

La figura del concierto de servicios públicos locales como modalidad de gestión indirecta

Sumario: I. CONSIDERACIONES GENERALES PREVIAS.—II. SITUACIÓN NORMATIVA DEL CONCIERTO DE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES.—III. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONCIERTO DE SERVICIOS PÚBLICOS.—IV. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DEL CONCIERTO DE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES.—4.1. Concepto de concierto de servicios públicos locales.—4.2. Características del concierto de servicios públicos locales.—V. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONCIERTO DE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES.—VI. RELACIONES JURÍDICAS ENTRE LA ADMINISTRACIÓN TITULAR, EL CONCERTADO GESTOR Y LOS USUARIOS DEL SERVICIO PÚBLICO LOCAL.

I. CONSIDERACIONES GENERALES PREVIAS

El concierto de servicios públicos se constituye a través de un contrato administrativo por el que una de las partes (contratista) se obliga a cambio de un precio a prestar un servicio o actividad que viene realizando en las instalaciones de su propiedad como propio de su giro o tráfico específico. Pero, antes de introducirnos en el estudio de sus características y régimen jurídico, es necesario precisar qué servicios o actividades pueden concertar las Entidades locales, es decir, cuál es el objeto del concierto.

Al tratarse de un contrato administrativo de gestión de servicios públicos, a la hora de determinar su objeto deberemos acudir a la legislación básica estatal y a la legislación local para ver qué entienden por servicio público ¹. Tan-

* Profesora titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada.

¹ Sobre el concepto de servicio público y su evolución pueden consultarse, entre otras muchas, las siguientes obras: E. García de Enterría, «La actividad industrial y mercantil de los municipios», *RAP* núm. 17, 1955, pp. 87 y ss., y en *Crónica del I Congreso Iberoamericano de Municipios*, Madrid, 1956; F. Garrido Falla, «El concepto de servicio público en el Derecho español», *RAP* núm. 135, 1995; J. L. Villar Palasí, «La actividad industrial del Estado», *RAP* núm. 3, y en *Apuntes de Derecho Administrativo*, UNED, Madrid, 1974, t. I, p. 99; Gaspar Ariño, *Economía y Estado. Crisis y*

to una como otra acogen un concepto amplio como actividad prestacional de las Administraciones públicas. En el ámbito local la actual redacción del artículo 85.1 LBRL dispone que «son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias»², ése ha sido también el significado de la acepción de servicio público que contenía la legislación de contratos del Estado de 1965, la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, y la actual normativa contractual pública, Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante TRLCAP).

La legislación local trata el concepto de servicio público como cualquiera de las materias sobre las que las Entidades locales pueden ejercer sus competencias excepcionando de la gestión indirecta los que impliquen ejercicio de autoridad³. El artículo 1.1 de la Ley 57/2003, de 16 de noviembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local, que introduce una nueva

reforma del sector público, Marcial Pons, Madrid, 1993; Gaspar Ariño, De la Cuétara Martínez y Martínez López-Muñoz, *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997; Martín Rebollo, «De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica», *RAP* núm. 100-102, t. III, 1983; S. Martín Retortillo, «Reflexiones sobre las privatizaciones», *RAP* núm. 144, 1997; F. Sosa Wagner, *La gestión de los servicios públicos locales*, Civitas, Madrid, 2000, y en «Comentario a la desafortunada Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de septiembre de 1989 (asunto: Empresa municipal de Barcelona Iniciales)», *Revista del Poder Judicial* núm. 19, 1990; E. Malaret i García, «Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto», *RAP* núm. 145, 1998; de la misma autora, «Servicio público, actividad económica y competencia. ¿Presenta especificidades la esfera local?», *Revista de Estudios de la Administración Local*, núm. 291, 2003, pp. 567 a 608; M. Vaquer Caballería, *La acción social (Un estudio sobre la actualidad del Estado de Derecho)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

² Redacción introducida por Ley 57/2003, de 16 de noviembre, de Medidas de Modernización del Gobierno Local (en adelante LMMGL) que ha simplificado las formas de gestión indirecta de los servicios locales al remitir sus modalidades a las previstas en el artículo 156 del TRLCAP, que no incluye la figura del arrendamiento de servicios que sí recogía el anterior artículo 85 de la LBRL. Consecuentemente, esta última modalidad gestora ha de entenderse suprimida en el ámbito local, al quedar sin el necesario soporte de la legislación básica que antes lo admitía. Sobre la amplitud del concepto de servicio público local véase J. J. Lavilla Rubira, «El contrato de gestión de servicios públicos», en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, obra colectiva dirigida por R. Gómez-Ferrer Morant, Civitas, Madrid, 1996, p. 758.

³ Límite establecido en los artículos 85.2 LBRL y 155.1 LCAP para la gestión indirecta por los particulares. La LMMGL establece que no pueden gestionarse de forma indirecta, ni mediante sociedad mercantil de capital exclusivamente local, los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad. Estos servicios no se encuadran en el concepto de servicio público, sino en el de función pública inherente a los poderes públicos, por lo que deberán ser prestados directamente por la Administración al no contar con un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares. No obstante, el artículo 184.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP) establece que en la concesión administrativa el órgano de contratación podrá atribuir al concesionario determinadas facultades de policía, sin perjuicio de las generales de inspección y vigilancia que le incumban a aquél. Estas facultades son distintas de las que ejerce el concesionario a través de instrucciones para cuidar el buen orden del servicio previstas en el artículo 161.b) del TRLCAP. En cualquier caso, contra los actos del concesionario en el uso de sus facultades de policía podrá reclamarse ante la Administración concedente (art. 184.2 del RGLCAP). Sobre los poderes del concesionario, *vid.* I. Sanz Rubiales, «Los poderes del concesionario de servicios públicos», *Revista de Estudios de la Administración Local (REAL)*, núm. 291, 2003, pp. 1063 a 1084.

redacción en el artículo 85.1 de la LBRL, considera servicios públicos locales los que prestan las Entidades locales en el ámbito de su competencia, la redacción anterior lo hacía por la finalidad que perseguían: «la consecución de los fines señalados como de su competencia». Queda, por tanto, vinculado el concepto de servicio público local a la realización de cualquier actividad que puedan prestar las entidades locales, siempre que se enmarque dentro de las competencias que les atribuyan las leyes sectoriales en cumplimiento de lo establecido en los artículos 25, 26 y 36 de la LBRL. Se amplía, pues, el concepto de servicio público local que no excluye su concurrencia con actividades ejercidas por el sector privado y que incluye a su vez al concepto más estricto de servicio público como servicio reservado por Ley al sector público en régimen de monopolio (art. 86.3 LBRL) ⁴. La amplitud del concepto explica que los servicios públicos locales puedan referirse tanto a actividades libres, como a actividades publicadas o reservadas a una titularidad exclusivamente pública ⁵.

Junto a este concepto amplio de servicio público, la legislación local incluye también un concepto algo más preciso, el denominado «servicio obligatorio» (art. 26 LBRL). Se trata de servicios que el legislador ha querido destacar como especialmente necesarios para la colectividad local y, por ello, en unos casos serán obligatorios en todos los municipios y, en otros, lo serán en función del número de sus habitantes. Los servicios públicos obligatorios para el municipio son prestados de forma universal porque la entidad local deberá asegurar que las prestaciones en que consistan lleguen a todos los ciudadanos por igual. Cuando su contenido es eminentemente económico coinciden además con los denominados «servicios de interés económico general» que el artículo 86.2 TCE somete a las reglas de la competencia siempre que ello no impida el cumplimiento de su misión específica ⁶. Esta misión específica, en muchos

⁴ Mestre Delgado considera que el legislador ha dejado pasar la oportunidad que le ha brindado la LMMGL para precisar y concretar algo más la noción de servicio público como categoría jurídica y su necesaria adaptación a los procesos de liberalización y desregulación («Las formas de prestación de los servicios públicos locales tras la Ley 57/2003, de 16 de noviembre de 2003, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local», *Revista General de Derecho Administrativo*, diciembre 2004, www.iustel.com, p. 2).

⁵ Climent Barberá señala que el concepto amplio de servicio público local se deduce tanto del artículo 25 de la LBRL, que establece las competencias municipales, como del juego interpretativo de los artículos 85 y 86 de la LBRL y 95 del TRRL. De la interpretación conjunta de ambos grupos de preceptos hay que concluir que la utilización de las expresiones «servicios públicos locales» y «actividades de iniciativa económica» son fundamentalmente sinónimos (*Legislación de Régimen Local*, Generalidad de Valencia, 1987, p. 241).

⁶ E. Malaret considera que la noción comunitaria de servicios de interés económico general expresa la realidad de una actividad empresarial gestionada por un ente público o privado, sometida al interés general y a reglas de distinta consideración en orden a su relación con el mercado y con la disciplina de la competencia («Servicio público, actividad económica y competencia. ¿Presenta especificidades la esfera local?», *REAL*, núm. 291, 2003, p. 607). Sobre la noción de servicios de interés económico general véanse también T. de la Quadra Salcedo, «Servicios públicos versus servicios de interés general tras el Tratado de Ámsterdam», *Revista Aranzadi*, junio 1998; del mismo autor, *Corporaciones locales y actividad económica*, Marcial Pons, Madrid, 1999; J. L. Martínez López-Muñiz, «Servicio público, servicio universal y obligación de servicio público en la perspectiva del Derecho comunitario: los servicios esenciales y sus regímenes alternativos», ponencia presentada en el *IV Congreso Luso-Español de Derecho Administrativo*, Coimbra, 2000.

casos, no permite sujetar los contratos de gestión de estos servicios a las Directivas comunitarias sobre contratación pública, debido a que la titularidad de los mismos puede estar reservada exclusivamente a los distintos Estados miembros atribuyéndoles derechos especiales o exclusivos al margen de la competencia⁷.

Pero también la normativa local regula el concepto de «servicio esencial reservado por Ley a las entidades locales» (art. 86.3 LBRL)⁸. Estos servicios se refieren a actividades que han resultado publicadas por Ley básica en aplicación del artículo 128.2 CE y que, por ello, han sido sustraídas a la iniciativa privada en la medida que tales actividades se refieran a servicios esenciales y vitales para los ciudadanos⁹.

