deben respetar el principio de autonomía local, reflejado en la LRBRL.
- c) Los contratos de las Entidades locales se rigen por la legislación del Estado, por la de las Comunidades Autónomas en los términos del artículo 149.1.18 de la Constitución, y por las Ordenanzas de cada Entidad.

10 Artículos 137 y 140 de la Constitución Española. También, la exposición de motivos de la ley 7/1985, de 2 de Abril, reguladora de las bases de régimen local comenta lo siguiente:

“La autonomía local (...) requiere ser situada en el marco del ordenamiento integral del Estado. (...)

Esta norma desarrolla la garantía constitucional de la autonomía local, función ordinamental que, al estarle reservada o, lo que es igual, vedada en cualesquiera otras normas, presta a su posición en el ordenamiento en su conjunto una vis específica, no obstante su condición formal de ley ordinaria. (...)

Se le atribuye a la legislación básica estatal una función de aseguramiento de un mínimo competencial a la Administración local”.

11 La sentencia 214/1989 del Tribunal Constitucional en su dispositivo 6º, declara lo siguiente:

“En lo concerniente a la organización municipal, el orden constitucional de distribución de competencias se funda en el reconocimiento de tres ámbitos normativos correspondientes a la legislación básica del Estado (art. 149.1.18 C.E.), la legislación de desarrollo de las Comunidades Autónomas según los respectivos Estatutos y la potestad reglamentaria de los municipios, inherente ésta última a la autonomía que la Constitución garantiza”.

### 3.- *Tipología contractual en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y en el resto del Ordenamiento estatal*

- a) Concesión, gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta.

#### *La concesión de servicios públicos.*

Es un contrato a través del cual, el empresario privado asume exclusivamente los riesgos y beneficios de la explotación mediante una retribución que pasó de ser *à ses risques et perils* a regirse por el principio de cobertura suficiente y mutabilidad contractual.

El concepto primigenio del instituto de la concesión se ha visto alterado por lo que se refiere a la asunción de riesgos ya que los ingresos del concesionario no serán únicamente la contraprestación obtenida del usuario sino también las aportaciones de la Administración concedente previstas en el contrato o debidas a la alteración del equilibrio económico de la concesión por razones como:

- El *ius variandi* de la Administración.
- La doctrina del *factum principis* o riesgo imprevisible.

#### *Gestión interesada.*

Se refleja un compromiso del gestor para prestar el servicio público contando con la colaboración de la Administración que aporta las instalaciones necesarias para su desarrollo y con una contraprestación mínima que aumentaría cuando los beneficios de la explotación sobrepasaran un nivel determinado (cláusula de interesamiento), fomentando una prestación más eficiente.

#### *El concierto.*

Nos encontramos ante un convenio con un tercero para que éste preste un servicio considerado público que coincide con el giro o tráfico de su empresa, a través de un pago “a tanto alzado” fijado previamente a la prestación y sin posibilidad de alteración.

#### *Sociedad de economía mixta.*

Instrumento contractual utilizado a través de la participación de la Administración en la constitución de una sociedad mercantil o la adquisición una vez en funcionamiento de esa participación, aportando al capital de la entidad, desde su concurrencia, la cesión de la prestación de un servicio público.

- b) La concesión de obra pública: la construcción de obras hidráulicas y autopistas.

Dentro del objeto del contrato de concesión, puede estar previsto solamente la gestión del servicio o comprender también la construcción de la obra e instalación necesarias para prestarlo y consistir la remuneración del adjudicatario en el derecho a explotar la obra acompañado o no, dependiendo de los beneficios que se generen, de un precio.

Este tipo de contratos tiene en nuestro Ordenamiento una regulación específica según el tipo de obra que se vaya a llevar a cabo y que sirve de desarrollo a la general de la L.C.A.P.

#### *Obras hidráulicas.*

Tiene por objeto la construcción, conservación y explotación de las obras e infraestructuras vinculadas a la regulación de los recursos hidráulicos, su conducción, potabilización y desalinización, y al saneamiento y depuración de las aguas residuales consistiendo la contraprestación del adjudicatario en el derecho a percibir una tarifa<sup>12</sup>.

