

DR 13 168

Título Los modos de gestión de los servicios públicos, asignatura Derecho Administrativo II, carrera de Derecho, autor Antonio Faveiro Mosquera. Queridos alumnos, el espacio de hoy lo vamos a dedicar a los temas 26, 27 y 28 del programa de Derecho Administrativo II, que tiene por objeto de estudio la gestión de los servicios públicos. Vamos, pues, a intentar en una apretada síntesis dejar expuestos los aspectos más sustanciales de lo que tradicionalmente se denomina, por la doctrina, formas o modos de gestión de los servicios públicos.

Referirse a la gestión de los servicios públicos es tanto como aludir a la descripción de los mecanismos técnicos y los instrumentos jurídicos que se agrupan en fórmulas precisas conforme a las normas de derecho administrativo y fuera de las cuales no es comprensible una adecuación del *modus operandi* de la administración en la prestación del servicio que sea justificable en la referencia necesaria a la garantía del administrado y al debido procedimiento interno de formación de la voluntad pública prestadora del servicio. Como señala Fernando Albí en su tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales, por modos de gestión debe entenderse la serie sistemática de fórmulas legales de carácter orgánico, funcional y financiero, a las cuales ha de ajustarse la actividad de la administración pública para realizar sus fines peculiares mediante la localización de porciones de competencia en estructuras adecuadas sometidas a un régimen jurídico especial. El análisis de los modos de gestión entraña dos cuestiones distintas, una de índole previa a la efectividad de la prestación del servicio referible a la voluntad de actuación administrativa y al cauce jurídico de instrumentación de la prestación, teniendo que señalar aquí que rige un principio de discrecionalidad organizativa como acepta la generalidad de la doctrina en boca de manzanero, pues son las administraciones territoriales, municipios, provincias, comunidades autónomas y Estado quienes pueden decidir el modo adecuado a la gestión del servicio, si bien es verdad que si el servicio tiene un contenido económico, la regla general es la gestión indirecta por contrato, si bien quebra en los servicios municipalizados y si la gestión implica una cesión de soberanía o ejercicio de funciones de autoridad, es obligatorio el modo de gestión directa de los servicios.

La segunda cuestión relativa a los modos de gestión atañe al estudio pormenorizado de la estructura de estas figuras jurídicas, diferenciados sus elementos reales, personales y formales, teniendo que acudir aquí al derecho positivo, ley y reglamento de contratos del Estado, ley del régimen local y reglamento de servicios de las corporaciones locales y la ley de entidades estatales autónomas. Conjugando las tres regulaciones básicas apuntadas y atendiendo a la participación más o menos directa que la administración tiene en la gestión de la actividad o servicio, mantenemos la siguiente clasificación de los modos de gestión que comparte el profesor Garrido Falla. Distinguiendo dentro de la gestión directa por la administración las siguientes modalidades.

Esta clasificación que se apoya en la señalada en el reglamento de servicios de las corporaciones locales de 17 de junio de 1955, no es aceptada pacíficamente por la doctrina y

así el profesor Clavero afirma que tanto la personificación del servicio como la creación de la sociedad privada, al dar origen a una nueva persona jurídica, no encuentran encaje dentro de los modos directos. No obstante, Garrido Falla mantiene el esquema en base al dato de que en ambas modalidades el riesgo económico de la explotación incide en la administración pública. Antes de entrar en el estudio de las distintas formas de gestión directa, hemos de señalar que esta es posible para todas las administraciones territoriales, que no existe un desgaje organizativo consolidado fuera de la línea jerárquica de la administración territorial o fundadora, manteniéndose por tanto la unidad de dirección en el desenvolvimiento de la prestación del servicio público y que si bien es más frecuente la aplicación a los servicios de tipo asistencial, los fenómenos de las nacionalizaciones y municipalizaciones de servicios económicos que se gestionan de forma directa han destacado su importancia.

La gestión indiferenciada sin órgano especial consiste en la prestación de servicio a través de los órganos ordinarios de la administración. Es lo que en Francia se denomina explotación à origi y el artículo 68 del reglamento de servicios de las corporaciones locales caracteriza de modo exhaustivo este modo de gestión al señalar que la corporación municipal asume el riesgo de la actividad en forma inmediata, ejerciendo sin intermediarios y de modo exclusivo todos los poderes de decisión y gestión, cumpliendo el servicio mediante funcionarios de plantilla y obreros retribuidos con cargos al presupuesto ordinario. La mayor o menor discrecionalidad de la administración en el empleo de esta modalidad es diferente en la central que en la local.