Como vemos, en el ámbito local existe una noción de servicio público vinculada a la idea de competencia en sintonía con el artículo 85 de la LBRL. Este concepto atiende no tanto a la idea de titularidad como a la de competencia, de manera que la calificación de una determinada actividad como servicio público local no convierte a la Entidad local en titular exclusiva de dicha actividad, ni excluye una eventual prestación a iniciativa de otras Administraciones o de los particulares. De esta manera pueden considerarse servicios públicos locales los que prestan los Entes locales siempre que cumplan los

⁷ El contrato de gestión de servicios públicos es desconocido como tal en el ámbito comunitario de la contratación pública. Existieron diferentes intentos para realizar su regulación pero todos ellos fracasaron. Por tanto, no figuró comprendido en la Directiva 92/50/CEE, relativa al contrato de servicios, en cuya tramitación se suprimió un precepto relativo a este tipo de contrato. Por ello la Comisión Europea ha dedicado varias comunicaciones interpretativas a las concesiones en el Derecho comunitario, dada su creciente importancia en la realización y financiación de grandes obras de infraestructuras y equipamiento. Ello no quiere decir que los servicios públicos, al no contemplarse expresamente en las Directivas de contratos públicos, queden fuera de las normas y principios del Tratado, pues, en la medida que conlleven la prestación de actividades económicas estarán sometidos a sus disposiciones (arts. 28 a 30 y 43 a 55) y a los principios de no discriminación, igualdad de trato, transparencia, reconocimiento mutuo y proporcionalidad, acuñados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Véanse las nuevas Directivas sobre contratación pública, 18/2004/CE y 17/2004/CE, de 31 de marzo de 2004, relativas a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y servicios, y a los contratos en los sectores de agua, energía, transporte y servicios postales respectivamente, publicadas en el *DOUE* de 30 de abril de 2004.

⁸ El artículo 86.3 de la LBRL declara la reserva a las Entidades locales de una serie de servicios de carácter esencial: abastecimiento y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos; mataderos, mercados y lonjas centrales y transporte público de viajeros. De la redacción inicial de este precepto han sido excluidos los servicios mortuorios (Real Decreto-Ley 7/1996) y el suministro de gas (Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de Hidrocarburos). Sobre el procedimiento administrativo para la prestación de estos servicios, véase el trabajo de E. Arana García, *REAL*, núm. 291, pp. 77 a 86, y la STS de 1 de febrero de 2002 (Ar. 1590, citada en el mencionado trabajo), que, a pesar de tratarse de servicios públicos esenciales, exige al Pleno del Ayuntamiento el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida, ya que la Entidad local había creado para su prestación una empresa sujeta al Derecho mercantil con la consiguiente sustracción de los principios del Derecho público.

⁹ *Vid.* R. Gómez Ferrer Morant, «La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales», en *Estudios sobre la Constitución española (Libro Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría)*, t.V, Civitas, Madrid, 1991, pp. 3821-3822, y A. Gallego Anabitarte, «Actividades y servicios municipales. Competencia municipal general o según Ley. Una controversia», Estudio preliminar a la obra de J. Ortega Bernardo, *Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales ante la gestión de los residuos urbanos*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 23.

requisitos del artículo 85 de la LBRL, aunque no puedan considerarse de titularidad local¹⁰.

De lo señalado hasta aquí podemos deducir que el objeto del concierto en el ámbito local como contrato de gestión de servicio público consiste en cualquier actividad o servicio dirigido al público que haya sido asumido como competencia de la Entidad local¹¹.

II. SITUACIÓN NORMATIVA DEL CONCIERTO DE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

E. Malaret considera que el concierto surge en el ámbito de la beneficencia a finales del siglo XIX, siendo el resultado de una transformación lenta de las relaciones de fomento de carácter unilateral en relaciones de tipo más estable con un marcado carácter bilateral¹². Esta bilateralidad fue positivizada en la Ley de Contratos del Estado de 1965, asumiendo definitivamente su naturaleza contractual.

Debido a las circunstancias en las que se origina el concierto de servicios públicos, su regulación y aplicación han contado con una finalidad eminentemente social y asistencial. Paja Burgoa¹³ señala que la primera alusión específica al concierto de servicios públicos la encontramos en el artículo 210 del Estatuto Municipal de 1924, que, en referencia a los servicios benéficos, disponía que «no se admitirán (en el presupuesto) otras partidas de beneficencia municipal que las correspondientes a establecimientos organizados y dirigidos por el propio Ayuntamiento o a conciertos entre éste y establecimientos benéficos de otra Corporación». El Estatuto Municipal de 1925 también hace referencia en su artículo 127 al concierto de servicios benéficos: «Las diputaciones podrán, sin embargo, concertar con establecimientos privados o públicos de la misma provincia los servicios expresados.» Posteriormente, la Ley de

¹⁰ Así lo señala la STS de 23 de mayo de 1997 al explicar el significado de servicio público local que resulta del artículo 85 de la LBRL. Véase A. Ballesteros Fernández, «Servicios públicos locales: servicios mínimos, servicios reservados, actuaciones económicas, servicios económicos de interés general y servicio universal», *Revista de Estudios de la Administración Local*, núm. 291, 2003, pp. 87 a 101.

¹¹ El objeto de este contrato, como el de todo contrato administrativo, tiende a satisfacer directamente una finalidad pública de la específica competencia de la Administración y consistirá en satisfacer las prestaciones propias del servicio público. Por ello, el contratista asume la prestación y gestión de la actividad en lugar de la Administración.

¹² E. Malaret García, «Servicio público, actividad económica y competencia. ¿Presenta especificidades la esfera local?, *op. cit.*, p. 585.

¹³ J. A. Paja Burgoa, «La gestión de los servicios públicos locales: el concierto», *RZAP* núm. 37, 1993, p. 327; Véanse también F. Albi, *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Aguilar, Madrid, 1960, pp. 731 y 729; A. Gallego Anabitarte, «La acción concertada: nuevas y viejas técnicas jurídicas de la Administración. Contribución a la distinción entre la resolución y el contrato administrativo», *Libro Homenaje a Juan Galván*, Madrid, 1980, pp. 191 y ss. A. Menéndez Rexach, «Las fórmulas de gestión indirecta de servicios sanitarios: Especial referencia al concierto sanitario», en *La gestión de los servicios sanitarios: modelos alternativos*, Tercer Congreso de Derecho y Salud, ed. Gobierno de Navarra, Pamplona, 1994; Díaz Lema, *Los conciertos educativos*, Marcial Pons, Madrid,

Régimen Local de 1955 restringe los conciertos sobre servicios benéficos a las diputaciones provinciales y no con carácter general, sino para algunos servicios concretos; su artículo 247 establecía que «en tanto no sean organizados, las diputaciones provinciales podrán concertar con establecimientos públicos o privados, a ser posible de la misma provincia, los servicios de reclusión manicomial, de leprosería y antituberculoso». El Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio (en adelante RSCL), atribuye al concierto una mayor amplitud regulándolo en los artículos 143 a 147.

De esta primera regulación caben destacar determinadas características del concierto: *a)* Limitación de su ámbito de aplicación objetivo y subjetivo; *b)* supone la utilización de medios ajenos a la entidad concertante, por falta o insuficiencia de bienes propios; *c)* no conlleva la creación de una nueva persona jurídica y se podrá suscribir con entidades y particulares residentes dentro o fuera del territorio de la entidad concertante; *d)* tiene una duración limitada, pues se extinguirá automáticamente cuando la entidad concertante instale y ponga a funcionar un servicio análogo al concertado. Para el RSCL el concierto tiene carácter subsidiario y transitorio, ya que su duración está limitada hasta que la Entidad local esté en condiciones de asegurar su prestación por sus propios medios. Nada especifica el RSCL sobre su naturaleza jurídica.

En cualquier caso, como hemos visto, las posibles dudas sobre la naturaleza jurídica del concierto de servicios públicos quedaron zanjadas por la Ley de Contratos del Estado de 1965 (LCE), que al regular el contrato de gestión de servicios públicos incluye el concierto entre las modalidades que se pueden adoptar, especificando que podrá celebrarse con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las del servicio que se concierta (art. 66.3). Algo más explícito fue el Reglamento General de Contratos del Estado de 1975 (RGCE) al concretar en su artículo 205 que «la modalidad del concierto se utilizará en aquellos supuestos en los que para el desempeño o mayor eficacia de un servicio público convenga a la Administración contratar la actividad privada de particulares que tengan análogo contenido al del respectivo servicio. La duración de los conciertos no podrá ser superior a ocho años, salvo que el Gobierno acuerde expresamente un plazo superior o prorrogue el inicialmente convenido». En el desarrollo reglamentario contractual se aprecian matices que contrastan con la regulación del RSCL. Los perfiles tan nítidos del concierto como forma de gestión subsidiaria y transitoria se difuminan, porque podrá utilizarse cuando «convenga», por razones de eficacia, sin que se excluyan los supuestos en que la Administración tenga instalado el servicio con medios propios. Por otra parte, desaparece el límite temporal al facultar al Gobierno para que pueda fijar un plazo superior al máximo señalado en el Reglamento, que se convierte en una referencia no vinculante¹⁴. Posteriormente, la LBRL de 1985 vuelve a considerar al concierto

¹⁴ Ideas extraídas del trabajo de A. Menéndez Rexach, «Las fórmulas de gestión indirecta de servicios sanitarios: Especial referencia al concierto sanitario», *op. cit.*, pp. 84-85.

como una modalidad de gestión indirecta de los servicios públicos locales (art. 85) y el TRRL de 1986 (art. 108)¹⁵ modifica la duración establecida anteriormente en el RSCL.

Por otra parte, en el marco de las relaciones interorgánicas e interadministrativas, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante Ley 30/1992), incluye en el artículo 15 la figura de la encomienda de gestión: «la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos administrativos o de las entidades de Derecho público, podrá ser encomendada a otros órganos o entidades de la misma o de distinta Administración, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño». El mismo precepto especifica que su régimen jurídico no será de aplicación cuando la realización de las actividades haya de recaer sobre personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho privado, ajustándose en esos casos a la legislación contractual pública. De esta forma el artículo 15 de la Ley 30/1992 aclara un poco la confusa situación creada entre el concierto y otras figuras que por su similar finalidad pueden tener características análogas, tema que trataremos más adelante.