#### *Autopistas.*

Contrato mediante el cual se regula la concesión administrativa de construcción, conservación y explotación de vías especialmente concebidas, construidas y señalizadas para la circulación de automóviles con unas características particulares, obligándose el adjudicatario a constituir una sociedad anónima cuyo fin sea el descrito anteriormente que podrá disfrutar de una serie de beneficios tributarios y financieros y cuya contraprestación comprenderá el cobro de un peaje a los usuarios<sup>13</sup>.

### **C.- Nuevas formas de institucionalización en la gestión compartida**

#### *1.- El Consorcio en la legislación de Régimen local*

La consecución de una prestación integrada de servicios que supere la circunscripción territorial y el reparto competencial derivado de la Constitución han llevado a la potenciación de la figura del Consorcio.

Así la LRBRL, ha proporcionado el sustrato legal delimitando los objetivos que se persiguen con la creación de un consorcio:

*“La cooperación económica, técnica y administrativa entre la Administración local y las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, tanto en servicios locales como en asuntos de interés común, se desarrollarán con carácter voluntario, bajo las formas y en los términos previstos en las leyes, (...) mediante los consorcios o convenios administrativos que se suscriban.”*

Y abriendo el cauce para su posible creación:

*“Las entidades locales pueden constituir consorcios con otras Administraciones públicas para fines de interés común...”*

De la misma forma, el artículo 7 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (en adelante, L.R.J.A.P y P.A.C.) los considera entes dotados de personalidad jurídica, cuyos estatutos han de establecer sus fines y régimen orgánico, funcional y fi-

---

12 Ley 13/1996, de 30 de Diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social. Artículo 173.

13 Ley 8/1972, de 10 de Mayo, de Construcción, conservación y explotación de autopistas.

nanciero, y cuyos órganos de decisión estarán integrados por todas las Entidades consorciadas en la proporción fijada en los Estatutos.

Se trata, en principio, de un ente institucional cuyos estatutos determinan los fines así como su régimen orgánico, funcional y financiero. Sin embargo, su naturaleza jurídica no es una cuestión pacífica ya que, junto a la posibilidad de que pueda participar una entidad privada, nos encontramos los diversos e, incluso, divergentes caminos que han seguido las distintas Administraciones públicas cuando los han creado: Entes públicos u Organismos Autónomos dependientes de las Comunidades Autónomas, Organismos Autónomos dependientes de las Diputaciones Provinciales, Entidades de Derecho Público con estatuto especial, fundaciones, Patronatos, etc.

En este análisis se parte de la base de que son Entidades locales, por regla general de ámbito local, que agrupan a personas jurídicas de distinta filiación administrativa, incluido el Estado, y que tienen uno o varios fines concretos. Respecto a su naturaleza jurídica, puede mantenerse posición diferente respecto a que mantengan una personalidad jurídica independiente o que sean Entes locales sectoriales no territoriales.

Merecen referencia especial los consorcios en los que participan exclusivamente Administraciones locales. En ellos, los componentes más habituales que nos podemos encontrar son los siguientes<sup>14</sup>:

- Ayuntamientos con la Diputación de su Provincia; para la extinción de incendios, abastecimiento de aguas y saneamiento, desarrollo local, etc.
- Varias Diputaciones Provinciales y Ayuntamientos en servicios de fomento económico del medio rural.
- Exclusivamente entre Ayuntamientos para la creación y gestión de servicios municipales o intermunicipales de radiodifusión y televisión.
- Mancomunidades, para la implantación de sistemas informáticos.
- Entidades Locales de ámbito inferior al Municipio para recogida de residuos sólidos.

## *2.- El Consorcio Regional de Transportes de Madrid*

Prueba de la diversidad de figuras utilizadas lo constituye el Consorcio Regional de Transportes de Madrid creado a partir de la ley 5/1985, de 16 de Mayo, de la Comunidad Autónoma de Madrid.

La creación de esta Entidad, según su exposición de motivos, obedece a la coincidencia de responsabilidades de diversas instituciones titulares de servicios públicos de transporte regular de viajeros en el ámbito de Administración del Estado, Autónoma y Municipal que produce una falta de coordinación que se pretende paliar creando un órgano con la autoridad, representatividad y capacidad técnica para poder ejercer funciones de coordinación y control, planificación de infraestructuras y servicios, fijación de un marco de tarifas común y las compensaciones económicas entre los distintos modos de transporte.