Para esta última es obligatorio para la gestión de los servicios que impliquen ejercicio de autoridad, pero si los servicios tienen carácter económico y estuvieran municipalizados o provincializados, la gestión se limitará a los abastecimientos de aguas, alcantarillado, mercados, mataderos, cementerios, recogida y aprovechamiento de basuras y farmacias municipales, como señala el artículo 172-2 del reglamento de servicios. En la central, salvo la genérica alusión del artículo 63 de la Ley de Contratos del Estado, no existe una regulación detallada, por lo que, analógicamente, ha de aplicarse el criterio expuesto para la administración local. En cuanto a los establecimientos o empresas propias sin personalidad, lo característico de esta forma de gestión está en que, no obstante realizarse una actividad directamente imputable a una administración pública, existe un principio de diferenciación que determina la aparición de unos órganos de gestión distintos de los encuadrados en la organización burocrática.

Esta diferenciación orgánica tiene su origen en el carácter técnico del servicio y, según que el servicio sea asistencial o económico, se habla de establecimiento propio o de empresa propia, aunque hemos de destacar que no tienen, por supuesto, personalidad jurídica propia. La Ley de Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1958 incluye, sin embargo, estos establecimientos y empresas cuando manejan fondos propios en su ámbito de vigencia y entre los denominados servicios administrativos sin personalidad jurídica pero con autonomía financiera. La Administración Estatal aplica esta modalidad con gran frecuencia a los servicios asistenciales y escasamente a los económicos que suelen configurarse con personalidad jurídica independiente.

Un caso típico en España de establecimiento propio son los institutos de enseñanza media que unen a la diferenciación orgánica cierta administración económica. En la esfera local no sólo tienen importancia los establecimientos propios, como son las escuelas municipales, sino que las empresas propias a través de la fórmula legal de gestión por la corporación con órgano especial de administración que han alcanzado gran extensión. Todos los servicios económicos que no han de realizarse por medio de gestión indiferenciada pueden llevarse a cabo de esta forma tal como señala el artículo 70 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

Para su explotación habrá de constituirse un consejo de administración con un gerente que no tendrá carácter de funcionario. Vamos a ver ahora el servicio público personificado. Los servicios públicos personificados constituyen un fenómeno de descentralización de servicios a través de las llamadas personificación o patrimonialización de los mismos.

Esto es, mediante la atribución de personalidad jurídica a determinados organismos que el Estado crea para alcanzar ciertos fines públicos, ascribiéndoles incluso un patrimonio propio. Dicho fenómeno descentralizador se justifica en que se alcanza una mayor capacidad técnica, más agilidad económica y administrativa y, en resumen, una mayor eficacia en la prestación de los servicios. En la esfera estatal, los servicios públicos personificados están regulados por la Ley de Régimen Jurídico de Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1958 y aludidos en el párrafo 2 del artículo 62 de la Ley de Contratos del Estado.

Vienen encuadrados dentro de la categoría más amplia de organismos autónomos. La gestión en forma de sociedad privada consiste simplemente en crear una personalidad jurídica mediante fórmulas jurídico-privadas para la realización de servicios públicos. En nuestro derecho positivo, la Ley de Entidades Estatales Autónomas encuadra estas sociedades dentro del grupo denominado Empresas Nacionales, que comprende también las empresas mixtas.

Según la citada ley, estas empresas nacionales son creadas por el Estado directamente o a través de organismos autónomos para la realización directa de actividades industriales, mercantiles, de transportes u otras análogas y naturaleza y finalidades preponderantemente económicas. La forma ha de ser en la esfera estatal la de la sociedad anónima de fundación simultánea, como señala el artículo 12, y en la esfera local la anónima o de responsabilidad limitada, artículo 89 del Reglamento de Servicios. La Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977 ha introducido una nueva clasificación de las formas de personificación distinguiendo en su artículo 4 y 5 entre organismos autónomos de carácter administrativo y de carácter comercial, industrial, financiero y o análogos y las sociedades estatales distinguiendo entre las mercantiles con participación mayoritaria del Estado o sus organismos autónomos y entidades que por ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado.