La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, también recogió la figura del concierto como una modalidad de gestión indirecta de servicios, así como el vigente TRLCAP (art. 156), que admite la celebración de conciertos con persona natural o jurídica que vengán realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público. El artículo 181 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP) concreta algo más la figura especificando que «la modalidad de concierto se utilizará en aquellos supuestos en los que para el desempeño o mayor eficacia de un servicio público convenga a la Administración contratar la actividad privada de particulares que tenga análogo contenido al del respectivo servicio». Como vemos, la normativa en vigor, constituida por los artículos 154 a 170 del TRLCAP junto al artículo 181 del RGLCAP, vuelve a incidir en algunos de los aspectos contemplados anteriormente por la LCE y el RGCE.

E. Malaret señala que la previsión normativa del concierto ha ido perdiendo especificidad propia, porque a pesar de ser la forma más generalizada de prestación de aquellos servicios vinculados directamente a necesidades vitales de las personas (educación, sanidad, servicios sociales), el legislador no ha adoptado una disciplina jurídica adecuada y coherente con esas necesidades a satisfacer, ni las relaciones con los usuarios cuentan con un marco legal estable dota-

¹⁵ El artículo 108 del TRRL fijó un plazo máximo que no podía exceder en ningún caso de cincuenta años. Hoy, el artículo 157 del TRLCAP, considerado básico por la disposición final primera, señala un plazo máximo ordinario para el contrato de gestión de servicios públicos de 25 años; 50 años cuando el contrato comprenda la ejecución de una obra y la explotación de un servicio público; y de 10 cuando se trate de servicios sanitarios.

do de suficiente concreción¹⁶. De todas formas, a pesar de esta parquedad, las modalidades de gestión indirecta están, en principio tasadas, por lo que todos los supuestos previstos en la legislación sectorial, cualquiera que sea su denominación, deben ser reconducibles a alguna de las formas previstas en la legislación básica general. Ello no impedirá que leyes sectoriales, al tener el mismo rango, puedan introducir formas específicas de gestión.

III. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONCIERTO DE SERVICIOS PÚBLICOS

A pesar de que la dogmática jurídica recomienda a los estudiosos del Derecho un riguroso tratamiento de los términos jurídicos, pues de ellos deriva un concepto y de éste un régimen jurídico a aplicar, las relaciones derivadas de un concierto o de un convenio se las viene calificando como si no fuesen dos figuras determinantes de un régimen jurídico diferenciado. No existen criterios seguros para el manejo de las categorías ni una definición precisa sobre su régimen jurídico. La normativa vigente no utiliza con precisión las figuras del convenio y del concierto y entremezcla sus perfiles perdiendo así sus rasgos de diferenciación. Los conciertos y los convenios tienen en común el dato de que ambos son técnicas de colaboración con la Administración pública para llevar a cabo actividades que ésta tiene encomendadas, pero difieren sustancialmente por su naturaleza jurídica, los conciertos de servicios públicos son contratos administrativos para la prestación de determinadas actividades, mientras los convenios son resoluciones administrativas necesitadas de aceptación que persiguen cierta vinculación y colaboración del sector privado con el público para el desempeño de actividades de interés general. Los convenios se refieren a la vinculación de instancias privadas o públicas en su conjunto con el sector público, los conciertos, a la prestación de determinados servicios. Por último, desde un punto de vista competencial, la regulación de ambas figuras es distinta, mientras la referida a los conciertos tiene el carácter de legislación básica, la que concierne a los convenios es meramente supletoria, puede ser, por tanto, desplazada por la legislación autonómica¹⁷.

Si analizamos la normativa general o sectorial, la jurisprudencia e incluso algún sector doctrinal, podemos apreciar una utilización indistinta y algo

¹⁶ Y añade que a pesar de su significación y su utilización masiva no ha sido todavía objeto de atención por parte de la doctrina española. Cita como único trabajo específico la obra del profesor L. M. Díaz Lema, *Los conciertos educativos*, Marcial Pons, Madrid, que el autor aborda desde una perspectiva material muy concreta (E. Malaret, «Servicio público, actividad económica y competencia. ¿Presenta especificidades la esfera local...», *op. cit.*, p. 586).

¹⁷ En el caso de los convenios celebrados entre los Entes locales, el Estado o una Comunidad Autónoma, el artículo 57 de la LBRL se remite a «las formas y a los términos previstos en las leyes». Por su parte, el artículo 9 de la Ley 30/1992 especifica que su regulación será conforme a la legislación local y, con carácter supletorio, a lo establecido en su propio Título I, en concreto a lo dispuesto en el artículo 6. El ámbito propio de los convenios son las competencias no exclusivas, es decir, las compartidas, concurrentes o conjuntas de las Entidades locales, no siendo así en los conciertos. *Vid.* Lliset Borrel, «Los convenios interadministrativos de los Entes locales», *REDA*, núm. 67 (1990), pp. 389-398.

imprecisa de los términos «convenio» y «concierto» para referirse a las relaciones bilaterales entre entidades públicas o entre éstas y personas de Derecho privado. La legislación autonómica¹⁸ en muchos casos asimila los convenios de centros privados a la red pública y los conciertos para la prestación de servicios a través de dichos centros privados. La doble modalidad de vinculación se difumina ante la falta de precisión de los términos, que a veces se invierten, aplicándose la denominación de «convenio» a lo que es «concierto» y viceversa¹⁹. La STS de 18 de febrero de 2004 señala la confusión existente entre los convenios de colaboración y los contratos administrativos a causa de la ausencia de una definición legal de los convenios e incluso de un concepto doctrinal netamente perfilado sobre su naturaleza jurídica.

Un ejemplo claro de la confusión de términos y de la falta de claridad en cuanto a la naturaleza jurídica del concierto la encontramos en la STS de 7 de octubre de 2003, en la que se interpreta el concierto celebrado entre el Instituto Nacional de la Salud y el Consejo General de Colegios de Farmacéuticos sobre las condiciones de ejecución de la prestación farmacéutica. El Tribunal consume todos sus esfuerzos en explicar a las partes que el concierto debatido no es una norma reglamentaria, tampoco un acto administrativo, ni un contrato de prestación de servicios público, sino «un acuerdo o convenio enmarcado en la acción concertada o de coordinación administrativa cuya fuente legal es el artículo 107.4 de la Ley de Seguridad Social de 1974, y cuyo procedimiento se reguló en su momento por la Orden Ministerial de 14 de marzo de 1967». Otro ejemplo lo encontramos en la STS de 4 de julio de 2003, que intentando clarificar los conceptos atribuye a los convenios de colaboración las siguientes notas:

- a) Los convenios suelen perseguir finalidades más amplias que los contratos y aunque tienen ciertas concomitancias con los contratos, en cuanto corresponden a una concurrencia de voluntades coincidentes sobre determinados objetivos orientados a una específica finalidad, rebasan o exceden el específico concepto del contrato.

¹⁸ Así, el artículo 29.2 de la Ley 1/1993, de 6 de abril, de Ordenación del Sistema Sanitario de Castilla y León, utiliza el término «convenios singulares» para referirse a la vinculación de los centros privados a la red pública y a esta misma vinculación se le denomina «concierto singular» en la Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de Salud (arts. 60 y 77).

¹⁹ En ocasiones se denomina «convenio» a la forma de instrumentar la vinculación de un establecimiento privado a la red hospitalaria pública y «concierto» la relación con centros no integrados en dicha red en caso de insuficiencia de sus medios. Otras veces el convenio y el concierto aparecen como modalidades alternativas y aparentemente indistintas de vinculación a la red pública junto a otras fórmulas de gestión integrada o compartida. Por último, el convenio y el concierto se superponen, de modo que se establecen conciertos con los establecimientos y centros incluidos en la red pública y también para la prestación de la atención primaria, ejemplo de ello es la Orden de 30 de junio de 1992 del Departamento de Sanidad y Seguridad Social de Cataluña. En sentido análogo, convenios para la afectación de bienes y derechos de las Entidades locales al Servicio de Salud Gallego [art. 15.c.) de la Ley gallega 1/1989, de 2 de enero, de creación del Servicio Gallego de Salud]. Sobre los conciertos en materia sanitaria, véase A. Menendez Rexach, «Las fórmulas de gestión indirecta de servicios sanitarios: Especial referencia al concierto sanitario», *op. cit.*

- b) Mayor amplitud también del objeto del convenio frente al objeto del contrato. Las prestaciones derivadas de un convenio exceden de las prestaciones características del contrato²⁰.

El término «convenio» es polivalente, existen convenios internacionales, convenios colectivos de trabajo, convenios entre entidades públicas del mismo o diferente nivel territorial y convenios entre éstas y entidades o personas de Derecho privado. En todas estas figuras subyace un fondo de negociación o pacto que persigue la colaboración en el desempeño de tareas comunes o la armonización de intereses contrapuestos²¹. Menéndez Rexach señala que «bajo el término «convenio», con un trasfondo paccionado, se instrumentan relaciones jurídicas de diferente naturaleza: en unos casos se trata de pactos con efectos vinculantes entre las partes; en otro, resoluciones unilaterales necesitadas de aceptación y, en muchos, simples compromisos de intenciones sin eficacia jurídica vinculante. La calificación de un acto jurídico como «convenio» no es en absoluto decisiva para determinar su régimen jurídico»²².

Cuando los convenios se suscriben entre entidades públicas territoriales, éstas se sitúan en pie de igualdad jurídica en cuanto actúan de forma voluntaria y no coactivamente, ninguna puede, formalmente, imponer su criterio a la otra, se trata de técnicas de cooperación o colaboración²³. Los convenios celebrados entre la Administración y los particulares encubren también distintas relaciones jurídicas y pueden contener notas de coacción (convenios expropiatorios) y de voluntariedad (convenios de colaboración). Se trata de relaciones bilaterales en las que no nacen *ex novo* derechos y obligaciones (como suce-

²⁰ Véanse los Informes de la Junta Consultiva de Contratación de 13 de junio de 1984, 15 de octubre de 1985, 4 de abril de 1989, 28 de julio de 1994, 11 de diciembre de 1994 y 20 de marzo de 1997, donde se especifica que los convenios celebrados con entes públicos a diferencia de los convenios celebrados con particulares pueden tener por objeto contratos regulados por la Ley de Contratos o por normas administrativas especiales. La STS de 13 de octubre de 1999, analizando el convenio celebrado por un ayuntamiento y una organización sin ánimo de lucro para la prestación de servicios de asistencia técnica sanitaria en las playas, extrae algunas diferencias entre ambas figuras.