Según su regulación legal, el Consorcio tiene la naturaleza jurídica de Organismo Autónomo de carácter comercial, industrial, financiero o análogo, adscrito a la Consejería correspondiente de la Comuni-

---

14 D. G. DE COORDINACIÓN DE LAS HACIENDAS TERRITORIALES, "Consortios en los que participan Entidades locales". Madrid, 1997.

dad y concentra las competencias sobre transporte público regular de viajeros de la Comunidad de Madrid y de los Ayuntamientos que se adhieran al mismo mediante acuerdo plenario, dando posibilidad de incorporación voluntaria a la Administración del Estado por ser la titular de los ferrocarriles que explota la empresa pública "RENFE".

La gestión y prestación del servicio se llevará a cabo mediante las empresas públicas municipales o supramunicipales existentes así como mediante empresas privadas.

El Consorcio ordena y regula, pero respeta y mantiene el patrimonio, la personalidad jurídica y la autonomía de gestión de las empresas de transportes aunque sí aprobará directrices en todo lo concierne a la explotación del servicio.

Las relaciones del Consorcio con las empresas prestatarias serán las siguientes:

a) Con las empresas públicas prestadoras de servicios.

- Éstas poseerán personalidad jurídica independiente, patrimonio propio y autonomía de gestión.
- Tanto la Comunidad como los Ayuntamientos ostentarán la titularidad de las acciones de ellos dependientes.
- El Consorcio podrá adquirir acciones o participaciones de empresas públicas de transporte previo acuerdo con el ente titular de las mismas.

b) Con RENFE.

- Para la prestación por ésta de los servicios que afectan a la Comunidad de Madrid, se firmará un contrato-programa donde se disponga la oferta de transporte que proporcione RENFE, el coste de la misma, el nivel y los tipos de tarifas y los mecanismos de compensación.

c) Con las empresas privadas.

- Ejercerá la inspección y tramitará y resolverá los expedientes de todo tipo.
- Las requerirá para que introduzcan modificaciones en sus respectivas concesiones compensándolas en el caso de alteración de su equilibrio económico.
- Se suscribirán convenios o contratos-programa que definirán los compromisos mutuos en función de módulos objetivos.

Es evidente la complejidad de la naturaleza del Consorcio aunque a su vez dispone de la suficiente versatilidad para dar forma a cualquiera de las formas de colaboración de distintas entidades para la prestación de un servicio. Esto hace que esta figura esté llamada a convertirse en un vehículo muy adecuado donde encuentren acomodo jurídico diferentes actuaciones lideradas por una Administración pública.

### 3.- El Patronato Madrileño de Áreas de Montaña<sup>15</sup>

La capacidad de innovación organizativa también podemos observarla en la existencia del Patronato Madrileño de Áreas de Montaña (en adelante, PAMAN) que responde a la finalidad de promover la actuación administrativa planificada sobre los territorios de montaña, favorecer su desarrollo integral y superar, mediante un tratamiento administrativo especial, las dificultades derivadas de sus características físicas y económicas, garantizando, en el desarrollo de sus funciones, la participación de las Corporaciones Locales en el respeto del principio de autonomía municipal.

Su naturaleza jurídica, al igual que el Consorcio Regional de Transportes de Madrid, es la de Organismo Autónomo aunque, en este caso, de carácter administrativo<sup>16</sup>.

Lo que hace a esta Entidad digna de un análisis específico es el haberse constituido en cauce de participación de la Comunidad Autónoma en el ejercicio de competencias, en este caso, de prestación de servicios, de carácter municipal.

El PAMAM pretende, según la exposición de motivos de norma constitutiva,

*“...configurarse como una auténtica alternativa administrativa en la zona geográfica previamente delimitada (Sierra Norte) para resolver problemas creados por una organización municipal deficitaria incapaz de asegurar a los ciudadanos un nivel de dotaciones y servicios equiparables en cantidad y calidad al resto de la Región.”*

Esta “intromisión” en el principio de autonomía local sólo puede llevarse a cabo incluyendo dentro de las funciones del Patronato<sup>17</sup>:

*“La prestación y gestión de servicios públicos de carácter supramunicipal que le sean delegados por la Comunidad de Madrid, así como el ejercicio de competencias que le puedan delegar los Ayuntamientos, por acuerdo del Pleno de las respectivas Corporaciones, y de conformidad con la legislación de Régimen Local.”*

Con la creación de este Organismo se consigue:

- Crear una vía de desconcentración de las competencias de la Comunidad Autónoma de Madrid gestionando servicios supramunicipales.
- Mediante el instituto de la delegación intersubjetiva (Acuerdo del Pleno de las Corporaciones afectadas), se permite el ejercicio de competencias de titularidad municipal por entidades pertenecientes al Sector Público autonómico.
- Disponer de un instrumento para la colaboración voluntaria entre los Municipios de la Sierra Norte.