Con respecto a la gestión indirecta, hemos de decir que lo característico de estas formas de gestión está en la utilización de la fórmula contractual. Recordamos que en los supuestos de gestión indirecta, aún correspondiendo la titularidad del servicio a la Administración Pública, su gestión se realiza por una persona jurídica que no ha sido creada por aquella, por lo que esta

última Administración queda al margen del resultado económico del servicio, es decir, no corre el riesgo económico del mismo. La Ley de Contratos de Estado somete a su ámbito de vigencia cualquier contrato mediante el cual el Estado encomienda a una persona natural o jurídica la gestión de un servicio, como señala el artículo 62, disponiendo en el artículo 63 que cualquier servicio puede ser objeto de contrato de gestión siempre que tenga contenido económico y no implique ejercicio de poderes soberanos.

Las modalidades de gestión indirecta son el arrendamiento, el concierto y la concesión. El arrendamiento podemos decir que es el modo de gestión de servicios públicos en el cual la Administración, una vez instalado el servicio, cede su explotación a un particular por un número determinado de años mediante un precio establecido. Pero, como afirma el profesor Garrido Falla, la independencia de esta figura dentro de las formas de gestión de los servicios públicos se hace cada vez más cuestionable.

En efecto, puede que su existencia y distinción de la concesión estuviese justificada en una época en que la actividad administrativa del servicio público, objeto entonces de concesión, y la gestión de actividades económicas con fines fiscales, objeto entonces de arrendamiento, entrañaba también una separación entre régimen jurídico público aplicable a la primera y privado aplicable a la segunda. Mas hoy, cuando una y otra actividades pueden indistintamente someterse al régimen jurídico público o privado, la distinción entre concesión y arrendamiento resulta en sumo difícil. Además, los llamados arrendamientos por particulares de monopolios fiscales, como los de petróleos y tabacos, han sufrido una evolución jurídica que hace cada vez más discutible su carácter arrendaticio.

En realidad, en dichos casos, el Estado aparece como accionista, es decir, accionariado fiscal en la terminología de Villar-Palací. Y parece claro que, más que una figura de arrendamiento, consiste en una forma de gestión interesada. La Ley de Contratos del Estado ni incluye ni regula el arrendamiento como modalidad contractual de la gestión de los servicios públicos.

Es en la esfera local los artículos 138 y 142 del Reglamento de Servicios los que hacen referencia a esta figura, pero de un modo impreciso ya que afirman que las corporaciones locales podrán disponer la prestación de los servicios mediante arrendamiento de las instalaciones de su pertenencia. El concierto como modo de gestión encuentra su admisión legal y naturaleza jurídica en el artículo 66 de la Ley de Contratos del Estado que permite adoptar para la contratación de los servicios públicos la modalidad del concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trata. Y también el artículo 143 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales en virtud del cual podrán prestar los servicios de su competencia mediante concierto con otras entidades públicas o privadas y con los particulares utilizando los que unas u otras tuvieran establecidos sin que el concierto origine nueva persona jurídica entre las mismas.

Por tanto, los rasgos característicos del concierto son, en primer lugar, que el servicio es

prestado por entidad distinta del Estado o de la corporación legalmente obligada, que el servicio ya existe y es realizado por otra persona con la que contrata la administración. En esto se diferencia de la concesión, en el concierto el servicio existe ya organizado por otra persona distinta y si ésta es privada, el servicio no se transforma por el concierto en público ni, por tanto, la administración interesada tiene sobre el mismo poderes reglamentarios específicos salvo los poderes de policía necesarios para asegurar su buena marcha. Así, el concierto de una Diputación Provincial con un hospital psiquiátrico particular no lo transforma en público.

Como regla general se aplica el concierto para la gestión de los servicios asistenciales no aptos para la concesión por la imposibilidad de su explotación económica. Suelen consistir en las obligaciones legales mínimas de los entes locales. Por último, según nuestra legislación local, el concierto es un modo provisional de gestión.

En este sentido, el artículo 144 del Reglamento de Servicios preceptúa que los conciertos no podrán exceder de diez años, quedando sin efecto tan pronto como la corporación tenga organizado el servicio por sí mismo y autorizándose la prórroga por igual tiempo sólo en los casos que se demuestre la imposibilidad de gestión. Con respecto a la concesión, diremos que es el más típico modo de gestión entre los indirectos y normal en la explotación de los servicios públicos económicos en el Estado Liberal en consonancia con el principio de no emisión de la Administración. Aunque por su importancia este modo de gestión merecería un programa único, dado su exhaustivo tratamiento por las unidades didácticas así como otros autores, entre ellos recomendamos el profesor Garrido Falla, su volumen 2, Tratado de Derecho Administrativo, sólo vamos a señalar al alumno aspectos básicos para su gestión.