²¹ Menéndez Rexach se hace eco de la insuficiente elaboración doctrinal en España de una teoría general de los convenios regidos por el Derecho Administrativo (relaciones bilaterales), puesta de relieve hace ya muchos años por el profesor Entrena Cuesta (*Consideraciones sobre la teoría general de los contratos en la Administración*). El citado autor manifiesta que el empeño hoy es más necesario por cuanto las relaciones bilaterales se han intensificado extraordinariamente en el marco de la actual organización territorial del Estado (en lo que afecta a convenios interadministrativos) y en referencia a los convenios con personas de Derecho privado, por el nuevo talante que se impone a los poderes públicos, abocados a negociar con los ciudadanos en muchos ámbitos en los que la decisión unilateral no basta para asegurar la consecución de los objetivos que se persiguen (A. Menéndez Rexach, «Las fórmulas de gestión indirecta de los servicios sanitarios: Especial referencia al concierto sanitario», *op. cit.*, p. 76).

²² A. Menéndez Rexach, *op. cit.*, p. 76.

²³ A diferencia de las técnicas de coordinación en las que en última instancia existe siempre una capacidad de decidir preponderante de acuerdo con los intereses en presencia. La coordinación entra en juego cuando falla la cooperación, como se desprende del sentido del artículo 4.1.b) de la Ley 30/1992, y de los artículos 57, 58 y 59 de la LBRL. Véase A. Gallego Anabitarte, *Derecho Administrativo*, Madrid, 1994, pp. 211 y ss.

de en el contrato), lo único que hacen las partes es ponerse de acuerdo en la forma de cumplir una obligación legal previamente existente²⁴. Así lo especifica la STS de 18 de febrero de 2004 declarando que «un sector de la doctrina científica parte de la idea de que la auténtica naturaleza de un convenio de carácter administrativo, como categoría diferente al contrato propiamente dicho, supone la existencia de un elemento transaccional que a su vez implica la preexistencia de una relación jurídica, sea de origen voluntario o impuesta por la Ley, de suerte que el convenio afecta de alguna forma a la medida y extensión de las obligaciones derivadas de dicha relación jurídica (los convenios urbanísticos, expropiatorios y fiscales serían un buen ejemplo de ello)»²⁵.

Por su parte, el término «concierto» tampoco es unívoco, con él se expresan realidades diversas. Generalmente se viene utilizando para referirse a un conjunto de relaciones en las que intervienen las instituciones públicas negociando con los agentes económicos y sociales privados y, en algunos casos, con el mismo sector público sin imposición unilateral, sino buscando un equilibrio entre los intereses en juego respectivos. Existen conciertos económicos, fiscales, educativos, urbanísticos, sanitarios, etc., con un régimen jurídico diverso y distinto. Algunos son normas elaboradas con un procedimiento especial; otros son resoluciones administrativas necesitadas de aceptación; otros, verdaderos contratos. Estos últimos gozan de cierta sustantividad y de un significado específico en nuestro ordenamiento como modalidad de gestión indirecta de servicios públicos.

Consecuentemente no ha de ser la denominación que las partes intervinientes otorguen al negocio jurídico concreto la que determine su regulación, sino la real naturaleza del mismo la que ha de imponer el régimen jurídico a aplicar. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa en diferentes informes²⁶ ha venido señalando que en el marco de las relaciones de colaboración existen algunas dificultades en la aplicación de la legislación de contratos a los entes públicos, manifestadas en una serie de normas como las relativas a la acreditación de determinadas circunstancias, por lo que en lugar de encauzar estas relaciones a través de una forma contractual se instrumentan por vías de colaboración y cooperación. Y si bien es cierto que la inexistencia de contraprestación económica dotando de carácter esencialmente gratuito al negocio jurídico celebrado, o la concurrencia de supuestos excepcionales previstos en la normativa en vigor, pueden permitir prescindir, en algunos casos,

²⁴ El peligro que entraña hoy la Administración concertada (convenios con particulares) es que, en algunos supuestos, pueda quebrar el principio de igualdad en cuanto suponga un trato discriminado de situaciones análogas. La aplicación de la ley mediante resoluciones conlleva mayores garantías de objetividad y, por tanto de igualdad, al subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho abstracto contenido en la norma.

²⁵ Y añade el Tribunal que las diferencias también se han contemplado desde el punto de vista de la contraposición entre una relación bilateral —con recíprocos derechos y obligaciones— y las de carácter plurilateral y asociativo que conjunta actividades de la Administración y de los administrados para el cumplimiento de una común finalidad de interés público (Fundamento Jurídico cuarto de la STS de 18 de febrero de 2004).

²⁶ Informes anteriormente citados en la nota 20.

de las exigencias impuestas por la normativa de contratación pública, ello no quiere decir que fuera de los supuestos excepcionales previstos legalmente se pueda obviar su cumplimiento mediante la utilización de la fórmula del «convenio de colaboración» en lugar de la del contrato administrativo.

En la actualidad la necesidad de mantener a ultranza los principios de igualdad, competitividad, publicidad y libre concurrencia que conforman el ámbito de la contratación administrativa viene reforzada a través de las Directivas sobre contratación pública²⁷, por lo que las entidades públicas deberán observar fielmente los principios anteriormente mencionados, sin otras excepciones que las que se deriven del régimen uniforme comunitario de las Directivas correspondientes. En este sentido se ha pronunciado la STJUE de 13 de enero de 2005, que vuelve a condenar a España por incumplir las obligaciones que le incumben en virtud de las Directivas sobre contratación pública²⁸, entre otros temas, por excluir de forma absoluta del ámbito de aplicación del TRLCAP [art. 3, apartado 1.º letra c)] a los convenios de colaboración celebrados por las Administraciones Públicas con las demás entidades públicas que constituyan contratos públicos a los efectos de las Directivas europeas.

Por todo ello y por unas mínimas razones de seguridad jurídica, se hace necesario encauzar y utilizar cada categoría jurídica a través de su correspondiente régimen.

Concluiremos, tal como iniciábamos este trabajo, incidiendo que el concierto de servicios públicos locales es un contrato administrativo de gestión

²⁷ En concreto, la Directiva 89/665, de 21 de diciembre de 1989, en materia de recursos, y en la actualidad las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, energía, transportes y los servicios postales, así como de los contratos públicos de obra, suministro y servicios que han refundido respectivamente las anteriores Directivas 93/38, 92/13, 93/37, 93/36 y 92/50. El incumplimiento de las mismas dio lugar a la condena del Estado Español por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las Sentencias de 15 de mayo y 16 de octubre de 2003, motivando la modificación del TRLCAP a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, que ha introducido una nueva redacción al apartado 1.º del artículo 2 y a la Disposición adicional sexta, además de añadir un nuevo artículo 60 bis y una nueva Disposición adicional 16.ª. Las modificaciones se refieren a los contratos celebrados por sociedades mercantiles públicas que según el TJUE incumplían el contenido de las Directivas europeas. Sobre este tema puede verse mi trabajo *La contratación de las sociedades en manos de las Administraciones Públicas: principios de publicidad y concurrencia. Fundamentos de su publicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

²⁸ La STJUE de 13 de enero de 2005 es fruto de un recurso interpuesto por la Comisión Europea solicitando al Tribunal de Justicia que declare que España ha incumplido las obligaciones impuestas por el TCE y las Directivas 93/36/CEE y 93/37/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro y de obras, al no haber adaptado correctamente su ordenamiento jurídico interno a las citadas Directivas, entre otros temas, al excluir del ámbito de aplicación del TRLCAP los convenios de colaboración interadministrativos, en concreto los celebrados por la Administración General del Estado con la Seguridad Social, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales, sus respectivos organismos autónomos y las restantes entidades públicas, puesto que algunos de estos convenios pueden tener la misma naturaleza que los contratos públicos. El Tribunal declara que conforme al artículo 1, letra a), de las Directivas 93/36 y 93/37, basta, en principio, con que el contrato haya sido celebrado por escrito a título oneroso entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de éste para que esté sometido al ámbito de aplicación de las citadas Directivas, y condena por este motivo a España al excluir *a priori* de forma genérica del ámbito de aplicación del TRLCAP las relaciones entre las Administraciones públicas, sus organismos públicos y, en general, las entidades de Derecho público no mercantiles, sea cual sea la naturaleza de estas relaciones.

de servicios públicos (art. 5 TRLCAP) por el que una de las partes se obliga a prestar a otra un servicio a cambio de un precio. Se trata de una modalidad de gestión indirecta muy proclive a moverse en el campo de las prestaciones sociales, que puede, en algunos casos, suscitar ciertas dudas con el contrato administrativo de servicios. La diferencia entre ambos tipos de contratos viene motivada por la noción de servicio público y su encomienda a un particular (contrato de gestión de servicios), y por la existencia, en otro caso, de servicios, que no merecen el calificativo técnico de públicos en sentido estricto y que un particular presta directamente a la Administración contratante. En el concierto, el adjudicatario realiza la prestación del servicio público a los usuarios, mientras en el contrato de servicios, la entrega de bienes o la prestación de servicios se hacen solamente a favor de la Administración ²⁹.

IV. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DEL CONCIERTO DE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

4.1. Concepto de concierto de servicios públicos locales

Venimos señalando que el concierto de servicios públicos locales es un contrato administrativo celebrado por la Administración con otras instancias, mediante el que se concreta la forma de prestar y gestionar determinadas actividades con medios ajenos a la Administración concertante ³⁰, a cambio del abono de una cantidad alzada que se fija atendiendo a módulos de coste efectivo ³¹. Es un contrato celebrado entre la Administración titular del servicio público y una persona privada o pública propietaria de las instalaciones que necesita el servicio, cediendo el contratista a la Administración la utilización de tales instalaciones a cambio de un precio alzado. Es necesario que los servicios contratados por la entidad local estén ya instalados y en funcionamiento. Esta modalidad contractual en su regulación actual ha perdido el carácter sustitutorio y transitorio que le atribuye el RSCL para convertirse en una opción ordinaria y estable de prestación de servicios. En esta dirección se

²⁹ Sobre la diferencia entre ambos tipos de contratos véase el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 37/95, de 24 de octubre, en referencia a los contratos celebrados por el INSALUD con otras entidades para la prestación de los servicios de litotricia renal, resonancia nuclear magnética, hemodiálisis, transporte sanitario y de oxigenoterapia domiciliaria.