---

15 Ley 9/1996, de 20 de Noviembre, creadora del Patronato Madrileño de Áreas de Montaña.

16 Artículo 2 de la Ley 9/1996

17 Artículo 4 de la Ley 9/1996.



En virtud de lo anterior, se constatan nuevos avances en la gestión compartida de servicios públicos que hacen frente a un Ordenamiento jurídico del que dimana un reparto competencial entre las distintas Administraciones Públicas demasiado rígido para cubrir las demandas reales de la Comunidad.

### **III. DISCREPANCIAS ENTRE LA LEGISLACIÓN BÁSICA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LA DE CARÁCTER LOCAL**

#### **A.- Concepto de “gestión directa” en la legislación de Régimen local en contraposición a la L.C.A.P**

Tradicionalmente, este modo de prestación de servicios públicos implicaba el ejercicio de la actividad por la propia Administración, asumiendo ésta los riesgos de su resultado. En la actualidad, cabe la interposición de personas instrumentales de forma que la Entidad local mantenga un poder directo de decisión sobre los servicios y actividades, imputándosele con carácter inmediato sus responsabilidades y riesgos.

Estas personas interpuestas serán meras apariencias jurídico-formales, cuya justificación estriba en dotar de flexibilidad funcional y autonomía patrimonial al desarrollo de su actividad.

Las modalidades de gestión directa, en el ámbito local, son:

- a) Gestión directa indiferenciada o sin órgano especial de la Entidad local.
- b) Gestión diferenciada con órgano especial (empresa local propia).
- c) Gestión mediante organismo autónomo.
- d) Gestión mediante sociedad cuyo capital social pertenezca íntegramente a la Entidad local. Puede adoptar la forma de sociedad anónima o de responsabilidad limitada, sujetas al ordenamiento jurídico mercantil correspondiente, sin perjuicio de que se sometan al derecho administrativo en algunos aspectos como los que se refieren al acuerdo de creación, especialidades de organización, designación de cargos y funcionamiento<sup>18</sup>.

En cuanto a la prestación del servicio a través de una persona jurídico-privada resulta procedente realizar los siguientes comentarios:

1.- Es evidente que la Administración cuando acude a la vía de creación de una persona jurídica privada está ejerciendo su potestad de organización de los servicios públicos por lo que parece razonable excluir la aplicación de la L.C.A.P. en lo referente a actuaciones preparatorias, formas de adjudicación o extinción, tal y como indica el apartado segundo de su artículo 155<sup>19</sup>.

---

18 COMENTARIOS CISS HACIENDAS LOCALES, “Actividades y servicios de las Entidades locales. Las modalidades de gestión directa.”

19 Segundo apartado del artículo 155 LCAP: “No serán aplicables las disposiciones de este título a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de Derecho público destinadas a este fin,

No obstante, la exclusión que prescribe tal norma afecta también a todo lo concerniente a su actividad y funcionamiento. En este sentido la norma adolece de imprecisión ya que sí sería adecuada su aplicación cuando se describen las obligaciones generales del contratista (prestar el servicio con continuidad, cuidar del buen orden, indemnizar los daños que se causen o respetar el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad o el plazo máximo de este tipo de contratos).

2.- La L.C.A.P., cuando delimita en su artículo 155 el ámbito subjetivo de aplicación del contrato de gestión de servicios públicos, hace prevalecer la capacidad de decisión en la gestión del servicio que puede ser ejercitada por la Administración frente a la propiedad del capital que ostente en la sociedad mercantil. Por ello considera gestión directa y lo excluye de la aplicación de la normativa contractual, el caso de participación mayoritaria en dicho capital aunque haya parte en manos de empresas privadas. Es necesario añadir que el precepto analizado tiene carácter básico<sup>20</sup>, por lo tanto, es de aplicación general a todas las Administraciones Públicas y entre ellas a la Administración Local.

Así las cosas, el artículo 85 de la LRRL sólo considera gestión directa la sociedad mercantil cuyo capital social pertenezca íntegramente a la Entidad local.