En cuanto a su concepto, podemos decir que es un modo de gestión indirecta en la cual la Administración, permaneciendo titular del servicio, encomienda su explotación a un particular que corre con los riesgos económicos de la empresa. En cuanto a su naturaleza jurídica, la polémica doctrinal se centra en las siguientes categorías jurídicas, contrato, acto administrativo unilateral o bien situación mixta. En nuestro derecho positivo, la concesión se establece a través de formas contractuales.

En efecto, la Ley de Contratos del Estado considera la concesión como una modalidad del contrato administrativo de gestión de los servicios públicos, por la que el empresario gestionará el servicio a su riesgo y ventura, como señala el artículo 66. El alumno debe estudiar su régimen jurídico contemplando, en primer lugar, la situación jurídica del concesionario, la situación jurídica del usuario y sus garantías, la posición de la Administración pública en la relación, los modos peculiares de la extinción de la concesión, puesto que, entre las diversas causas de extinción del contrato de gestión de servicios públicos que enumera el artículo 75 de la Ley de Contratos del Estado, hemos de referirnos fundamentalmente a los modos peculiares, en especial, atención a la reversión y al rescate. Por último, vamos a hablar de la gestión mixta.

Vamos a hablar de las empresas mixtas. Este modo de gestión se caracteriza porque el riesgo aparece tanto para la Administración como para los particulares. El requisito esencial para su

existencia es la participación en la empresa de capital público y de capital privado.

En la Administración local, la vigente Ley de 1955, en su artículo 157, reconoce este modo de gestión de los servicios municipales y, en la Administración central, el fenómeno surge con los llamados arrendamientos de monopolios de tabacos y petróleos, tabacalera y cansa, y alcanza su extensión actual al crearse el INE. La Ley de Entidades Estatales Autónomas las reconoce dentro de la categoría de empresas nacionales reguladas en su capítulo III. La forma de constitución es necesariamente, en la esfera estatal, la de sociedad anónima de fundación simultánea a su creación o bien mediante la fusión o absorción de otras sociedades preexistentes, artículo 92 de la Ley de Entidades Estatales Autónomas, y, en la esfera local, el artículo 103 del Reglamento de Servicios autoriza a constituir las en cualquiera de las formas de sociedad mercantil, comanditaria, anónima o de responsabilidad limitada, ya por creación de la corporación, ya por entrar a participar en una previa preexistente.

Con respecto a la gestión interesada, no existe sobre su noción una nidad doctrinal. Mientras que para unos es la administración quien explota el servicio, aunque valiéndose del concurso de un gestor a quien interesa en los posibles beneficios que se obtengan, doctrina francesa, para otros es el gestor quien explota a su propio riesgo, siendo la administración la interesada. En realidad, se trata de una forma mixta de gestión consistente en la asociación entre la administración y el particular, lograda a través de un contrato societario con vistas a la gestión de un servicio y que no origina el nacimiento de una nueva persona jurídica.

De aquí que comprenda múltiples modalidades, desde una asociación en que es la administración la que garantiza unos mínimos beneficios al gestor, hasta la hipótesis inversa en la que es el gestor quien garantiza unos beneficios mínimos a la administración, como es el caso de la recaudación municipal por el sistema llamado de gestión afianzada, en la que el gestor garantiza una cantidad mínima en la recaudación prevista en el artículo 734 de la ley de régimen local. Lo característico, pues, de la gestión interesada es que tanto la administración como el gestor están interesados económicamente en la buena marcha del servicio. Por ello, se diferencia de las formas de gestión directa en las que falta la ponencia interesada de un particular, de las formas de gestión indirecta en las que la administración no corre ningún riesgo, y de las empresas mixtas en las que surge una persona jurídica.

Según Guaita, no sólo pueden darse muchas figuras distintas de gestión interesada, sino que ésta es perfectamente compatible tanto en la gestión directa, empresas públicas, aunque a su frente exista un gestor interesado, como en la gestión indirecta, típicamente en la concesión, de lo cual se deduce que la gestión interesada no es sino una modalidad que puede concurrir con cualquiera de dichas formas.