³⁰ Los estrechos contornos normativos y doctrinales de esta modalidad de gestión indirecta de servicios públicos y su problemática han sido puestos de relieve por E. Malaret en «Administración Pública y servicios públicos: la creación de una red de servicios sociales a los ancianos en la transformación del Estado de bienestar», en AAVV, *Los servicios sociales de atención a la tercera edad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002. También en J. M. Díaz Lema, *Los conciertos educativos*, Marcial Pons, Madrid.

³¹ El pago de un tanto alzado resulta de la estimación de diversos factores: valor de utilización de las instalaciones, de los servicios personales, de la amortización de las mejoras o nuevas inversiones acordadas, etc. La legislación local establece que el precio será inalterable durante el plazo previsto en el concierto, lo que no deja de ser una innecesaria rigidez procedente del clásico planteamiento del principio de riesgo y ventura. Véase L. Morell Ocaña, «La organización y las formas de gestión de los servicios en los últimos cincuenta años», *RAP*, núm. 150, 2000, p. 406.

pronuncia el artículo 181 del RGLCAP al señalar que el concierto se utilizará en aquellos supuestos en los que para el desempeño o mayor eficacia de un servicio público convenga a la Administración contratar la actividad privada de particulares que tenga análogo contenido al del respectivo servicio. Tanto en el ámbito estatal, autonómico como en el local, el marco en el que el concierto ha encontrado su mayor desenvolvimiento³² ha sido en el ámbito de los servicios sociales (educación, sanidad, cultura, deportes, asistencia social).

4.2. Características del concierto de servicios públicos locales

El contrato de gestión de servicios públicos regulado en los artículos 154 a 170 del TRLCAP y 180 a 186 del RGLCAP, no es un contrato único, el artículo 156 del TRLCAP establece una serie de modalidades contractuales (concesión, gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta) que se diferencian entre sí por la forma en que la Administración encomienda o transfiere su actividad prestacional al contratista, es decir, según se articule la colaboración y la relación contratista-Administración, de la que dependerá su régimen jurídico³³.

Estas modalidades contractuales y su específico régimen jurídico se distinguen en función de la naturaleza del riesgo que asuma el contratista. Mientras en la concesión el contratista gestiona el servicio por su cuenta y riesgo, en la gestión interesada el contratista gestiona el servicio en colaboración con la Administración que, por ello, participa de los resultados de la explotación en la proporción que establezca el contrato. Por su parte, en el concierto, el contratista (persona natural o jurídica que gestiona el servicio) asume un riesgo atenuado, ya que viene realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público y, finalmente, en la sociedad de economía mixta, la Administración asume un riesgo limitado por su participación minoritaria en la sociedad gestora. Como vemos, el riesgo podrá ser total, compartido, atenuado o limitado, según sea la modalidad de gestión elegida. Ahora bien, no debemos olvidar que actualmente el riesgo no recae en exclusiva sobre el contratista, sino que lo comparte la Administración que, en determinados supuestos, está obligada a compensar al contratista en virtud del principio de mantenimiento del equilibrio económico del contrato. En este sentido se ha pronunciado la STS de 15 de junio de 1999 (art. 6449), declarando que el principio general de riesgo y ventura no

³² Mestre Delgado considera el concierto local como un modo de prestación de los servicios públicos con otras entidades públicas o privadas y con los particulares, utilizando, a tal fin, los servicios que unos y otros tuvieren establecidos, sin que el concierto origine la creación de una nueva persona jurídica («Las formas de prestación de los servicios públicos locales. En particular la concesión», *Tratado de Derecho Municipal*, obra colectiva dirigida por S. Muñoz Machado, t. II, Civitas, Madrid, 2003, p. 1467).

³³ Ello ha llevado a la doctrina a afirmar que el contrato de gestión de servicios públicos no es una figura contractual única, sino que bajo su rúbrica se encubre una pluralidad diversa de técnicas contractuales (E. García de Enterría y T. R. Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1999, p. 711).

sólo quiebra en los supuestos de fuerza mayor, sino también cuando la Administración produce una alteración en la ejecución del contrato³⁴.

La menor intensidad en la colaboración del contratista en el concierto de servicios públicos locales será también el resultado de la menor incidencia del gestor en la prestación del servicio. Así, las consecuencias jurídicas del concierto van a proyectarse en la situación del gestor frente a la Administración, modulándolas con la lógica propia de su posición.

Otra diferencia esencial entre el concierto y las demás modalidades de gestión de los servicios públicos locales la podemos encontrar en los aspectos económicos de la actividad a prestar. La concesión es una técnica mediante la cual la Administración suple su carencia de recursos recurriendo a la iniciativa privada, que con su capital y esfuerzo ofrece las prestaciones estipuladas, ateniéndose a la regulación del servicio establecida por aquélla y percibiendo de los usuarios unos ingresos por las tarifas del servicio que le permiten recuperar la inversión realizada, sufragar los costes de explotación y obtener un razonable beneficio empresarial³⁵. Sin embargo, el concierto no encuentra su razón de ser en el contenido económico del servicio, las prestaciones a gestionar afectan, en muchos casos, a derechos fundamentales (sanidad y educación, por ejemplo), y cueste lo que cueste, la Administración está obligada a prestarlas y el empresario no podrá actuar movido exclusivamente por los esquemas habituales dirigidos a la obtención de un beneficio. La motivación y la finalidad del concierto ha de radicar en la obtención de una mayor eficacia en la prestación del servicio público, para lo cual la Administración rea-

³⁴ Sobre los principios de «riesgo y ventura» y «mantenimiento del equilibrio económico y financiero» en los contratos de gestión de servicios públicos, el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 30 de octubre de 2000, señala que el principio de «riesgo y ventura» incluido para todos los contratos en el artículo 98 del TRLCAP queda atenuado por el principio de «mantenimiento del equilibrio económico y financiero». Este último principio se establece en el contrato de gestión de servicios públicos en el artículo 163 del TRLCAP como contrapartida al *ius variandi* de la Administración y como derecho del contratista cuando, como consecuencia de las modificaciones de la Administración, se altere el equilibrio inicial existente en el momento de la adjudicación. Los dos principios se articulan a través de mecanismos que por circunstancias extraordinarias e imprevisibles permiten una alteración de la prestación del contratista cuando la Administración se vea en la necesidad de modificar lo previamente pactado.

³⁵ Los textos legislativos ponen de relieve que la concesión de servicios públicos comporta cierto privilegio, la exclusividad en la prestación del servicio y su valoración económica. Prueba de ello es que el período durante el que se otorga la concesión se calcula en razón al beneficio que se obtendrá por el cobro de tarifas, en un mercado no competitivo. Esta situación no resulta ya de la antigua municipalización con monopolio del servicio, sino de la voluntad de que determinadas actividades o servicios sean asumidas y gestionadas en exclusiva debido a factores de diversa índole. Sobre la posición del concesionario pueden verse los trabajos de I. Sanz Rubiales, «Los poderes del concesionario de servicios públicos», *op. cit.*; J. F. Mestre Delgado, «Las formas de prestación de los servicios públicos locales. En particular la concesión», *op. cit.*, pp. 1447 y ss.; E. Bordón Iglesias y C. Molina Pérez, *Introducción a los servicios locales. Tipos de prestación y modalidades de gestión*, MAP, Madrid, 1991, pp. 226 y ss.; J. A. Carrillo Donaire, *El Derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 525; F. Sosa Wagner, *La gestión de los servicios públicos locales*, 4.ª edic., Civitas, Madrid, 1999, p. 68; F. Lliset Borrel y J. A. López Pellicer, *Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales*, 2.ª edic., El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2002, p. 422; Gariño Ortiz, *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 348.

liza un contrato con el fin de aprovechar la actividad privada que tenga un contenido análogo al del referido servicio.

La regulación del concierto —tal como hemos señalado anteriormente— no ha sido objeto de un desarrollo detallado ni pormenorizado, por lo que para describir sus características fundamentales deberemos atenernos a los escuetos perfiles legales que lo configuran. Sus notas fundamentales, sin ánimo de exhaustividad, serían las siguientes:

- a) No se puede aplicar a los servicios que impliquen ejercicio de autoridad —nota común a todas las modalidades de gestión indirecta— (arts. 85.3 LBRL y 155.1 TRLCAP)³⁶. La gestión indirecta de servicios públicos se admite en los servicios que tengan un contenido económico susceptible de explotación por empresarios particulares.
- b) En la actualidad el concierto se configura como una forma habitual de prestación del servicio, en contraste con el carácter subsidiario y transitorio que se le atribuía en épocas pasadas (art. 181 RCAP)³⁷.
- c) Su objeto es la prestación de un servicio público local con medios ajenos. No se exige que la Administración concertante carezca de medios propios, sino, simplemente, que tenga en cuenta, con carácter previo, la utilización óptima de sus recursos³⁸.
- d) Se puede suscribir con entidades públicas o privadas y con los particulares y no supone la creación de una nueva persona jurídica (arts. 143 y 145 RSCL).
- e) La Administración ejercerá funciones de inspección sobre los aspectos administrativos y económicos relativos al servicio concertado.

³⁶ Estos artículos —considerados básicos— disponen que en ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de autoridad, precisando el artículo 92.2 de la LBRL que su cumplimiento queda reservado exclusivamente a personal sujeto al estatuto funcionarial. La LBRL considera servicios que implican ejercicio de autoridad las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, las de contabilidad y tesorería y, en general, aquellas que se reserven legalmente los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de su función. Debe señalarse, no obstante, que en la práctica los efectos de esta prohibición no son satisfactorios desde el punto de vista de la seguridad jurídica, tal y como se desprende del debate surgido en torno al régimen jurídico de las inspecciones técnicas. A pesar de ello esta regla ha impedido la encomienda a terceros de los servicios de recaudación, obligando a separar la gestión material del ejercicio de prerrogativas. Sobre este tema véanse, entre otras muchas, las SSTs de 11 de enero de 2002, 28 de marzo de 2000, 31 de octubre de 1997 y 5 de marzo de 1993, y los trabajos de I. Sanz Rubiales, «Los poderes del concesionario de servicios públicos locales», *op. cit.*, y J. A. Carrillo Donaire, *El derecho de la seguridad y de la calidad industrial, op. cit.*, pp. 525 a 530.