Se produce un conflicto normativo que debe ser salvado, a mi juicio, invocando una vez más el principio de autonomía local<sup>21</sup>, de forma que el régimen jurídico aplicable fuera la legislación de Régimen local.

3.- Por otro lado, la Disposición adicional sexta de la LCAP, aunque no tiene carácter básico, dispone que:

*“Las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa e indirecta de las Administraciones públicas o de sus organismos autónomos o entidades de derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios.”*

Esta disposición permite que, mediante la adopción de una modalidad de gestión directa de servicios públicos, cual es la constitución de una sociedad mercantil con participación íntegra de la Adminis-

---

ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de Derecho privado en cuyo capital sea **exclusiva o mayoritaria** la participación de la Administración o de un ente público de la misma.”

20 Idem pie de página nº 9.

21 Artículos 137 y 140 de la Constitución Española.

La exposición de motivos de la ley 7/1985, de 2 de Abril, reguladora de las bases de régimen local comenta:

“La autonomía local (...) requiere ser situada en el marco del ordenamiento integral del Estado. (...)

Esta norma desarrolla la garantía constitucional de la autonomía local, función ordinamental que, al estarle reservada o, lo que es igual, vedada en cualesquiera otras normas, presta a su posición en el ordenamiento en su conjunto una vis específica, no obstante su condición formal de ley ordinaria. (...)

Se le atribuye a la legislación básica estatal una función de aseguramiento de un mínimo competencial a la Administración local.”

tración, sirva para eludir la aplicación de la normativa de contratación pública y reduzca su efecto a la aplicación de sus principios inspiradores.

4.- Resta aludir a la posible infracción del derecho de la competencia que pudieran provocar estas entidades en su actuación mercantil dada la estrecha relación con el órgano que le ha cedido la gestión del servicio.

Esta posible vulneración se salva por el apartado segundo del artículo 92 Tratado de la Unión Europea:

*“Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general (...) quedarán sometidas a las normas (...) sobre la competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada.”*

#### **B.- Supuesta abrogación del contrato administrativo de arrendamiento como modo de gestión indirecta de servicios públicos locales**

El contrato administrativo de arrendamiento se define como la cesión temporal de uso de instalaciones propiedad de la Entidad local que sirven de base para la prestación de un servicio considerado público a cambio de una contraprestación por parte del arrendatario.

Una vez definido el marco jurídico, puede iniciarse un análisis a partir de la regulación positiva sobre la vigencia del contrato de arrendamiento.

La L.C.A.P. no contiene, en su artículo 157, la figura del arrendamiento entre las modalidades de contratos de gestión de servicios públicos. Esta exclusión no debe interpretarse como una derogación tácita de lo dispuesto en el apartado 4º del artículo 85 de la LRBRL, que lo incluye, y de todas las disposiciones legales y administrativas que lo desarrollan, por las siguientes razones:

1. - La concesión, la gestión interesada, el concierto y la sociedad de economía mixta son formas de gestión indirecta de servicios mediante contratos administrativos de carácter típico por estar expresamente recogidas en el artículo 157 de la LCAP.

Sin embargo, el artículo 5 de esta misma disposición admite otra clase de contratos administrativos:

*“Los de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella o por declararlo así una ley.”*

¿Qué debemos entender por "giro o tráfico" de una Administración?

La expresión debe tomarse en un sentido material, aplicando el concepto que el Derecho Mercantil ha acuñado para fines análogos. No se trata de gestionar servicios públicos entendidos como entrega di-

recta de prestaciones a particulares, sino de algo más amplio, comprensivo de toda la actividad que los particulares no pueden realizar en cuanto tales<sup>22</sup>.

La primera de estas características es cumplida por el contrato de arrendamiento ya que puede tener por objeto actividades y servicios que, tal y como transcribe el apartado segundo del artículo 25 de LRBRL, contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal (mataderos, mercados, etc.).

Abundando en lo anterior y sin perjuicio de la posibilidad de que su objeto satisfaga de forma directa o inmediata una finalidad pública<sup>23</sup>, sí existe una ley que declara el carácter público-administrativo de este contrato. El apartado 2 del artículo 112 del TRRL<sup>24</sup> así lo hace cuando determina su legislación aplicable en contraposición a los contratos de contenido patrimonial.