³⁷ Hoy el artículo 181 del RGLCAP especifica que la modalidad del concierto se utilizará en aquellos supuestos en los que para el desempeño o mayor eficacia de un servicio público convenga a la Administración contratar la actividad privada de particulares que tenga análogo contenido al del respectivo servicio

³⁸ La STS de 17 de abril de 1996 (Ar. 2945) considera que si bien es cierto que lo habitual en el concierto de servicios públicos locales es la utilización por parte de la Administración concertante (en el caso enjuiciado, una Administración municipal) de las instalaciones propiedad del concertado, ningún precepto excluye, cuando lo exijan consideraciones de interés público, la utilización también y, por tanto, la cesión del uso de instalaciones municipales.

- f) El usuario no paga nada por el servicio que recibe, ya que quien paga es la entidad concertante.
- g) En el sector sanitario y en el educativo —donde esta figura es más utilizada—, los centros susceptibles de ser concertados deberán ser previamente homologados de acuerdo con un protocolo definido por la Administración competente, que podrá ser revisado periódicamente (art. 90.5 LGS). Este requisito equivale a la clasificación del contratista exigida en el artículo 25 del TRLCAP para el contrato de obras y de servicios.
- h) En el sector sanitario también, en análogas condiciones de eficacia, calidad y costes, se debe dar prioridad a los establecimientos, centros y servicios de los que sean titulares entidades que tengan carácter no lucrativo (art. 90.2 LGS).
- i) La contraprestación a satisfacer por la Administración concertante se establecerá con base a módulos de coste efectivos, previamente establecidos y revisables por la Administración (art. 90.4 LGS). El pago de los servicios se fija en un tanto alzado inalterable, ya de carácter conjunto por la totalidad del servicio en un tiempo determinado, o por unidades a precio fijo (art. 146 RSCL).

V. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONCIERTO DE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

El régimen jurídico del concierto de servicios públicos locales variará en función de la naturaleza administrativa (de interés general) o comercial (industrial o mercantil) de la actividad a prestar. Habrá que tener en cuenta la normativa básica contractual (arts. 154 a 170 del TRLCAP y 180 a 186 del RCAP), que regulará la forma de su celebración o constitución (contrato de gestión de servicios públicos), pero también la parte sustantiva o material, es decir, la normativa sectorial de la actividad o servicio objeto del concierto³⁹.

En la gestión indirecta de servicio público la Administración no pierde la titularidad del servicio, sino que responde y asume la continuidad en la prestación ordinaria y regular del servicio⁴⁰, mantiene los poderes de policía,

³⁹ Tal como especifica el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 37/1995, de 24 de octubre, a la gestión indirecta de servicios públicos además de aplicarles la normativa contractual pública, es esencial la aplicación de las disposiciones correspondiente al servicio que se intenta gestionar que tendrán una influencia decisiva en orden a fijar el contenido del respectivo contrato.

⁴⁰ La gestión indirecta de servicios públicos no implica transferencia del sector público al privado, la titularidad pública no se pierde y, por tanto, tampoco la responsabilidad económica, política y jurídica. El objetivo es de menor alcance, se trata de entregar el servicio a la gestión y financiación privada en la confianza de que los mayores beneficios que puedan obtener los usuarios se vean acompañados de un ahorro y de una mejor gestión, cualidades que se le suelen atribuir al sector empresarial (innovación, bajos costes, economías de escala, renovación de equipos y personas, modernización, etc.). Hoy la Ley 18/2001, de Estabilidad Presupuestaria, en su pretensión de conseguir el objetivo de déficit cero en todas las Administraciones Públicas, obligará a las Entidades locales a lanzarse a una carrera privatizadora de la gestión de la mayoría de sus servicios públicos, sobre todo de aquellos que requieran una inversión directa constante y una presencia presupuestaria seria.

control, inspección, programación y, por supuesto, el poder sancionador y será quien decida sobre su supresión, cambio o modificación. Existen tres categorías de servicios públicos de las que dependerá su régimen jurídico: Una primera que comprende los servicios de regalía o soberanía, denominados funciones públicas⁴¹, excluidos de la gestión indirecta; una segunda, en la que se encuentran los servicios sociales y culturales, donde con más frecuencia se aplica el concierto, y una tercera, dedicada a los servicios de carácter económico. Todos estos servicios son diferentes entre sí, en cuanto a las prestaciones que proporcionan, las técnicas que utilizan y el régimen jurídico aplicable. Sin embargo, en todos ellos se percibe, como parte de una misma especie, que están sometidos a determinados principios⁴² que les imprimen una ética de interés general que los diferencia de las actividades meramente lucrativas.

No nos detendremos en el régimen jurídico de las actividades que implican ejercicio de autoridad, es decir, de las funciones públicas, pues quedan fuera del ámbito de aplicación de la gestión indirecta de los servicios públicos (arts. 85.3 LBRL y 155.1 TRLCAP) y, por tanto, del concierto. Tampoco lo haremos con los servicios públicos económicos⁴³ al ser otras las modalidades de gestión indirecta (concesión, gestión interesada, sociedades de economía mixta) más adecuadas para su prestación. Nos detendremos, pues, en los servicios sociales y culturales que son los que más nos interesan por comprender el objeto más frecuente de los conciertos de servicios públicos locales, educación, sanidad, protección y ayuda social, acción cultural y deportiva.

Se trata de servicios administrativos que funcionan independientemente del mercado, sus prestaciones suelen ser, esencialmente, gratuitas y se rigen en gran medida por normas de Derecho público (Derecho Administrativo). La Administración se encarga de su organización y de la coordinación de su funcionamiento. Su organización suele ser compleja (pública y privada), ya que no sólo se prestan en establecimientos de naturaleza pública, como los hospitales o los colegios, sino también en instituciones

⁴¹ Son las funciones tradicionales del Estado: justicia, policía, defensa nacional, tributos. Las personas encargadas de proporcionarlas son funcionarios públicos; suelen ser servicios que pueden estar des-concentrados, es decir, prestados por entidades administrativas repartidas en el conjunto del territorio nacional, aunque siguen dependiendo directamente de la autoridad del Estado y de sus representantes autonómicos y locales; se rigen por el Derecho Administrativo; la autoridad que las presta actúa la mayoría de las veces mediante actos unilaterales, es decir, mediante decisiones que se imponen a los administrados y se financian por medio de impuestos.

⁴² La prestación de todos ellos se hace exigible en régimen de Derecho público que implica la aplicación de ciertos postulados o principios: sometimiento pleno a la legalidad, igualdad, interdicción de la arbitrariedad o la juridicidad de todas las actuaciones administrativas, entre otros.

⁴³ Los servicios de carácter económico, conocidos jurídicamente con el nombre de «servicios públicos industriales y comerciales», energía, transporte, telecomunicaciones, a diferencia de los servicios sociales o culturales, son prestados en régimen de mercado, lo que quiere decir que son pagados y financiados, mayoritariamente, por parte de los usuarios que suelen cubrir sus costes de funcionamiento; se rigen por un régimen jurídico mixto (normas de Derecho público y normas de Derecho privado) y suelen encargarse de su organización, bien la propia entidad pública directamente, constituyendo entes públicos descentralizados para su prestación, creando sociedades públicas o mixtas, o a través de operadores privados normalmente concesionarios.

privadas, como los centros de enseñanza concertada o los hospitales concertados a la red pública sanitaria, o en las numerosas asociaciones que en materia de acción sanitaria, social, educativa y deportiva reciben fondos públicos para llevar a cabo las tareas de interés general con mayor eficacia y eficiencia.

Para que exista un servicio público cuya gestión sea susceptible de ser concertado, es necesario, entre otros requisitos, que su régimen jurídico básico, atributivo de las competencias y definidor del alcance de las prestaciones a favor de los administrados, declare expresamente que la actividad de que se trate queda asumida como propia de la Administración. No basta por tanto que nos encontremos ante una actividad de interés general, ni que esta actividad se preste por el gestor indefinidamente si falta ese elemento primordial⁴⁴.

La celebración del concierto de servicios públicos locales (contrato) irá precedida de la aprobación del pliego de cláusulas administrativas particulares y del de prescripciones técnicas, que especificarán el régimen jurídico básico, así como los aspectos económicos y administrativos y el canon a satisfacer por la Administración al concertado. La Administración ha de realizar preceptivamente, dentro de las actuaciones preparatorias, la elaboración de un proyecto de explotación para depurar, no sólo si es adecuada su posición frente al empresario, sino también la rentabilidad y viabilidad del servicio⁴⁵. El conjunto de cláusulas de explotación constituyen el esquema obligacional básico y serán para las partes la autentica ley junto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares. De esta manera, a través de las actuaciones preparatorias, la Administración configura su voluntad de celebrar el concierto, realiza un estudio de necesidades, justifica las mismas, redacta unos pliegos, evalúa un presupuesto económico, incorpora un certificado de existencia de crédito adecuado y suficiente para la naturaleza de la actividad a prestar, somete a fiscalización el gasto y finalmente aprueba el expediente.

Si el servicio a concertar consistiese en asistencia sanitaria motivada por supuestos de urgencia y su importe es inferior a 12.020,24 euros, las actuaciones preparatorias quedarán reducidas a los siguientes extremos:

- Acreditación en el expediente de las razones de urgencia.
- Descripción y justificación del objeto de la prestación y su precio.

⁴⁴ El requisito de la competencia parece referirse al caso concreto de un servicio que, tal vez, se pretenda contratar por una Administración a la que realmente el ordenamiento jurídico no le ha confiado actuación alguna en esa materia.