Ubicándolo dentro de la categoría de contrato administrativo especial, su régimen jurídico es el que describe el apartado primero del artículo 7 de la LCAP, considerando de aplicación preferente las normas reguladoras del contrato de arrendamiento (LRBRL, TRRL, etc.) y, supletoriamente, la LCAP y sus disposiciones de desarrollo, así como las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las de derecho privado.

2. - Retomando una de las conclusiones de la primera parte de la exposición, el principio de autonomía local forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, y debe ser fuente de interpretación de la legislación de Régimen local existente tal y como predica el apartado primero del artículo 2 de la LRBRL:

*“Para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las Entidades locales, la legislación del Estado y la de las Comunidades Autónomas, reguladora de los distintos sectores de acción pública, según la distribución constitucional de competencias, deberá asegurar a los Municipios, las Provincias y las Islas su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que procedan en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la Entidad local, de conformidad con los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos.”*

---

22 Vid. GARCÍA DE ENTERÍA, E. *Curso de derecho...* 7ª edición. Civitas, 1996 p. 54.

23 STA. TRIBUNAL SUPREMO de 26 de Noviembre de 1985, fundamento de derecho Nº 4, sobre el contrato de arrendamiento de unas instalaciones para prestar un servicio de cafetería en una estación de autobuses:

“La posibilidad de que este contrato tuviera naturaleza administrativa, se deriva del hecho de que el local en controversia no debe ser contemplado aislado y autónomamente, por constituir una dependencia accesoria de un conjunto de instalaciones con una finalidad común: el servicio de transporte de personas por carretera; instalaciones propiedad del Ayuntamiento contratante, construidas para esa misión, para la prestación de un servicio que, de forma propia o impropia, es público de todas maneras. (...)”

24 Segundo apartado del artículo 112 del TRRL: “Los contratos cuyo objeto directo sea la (...) la gestión de servicios públicos a cargo de las Entidades locales (...)”

Superadas las dudas acerca de su vigencia, vemos que el contrato de arrendamiento como forma de gestión indirecta de servicios públicos locales ya aparecía recogido en el Decreto de 9 de Enero de 1953, por el que se aprueba el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales y ocupa un espacio propio en la Administración local, según la definición dada por el TRRL y el Decreto de 17 de Junio de 1955 que contiene el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (en adelante, RSCL) frente al resto de modalidades de gestión indirecta de servicios públicos.

Su régimen jurídico es el siguiente:

- Sólo podrán ser objeto de arrendamiento los servicios cuya instalación se haya hecho directamente por la Corporación, o que sean propiedad de ésta. ( Art.95.2 TRRL).
- No podrán ser prestados en esta forma los servicios de beneficencia y asistencia sanitaria, incendios y establecimientos de crédito (art.138.2 RSCL)
- Será utilizable esta forma de gestión indirecta cuando se hubiera de tener primordialmente en cuenta los intereses económicos de la Corporación contratante en orden a la disminución de los costos o al aumento de los ingresos (art.138.3 RSCL).
- Los arrendatarios estarán obligados a conservar en perfecto estado las obras e instalaciones, destinándolas exclusivamente al uso pactado, a realizar por su cuenta todas las reparaciones necesarias, respondiendo incluso de los deterioros producidos por los usuarios; y a devolverlas, al terminar el contrato, en el mismo estado en que las recibieron (art.139.3 RSCL).
- La duración del contrato de arrendamiento de instalaciones para la prestación de servicios no podrá exceder de 10 años (art. 139.1 RSCL).  
En cuanto al plazo de 10 años, se entiende derogado tácitamente en virtud del principio de jerarquía normativa, por el artículo 108 del TRRL que establece un plazo máximo de 50 años<sup>25</sup>.
- Serán causas de resolución del contrato, además de las señaladas en el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales (derogado expresamente por la LCAP), la demora en el pago por más de 30 días.

En virtud de todo lo anterior, resulta procedente afirmar que el contrato de arrendamiento, cuando tiene por objeto servicios públicos, continúa teniendo naturaleza administrativa propia y diferente del resto de las formas de gestión de servicios públicos en la esfera local, incluso después de la entrada en vigor de la Ley de contratos de las Administraciones públicas.

Aunque en la actualidad la vigencia de este contrato debe limitarse a la Administración Local, considero que su exclusión del artículo 155 de la LCAP como modalidad de contrato de gestión de servicios públicos ha sido un error por parte del legislador puesto que siguen existiendo relaciones jurídicas contractuales de la Administración con particulares cuyo objeto coincide con la figura analizada.