⁴⁵ La elaboración de un proyecto de explotación del servicio se constituye como un requisito previo e indispensable para tener un criterio firme y certero sobre los aspectos económicos y de rentabilidad del servicio y sirve también para definir *a priori* el programa financiero y las relaciones Administración-concertado. El artículo 183.1 del RGLCAP dispone que los proyectos de explotación deberán referirse a servicios públicos susceptibles de ser organizados con unidad y dependencia funcional y comprenderán un estudio económico-administrativo, su régimen de uso y las técnicas que resulten precisas aplicar.

- Motivación de la designación por el órgano de contratación de la empresa adjudicataria.

La reducción de actuaciones no se produce porque estemos ante un contrato menor, tampoco porque se admita el procedimiento negociado como forma de adjudicación, sino simplemente porque el legislador ha querido expresamente excluir la aplicación del TRLCAP (art. 158 del TRLCAP).

Ordinariamente el concierto se adjudicará a través del procedimiento abierto o restringido mediante concurso, el procedimiento negociado sólo podrá tener lugar, previa justificación razonada en el expediente y acuerdo del órgano de contratación en los supuestos expresamente previstos en el artículo 159 del TRLCAP⁴⁶, entre los que figura los relativos a la prestación de asistencia sanitaria concertada con medios ajenos, derivados de un convenio de colaboración entre las Administraciones Públicas o de un contrato marco, siempre que este último haya sido adjudicado con sujeción a las normas del TRLCAP.

En los contratos de gestión de servicios públicos no es necesaria la publicación del anuncio de licitación en el *Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE)*, que sí se exige para el resto de los contratos administrativos en función de su cuantía (arts. 78.3 y 93.3 TRLCAP).

La Administración podrá modificar por razones de interés público las características del servicio concertado. Cuando estas modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato. Si la Administración no hiciese efectiva al contratista la contraprestación económica o no entregare los medios auxiliares a que se obligó dentro de los plazos previstos, éste tendrá derecho al interés legal de las cantidades o valores económicos que aquéllos signifiquen, incrementadas en 1,5 puntos.

Si el que incumple es el concertado y del incumplimiento derivase perturbación grave y no reparable por otros medios en el servicio público, la Administración podrá acordar la intervención del mismo hasta que la perturbación

⁴⁶ Estos supuestos son:

- a) Aquellos servicios respecto a los que no sea posible promover concurrencia en la oferta.
- b) Cuando una imperiosa urgencia, resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo, demande una pronta ejecución que no pueda lograrse por el procedimiento de urgencia regulado en el artículo 71.
- c) Los declarados secretos o reservados o cuando su ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado.
- d) Los de presupuesto inferior a 30.050,61 euros y su plazo de duración sea inferior a cinco años.
- e) Los anunciados a concurso que no llegaren a adjudicarse por falta de licitadores o porque las proposiciones presentadas no se hayan declarado admisibles.

desparezca⁴⁷. En todo caso, el contratista deberá abonar a la Administración los daños y perjuicios que efectivamente le haya irrogado.

Estos incumplimientos, tanto por parte de la Administración como del contratista, pueden, en muchos casos, conllevar la resolución del contrato. Los supuestos legales que motivan la resolución y los efectos de la misma están previstos en los artículos 111, 167 y 169 del TRLCAP, y su declaración requiere la instrucción de un expediente con audiencia del contratista, es decir, se precisa la tramitación de un procedimiento contradictorio⁴⁸ en el que el contratista pueda aportar los elementos de juicio, documentos y demás pruebas que estime oportunas (STS de 7 de marzo de 1997). Cuando la causa de resolución se inste por la Administración sobre la base de un incumplimiento del contratista, la carga de la prueba recae sobre la propia Administración, de manera que no es el contratista el que debe efectuar la prueba negativa de la no comisión o de la inexistencia del hecho imputado (Dictamen del Consejo de Estado de 28 de marzo de 1984). En todo caso, el acuerdo de resolución del contrato contendrá un pronunciamiento expreso sobre la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, se hubiera constituido.

Por último, la subcontratación sólo podrá recaer sobre prestaciones accesorias.

VI. RELACIONES JURÍDICAS ENTRE LA ADMINISTRACIÓN TITULAR, EL CONCERTADO GESTOR Y LOS USUARIOS DEL SERVICIO PÚBLICO LOCAL

En el concierto de servicios públicos locales existe un triángulo en cuyos vértices se sitúan respectivamente la Administración local que concierta, el gestor del servicio concertado y el usuario del servicio. El concierto no excluye el interés directo de la Administración por la marcha del servicio, pues responde de su continuidad, calidad, normalidad y financiación. La titularidad pública del servicio y la conservación de los poderes de policía necesarios para asegurar el buen funcionamiento del servicio fundamentan y justifican la concesión de potestades a las Entidades locales para inspeccionar, controlar y asegurar el cumplimiento de las disposiciones aplicables. La doble naturaleza de la gestión indirecta —pública por su titularidad y privada por su gestión— per-

⁴⁷ El artículo 186 del RGLCAP especifica que el órgano de contratación que hubiese adjudicado el contrato nombrará al funcionario o funcionarios competentes que hayan de desempeñar las funciones interventoras, a cuyas decisiones deberá someterse el empresario durante el período que dure la intervención.

⁴⁸ En el que se ha de otorgar trámite de audiencia al contratista por un plazo de diez días si la propuesta de resolución se presenta de oficio, así como al avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía. Ha de ser objeto de informe del Servicio Jurídico, y si el contratista se opone a la resolución del contrato, se solicitará también dictamen del Consejo de Estado o de los correspondientes órganos consultivos de las Comunidades Autónomas.

mite contemplar en el pliego de cláusulas administrativas medidas especiales de control sobre el funcionamiento del servicio.

Las relaciones jurídicas entre el titular del servicio, el gestor, y los usuarios han venido presididas por los principios de continuidad, igualdad y movilidad o adaptación, es decir, por aquellos principios que son estructurales a la actividad prestacional, sin el cumplimiento de los cuales los servicios públicos perderían sus características esenciales⁴⁹. Estos principios implican obligaciones dirigidas a quienes prestan los servicios públicos, constituyendo al mismo tiempo derechos para los usuarios⁵⁰.

Como consecuencia del carácter esencial que para la vida social suponen las actividades de servicio público, el ordenamiento jurídico exige que sean gestionados con regularidad y continuidad, el servicio ha de ser prestado cueste lo que cueste y contra viento y marea. Los principios de continuidad y regularidad se constituyen en elementos esenciales del concepto de servicio público determinantes de muchas de sus peculiaridades de régimen jurídico, como pueden ser la especial regulación de sus huelgas instaurando la obligación de asegurar unos servicios mínimos; la especial protección que el ordenamiento jurídico otorga a los bienes afectos a un servicio público (inembargabilidad); el régimen especial de quiebras y suspensiones de pagos y el régimen de intervención temporal de la empresa. Todo ello significa que aquellas empresas que tengan encomendada la gestión de un servicio público, no puede suspender su actividad, ni reducirla, ni alterar el plan de prestación establecido, sin el consentimiento de la autoridad administrativa. Y ello, aun en el supuesto de que se produzcan circunstancias sobrevenidas que hagan aquella más difícil o más onerosa⁵¹. La STS de 19 de mayo de 1997 (Ar. 4371) declara que los principios de continuidad y regularidad hunden sus raíces en las exigencias propias del Estado Social, y son predicables tanto de los servicios públicos gestionados directamente, como cuando la gestión tiene lugar de forma indirecta, pues, en cualquiera de las modalidades de gestión elegida por la Administración, le mueve la consecución de un único fin, garantizar al ciudadano una digna subsistencia. El principio de continuidad no implica permanencia, y sus consecuencias, por tanto, estarán en función del servicio al cual se aplique. Su incumplimiento supone para el usuario la posibilidad de exigirlo frente a la Administración, y si le produjese daños podría reclamar responsabilidad patrimonial a la Administración causante de los mismos.

El segundo principio, el de igualdad, se conjuga a través de dos manifestaciones concretas: igualdad en el acceso al servicio público e igualdad de trato por parte del servicio a todos los ciudadanos. Los usuarios han de ser con-

⁴⁹ Así lo señalan J. F. Lauchame, C. Boiteau y H. Pauliat, *Grands services publics*, Armand Colin, París, 2000, p. 273.

⁵⁰ No obstante, dada la diversidad de servicios públicos, a menudo no resulta fácil concretar el alcance de cada uno de estos principios y, por tanto, tampoco sus efectos y consecuencias para los usuarios en las prestaciones concretas. Aunque sean reglas comunes a todos los servicios públicos, éstas no se aplican de forma uniforme, la intensidad variará según las características del servicio.

⁵¹ A final de 1999 la empresa Électricité de France tuvo que restablecer el suministro de energía eléctrica allí donde había sido cortado por los efectos de una fortísima y excepcional tormenta.

siderados iguales para el disfrute de la prestación del servicio público. En el principio de igualdad existe un componente social (no discriminación por razón de origen social) y un componente territorial (no discriminación entre regiones)⁵². La igualdad en el acceso al servicio es posible gracias a su gratuidad, o casi gratuidad, si se trata de servicios públicos sociales, y gracias a la práctica de precios accesibles y «compensados» si se trata de servicios económicos. La prestación del servicio queda así garantizada para todos y en los lugares más recónditos del territorio; lo cual no resultaría posible, evidentemente, si el servicio estuviera sometido a las normas ordinarias del mercado⁵³.