---

<sup>25</sup> La LCAP dispone en su artículo 158 que el contrato de gestión de servicios públicos no podrá tener carácter perpetuo o indefinido, fijándose necesariamente su duración, sin que pueda exceder el plazo total, incluida prórrogas, de setenta y cinco años.

El plazo fijado por el TRRL de 50 años es menor por lo que para este tipo de contratos el plazo máximo se reduce.

Tal es el caso de los servicios de cafetería y restauración en los edificios de la Administración para su utilización por el personal a su servicio destinados en ellos. Al día de hoy existen problemas de calificación de los contratos firmados con las empresas encargadas de esta prestación que quedarían solventados con su ubicación dentro del contrato administrativo de arrendamiento.

### **III. CONCLUSIÓN**

Resulta evidente la metamorfosis que está sufriendo el marco jurídico de intervención de la Administración en la gestión de una serie de servicios considerados fundamentales para la estabilidad y el desarrollo social. Sin embargo, no podemos olvidar que el fin de esta evolución debe ser la consecución de principios de asignación equitativa, eficiente y económica de recursos públicos.

Actualmente nos encontramos en un proceso “privatizador” que pretende introducir elementos de competencia que aseguren la aplicación de las reglas del mercado en orden a un aumento de la eficiencia y una disminución del coste de provisión. No obstante lo anterior, la eficacia y eficiencia en la prestación de servicios públicos debe incluir conceptos de equidad y garantía de sus usuarios sin reducir aquellos principios a un significado meramente financiero.

Una visión limitada del problema nos podría hacer abrazar la gestión privada como la panacea de la eficiencia sin haber intentado previamente desterrar del Ordenamiento jurídico-público aquellas lagunas, imperfecciones y deficiente regulación que producen los efectos que precisamente se intentan evitar descartando la provisión pública del servicio.

Por ello, el contrato de gestión de servicios públicos constituye, a mi juicio, un instrumento válido para la participación de la empresa privada en este sector de la economía pero preservando un cauce de intervención de la Administración en orden a la salvaguardia del interés general.

## REFERENCIAS

- JOSÉ MANUEL SALA ARQUER. *El contrato de servicios en el proyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1992*. Jornadas de contratación pública. Valladolid, 27-29 de Enero de 1993. Editorial Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, S.A. Madrid, 1996.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Cuadernos de Derecho Judicial. *Contratación administrativa*. Libro XXVI, 1995.
- JUAN MIRANDA GONZÁLEZ. *La contratación de las Administraciones públicas*. Celeste ediciones. Madrid, 1995.
- FRANCISCO SOSA WAGNER. *Manual de Derecho Local*. Editorial Tecnos. Madrid, 1987.
- FRANCISCO SOSA WAGNER. *La gestión de los Servicios Públicos Locales*. 3ª edición y puesta al día. Editorial Civitas, tercera edición. Madrid, 1997.
- GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de derecho Administrativo*. Séptima edición. Editorial Civitas. Madrid, 1996.
- RODRIGO NUÑEZ MUNAIZ. *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Editorial Dykinson. Madrid, 1996.
- JESÚS COLMENAR LUIS Y PEDRO COLMENARES SOTO. *Contratos de las Administraciones Públicas*. Estudios Trivium. Madrid, 1995.
- JOSÉ MARIA DE SOLAS RAFECAS. *Contratos Administrativos y Contratos Privados de la Administración*. Editorial Tecnos. Madrid, 1990.
- CARMEN CHINCHILLA, BLANCA LOZANO Y SILVIA DEL SAZ. *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*. Editorial Civitas. Madrid, 1992.
- LUIS ARCE MONZÓN. *La contratación en las Corporaciones Locales*. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1969.
- EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *Revolución francesa y administración contemporánea*. Cuadernos Taurus. Madrid, 1972.
- MIGUEL MONTORO PUERTO. *Contratos administrativos atípicos*. Estudios administrativos. Madrid, 1969.
- COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL. Dictamen sobre "Contratos Públicos". Bruselas, 29 y 30 de Mayo de 1996.

CARMEN CHINCHILLA MARTÍN. *Régimen jurídico de las Telecomunicaciones*. Cuadernos de derecho judicial. Madrid 1997.

BASE DE DATOS "CYSS" DE HACIENDAS LOCALES.