Finalmente, el principio de mutabilidad o adaptación del servicio significa que la autoridad administrativa (titular del servicio) puede y debe modificar la organización y funcionamiento del servicio para adaptarlo a las nuevas necesidades sociales, económicas, técnicas, etc. Supone que el régimen del servicio público puede ser modificado o adaptado de acuerdo con las exigencias del interés general⁵⁴. Ni el gestor del servicio ni los usuarios tienen derecho alguno a que el servicio se mantenga en las mismas condiciones. El Tribunal Supremo ha reconocido reiteradamente estos poderes de la Administración desde su ya clásica Sentencia de 21 de febrero de 1969 (Ar. 544), en la que manifestó que la Administración puede variar las condiciones del contrato salvando el interés del contratista mediante el restablecimiento de un nuevo equilibrio financiero, pues la teoría del contrato de gestión de servicios públicos está presidida por dos ideas fundamentales: primera, que aunque el servicio sea gestionado indirectamente, seguirá siendo un servicio público, por lo que la actividad de la empresa gestora estará sometida a las directrices de la Administración pública y a las normas especiales emanadas de la misma; segunda, los gestores son simples beneficiarios de un procedimiento legal para desarrollar determinadas actividades que los intereses generales requieren, siendo éstos los

⁵² La neutralidad del servicio público es la prolongación de la igualdad e impone a sus gestores la obligación de no discriminar ni tener favoritismos en función del estatus social, las opiniones políticas o las convicciones religiosas de los usuarios del servicio público. La clave del principio de igualdad no se encuentra en la no diferenciación, sino en la no discriminación. El principio de igualdad no implica uniformidad, sino en tratar igual situaciones iguales, ahora bien, como ha venido señalando reiteradamente el TC no hay obstáculos para tratar de forma diferente situaciones que son diferentes, siempre que esta diferencia sea razonable y debidamente justificada. Véanse, entre otras, las SSTC de 10 de julio de 1981, 28 de febrero de 1991 y 22 de enero de 1998, en las que el Tribunal afirma que el principio de igualdad no implica uniformidad u homogeneidad.

⁵³ Se trata de las denominadas «obligaciones de servicio público» exigidas en la gestión de los servicios universales. Se entiende por servicio universal a un conjunto de actividades con una calificación determinada que deben ser accesibles a todos los usuarios con independencia de su localización geográfica y prestadas a un precio asequible. Accesibilidad y precio asequible han de ser fijados por la Administración en función de la evolución tecnológica, de la demanda del servicio en el mercado o por consideraciones de política social o territorial.

⁵⁴ Ahora bien, existen unas condiciones mínimas que deben asegurarse: a) el servicio deberá prestarse con normalidad, de modo que existe un derecho al funcionamiento normal del servicio; b) las modificaciones sólo pueden tener efectos a partir de realizada la adaptación y nunca retroactivamente; c) es evidente que como toda la actividad de la Administración la modificación estará sometida al control de los Tribunales que revisarán si se ha llevado a cabo por la autoridad competente, si se ha desarrollado de acuerdo con el procedimiento legalmente previsto y si la motivación de la modificación efectuada es suficiente y adecuada.

necesitados de protección por encima de cualquier interés de los particulares a quienes se le encomienda la gestión.

El artículo 161 del TRLCAP obliga al contratista a prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones establecidas. Una vez que se han definido y concretado las prestaciones de un servicio público, éstas adquieren exigibilidad jurídica. Ahora bien, para que las prestaciones se conviertan en derechos subjetivos exigibles por parte de los ciudadanos deben incorporarse a alguna norma con rango suficiente para determinar tal efecto.

También obliga el artículo 161 del TRLCAP al contratista a cuidar del buen orden del servicio permitiéndole dictar las oportunas instrucciones para un eficaz funcionamiento⁵⁵. A pesar de que el orden cotidiano o el normal funcionamiento del servicio es obligación del concertado, la Administración concertante no sólo conserva un poder reglamentario de carácter policial, sino un poder interno de dirección que ejercerá mediante circulares y órdenes concretas, así como la potestad de inspección y vigilancia sobre la actividad de la empresa concertada. Pero estas facultades de dirección y control deben extenderse a aquellos aspectos que estén directamente vinculados a la prestación del servicio, y a nada más⁵⁶. Se trata de tipificar exactamente la dirección y los controles posibles para su aplicación a cada servicio público, en concreto, en la forma que resulte más adecuada al mismo.

La situación jurídica de los usuarios de un servicio público es, fundamentalmente, una situación estatutaria, regulada por las leyes y los reglamentos del servicio, tal como nos recuerda el artículo 155.2 del TRLCAP: antes de proceder a la contratación de un servicio público deberá determinarse su régimen jurídico atribuyendo las competencias administrativas y el alcance de las prestaciones. El artículo 106 del TRRL insiste en la misma idea al señalar que los actos de gestión del servicio en sus relaciones con los usuarios estarán sometidos a las normas del propio servicio.

⁵⁵ La STS de 20 de julio de 1996 señala en este sentido que es necesario que el contratista ponga los medios necesarios para que los objetos de su propiedad susceptibles de causar grave riesgo a los usuarios estén debidamente asegurados.

⁵⁶ Gaspar Ariño formuló en su día las actividades que puede llevar a cabo la Administración en el ejercicio de su facultad de dirección y control del servicio, entre otras:

- a) Fijar las condiciones técnicas para cada tipo de servicio, de modo que quede garantizada su seguridad y uniformidad.
- b) Control sobre la adecuación y eficiencia de los equipos o plantas de producción, con potestad para ordenar su cambio o sustitución en los casos de desgaste, obsolescencia o falta de productividad.
- c) Determinar la extensión de las áreas de servicio, con obligación legal de prestación del mismo en condiciones de igualdad para los usuarios.
- d) Composición de un sistema de contabilidad normalizada y de sus reglas de funcionamiento, etc.

Relación recogida del trabajo de J. M. de la Cuétara Martínez, «Aproximación a la regulación de servicio público», capítulo publicado junto a Gaspar Ariño y Martínez López-Muñiz en *El nuevo servicio público*, Marcial Pons-Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1997, p. 97.

La relación del contratista y los usuarios del servicio no es una relación exclusivamente jurídico-privada y, por tanto, sometida únicamente al Derecho privado, sino que, en algunos aspectos, puede ser calificada como una relación de naturaleza mixta: por un lado, contractual, por otro, estatutaria⁵⁷, pues, si bien es verdad que quien gestiona el servicio es un particular, una persona física o jurídica privada, no debemos olvidar que la titularidad del servicio es pública y corresponde a la Administración que deberá responder del mismo.

A pesar de ello el artículo 161 del TRLCAP establece que será responsabilidad del contratista indemnizar los daños que cause a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración. Esta obligación específica del gestor de servicios públicos declarada genéricamente para todo tipo de contratos en el artículo 97 del TRLCAP, ha sido muy debatida por un sector doctrinal⁵⁸, al entender que la Administración no debe desentenderse de los daños que cause la gestión de un servicio de la que es titular. En este sentido, el Tribunal Supremo⁵⁹ ha afirmado que la Administración es responsable de los daños ocasionados, aunque se hayan producido en el giro o tráfico normal del contratista, pues posteriormente podrá repetir, si es el caso, frente al contratista el importe de la indemnización abonada al tercero dañado. La razón que aduce el Tribunal es que la única relación entre el contratista y el tercero que ha sufrido los daños, es la que nace de los daños mismos (STS de 9 de marzo de 1989). Sin embargo, otro sector, tanto juris-

⁵⁷ Sobre la naturaleza jurídica de estas relaciones véanse I. Sanz Rubiales, «Los poderes del concesionario de servicios públicos», *op. cit.*, p. 1072; E. Rivero Isern, *El Derecho Administrativo y las relaciones entre particulares*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1969, p. 134; J. Salas Hernández, «Sobre la naturaleza jurídica de las relaciones entre los usuarios de servicios públicos y las empresas concesionarias», *REDA* núm. 4, 1975, pp. 42 y ss. La tesis de J. Salas pondera los criterios de los partidarios de calificar esta relación como jurídico-privada (por ejemplo, García de Enterría) y de los partidarios de calificarla como jurídico-pública (Rivero Isern). En sentido similar se pronuncia Gariño Ortiz, *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Marcial Pons, 1993, p. 348; una síntesis de ambos planteamientos doctrinales, J. M. Garrido Lopera, *El servicio público de abastecimiento de agua a poblaciones*, IEAL, Madrid, 1973, pp. 271-275.

⁵⁸ Gaspar Ariño, *Economía y Estado: crisis y reforma del sector público*, Marcial Pons, Madrid, 1993, pp. 326-331; F. González Navarro, «Responsabilidad de la Administración por daños causados a terceros por el empresario de un servicio público», *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, núm. 44 y 45, 1976, pp. 215 y ss.; M. Beladiez Rojo, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Madrid, pp. 232 y ss.; A. Canales Gil, «Comentarios al contrato de gestión de servicios públicos (arts. 154 a 170 del TRLCAP)», en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, obra colectiva dirigida por R. García Macho, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 958-959.

⁵⁹ La STS de 25 de febrero de 1998 (Ponente: González Rivas), ante la reclamación de indemnización por los usuarios de un servicio público de los daños producidos en la ejecución del contrato, declara que, «aunque la reclamación efectuada por los perjudicados no fue objeto de resolución expresa por parte de la Administración, ello no excluye el carácter estrictamente administrativo de la cuestión planteada, que afecta a la organización de un servicio público, cuyo directo control sigue correspondiendo a quien ostenta la titularidad del servicio...» «La relación entablada entre el usuario y el contratista no es una relación estrictamente contractual, pues afecta a la prestación de un servicio público». Véanse también las SSTs de 4 de julio de 2002, 2 de diciembre de 2002, 31 de enero de 2003 y 20 de febrero de 2003.

prudencial como doctrinal⁶⁰, considera que al tratarse de una relación jurídico-privada (contratista-tercero dañado), la responsabilidad será civil e imputable exclusivamente al contratista a través de las reglas del artículo 1.902 del Código Civil.

En los conciertos que puedan celebrarse dentro del ámbito sanitario esta cuestión quedó resuelta a través de la Disposición adicional 12.^a de la Ley 30/1992, que en su reforma de 1999 ha establecido:

«La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como las demás entidades, servicios u organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso»⁶¹.

Sin embargo, en los demás sectores donde los conciertos puedan llegar a celebrarse (educación, cultura, deportes, etc.), la responsabilidad no será objetiva, ni el procedimiento administrativo, ni conocerá la jurisdicción contencioso-administrativa a tenor de los artículos 161.c) y 97 del TRLCAP.

⁶⁰ Entre otros, E. García de Enterría y T. R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, t. II, Madrid, 1998, pp. 387-389; R. Bocanegra, «Responsabilidad de contratistas y concesionarios», *REDA* núm. 18, 1978, pp. 397 a 406; J. A. Moreno Molina, *Nuevo régimen de contratación administrativa. Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio*, La Ley, Madrid, 2001, que recoge una amplia recopilación de sentencias sobre este tema.

⁶¹ El subrayado es mío.