

LA GESTIÓN CONTRACTUAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

José Luis Martínez-Alonso Camps

RESUMEN

El objeto de esta tesis es *la gestión contractual de los servicios públicos locales* y es susceptible de desagregar en dos ámbitos. En primer lugar, la expresión *servicios públicos locales* puede identificarse con un tipo concreto de actividad: la *desarrollada* por una entidad pública local, por sí o mediante un gestor contratado, para satisfacer las necesidades de los usuarios, conjunto de personas destinatarias de la misma; *caracterizada* objetivamente por integrar prestaciones técnicas, que reportan utilidades a los usuarios que las reciben; *configurada* bajo criterios de generalidad e igualdad y en unas condiciones de continuidad y regularidad; y *declarada* por la legislación como servicio público local o *asumida* como tal por la entidad en el ámbito de sus competencias.

El segundo ámbito es el de *la gestión contractual* de tales servicios, esto es, la prestación por un tercero contratado por la Administración para desarrollar la actividad antes descrita. Tradicionalmente, han sido objeto de múltiples estudios las diferentes *modalidades contractuales en que se clasifica la gestión indirecta* (concesión, gestión interesada, concierto, arrendamiento y sociedad de economía mixta), unidas todas ellas bajo el denominado contrato de gestión de servicio público (CGSP). Sin embargo, la vinculación entre objeto y contrato, expresada en la referencia común al servicio público, que ha venido rigiendo en España desde el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales 1955 hasta el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011 (TRLCSP), esa mutua dependencia, ha dejado de ser exclusiva desde hace unos años, principalmente por la práctica seguida en ocasiones de subsumir ese objeto en el contrato de servicios en los supuestos en que no se traslada el riesgo en la explotación del servicio al contratista, *tesis restrictiva* esta que

se opondría a la *tradicional* expresada anteriormente. Y es por todo ello que hoy debe hablarse de una *gestión contractual de los servicios* públicos, puesto que el concepto de *gestión indirecta* ha quedado desbordado por la realidad.

La tesis se estructura en ocho capítulos. El primero lleva por título *la polémica en torno a la funcionalidad en el ámbito local del contrato de gestión de servicios públicos y de la concesión, en particular, en el marco de los sistemas locales de bienestar*, y analiza los principio jurídico-políticos que sustentan estos sistemas en el Estado social y el subsistema local definidos en la CE (art. 1.1 y 137), los efectos de la crisis económica y los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local de 2013, aprobada para adaptar el subsistema local a las exigencias de los principios señalados, y la evolución y el estado actual de las competencias de las entidades locales, constatando el desapoderamiento de que han sido objeto los municipios y el debilitamiento de su posición institucional, aunque también la resiliencia que muestran en la defensa de la prestación de los servicios públicos que les son propios y el papel que desempeñan como *agentes de bienestar*. Sigue luego el análisis de la centralidad del concepto de servicio público y su vinculación con la gestión indirecta y el reconocimiento que de ello efectúa la legislación española, y se cierra con el planteamiento de la controversia de las tesis enfrentadas, tradicional y restrictiva, sobre la gestión contractual de los servicios públicos locales y la disociación normativa que esta última supone.

El capítulo segundo, *Derecho comunitario, concesiones de obras públicas y de servicios y su incidencia en la de servicios públicos, y en el contrato de gestión de servicios públicos*, examina esas materias con especial detenimiento en los contenidos esenciales de las nuevas Directivas sobre concesión y contratación pública (2014/23 y 24/UE), y la obligación de transposición de las mismas, para acabar con la mención a las consecuencias del incumplimiento del límite del plazo del 18 de abril de 2016 para hacerlo, y su contextualización en el marco de los Estados miembros de la Unión Europea. Debe significarse que, a fin de cumplir con la referida obligación, se elaboró un primer Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público (ALCSP), el cual fue sometido a información pública en abril de 2015, trámite durante el cual formulé alegaciones en oposición a la propuesta del Anteproyecto sobre la controversia en cuestión. El ALCSP preveía la desaparición del CGSP, articulada a partir de la sujeción a la concesión de la explotación de servicios públicos en que se transfiera el riesgo operacional al contratista, y la subsunción en el contrato de servicios de

aquellos en que no se produzca tal transferencia. Como alternativa a esta subsunción, en las alegaciones planteaba el mantenimiento del CGSP, en sus modalidades de gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta, actualizando su régimen jurídico e introduciendo las exigencias sobre publicidad comunitaria y recurso especial de contratación, dando así cumplimiento a las Directivas y conservando un régimen jurídico unitario para la gestión contractual de los servicios públicos. Posteriormente, y sobre la base de las alegaciones, elaboré el artículo «Modificación de la Ley de Contratos del Sector Público y gestión de servicios públicos locales: propuestas y alternativas», que fue publicado en la *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 40 (octubre 2015). A finales de octubre de 2015, el Gobierno remitió un nuevo ALCSP al Consejo de Estado para su dictamen preceptivo, que fue emitido con fecha 10 de marzo de 2016 y bajo el número 1116/2015. Entre sus consideraciones es de destacar que el Alto órgano consultivo apreció objeciones esenciales en el Anteproyecto sobre su planteamiento de la dicotomía entre la concesión de servicios y el contrato de servicios, acogiendo argumentos y reproduciendo consideraciones formuladas en mis alegaciones y el artículo antes mencionados.

El capítulo tercero, intitulado *la gestión contractual de los servicios públicos: regulación actual y futura*, describe los dilemas y los conflictos normativos en torno a esa gestión en el marco del TRLCSP/2011, y formula las diferentes propuestas sobre la nueva regulación que debe llegar tras la transposición de las Directivas, para cerrar con el planteamiento de las opciones sobre la gestión contractual de servicios públicos que efectúa el ALCSP de octubre de 2015, en favor de la concesión y del contrato de servicios.

El capítulo cuarto, el más largo, analiza pormenorizadamente *la configuración en el ALCSP del contrato de concesión de servicios y la subsunción de la gestión de servicios públicos en que se transfiera el riesgo operacional al concesionario*, incluyendo todos los preceptos que directa o indirectamente regulan dicho contrato en el Anteproyecto, comparándolos con los del TRLCSP vigente, referidos genéricamente al CGSP, y completando el estudio con el de las demás determinaciones que resulten de aplicación, ya sea en ejecución de la legislación local, básica o autonómica, ya de otras fuentes normativas.

El capítulo quinto se detiene en el correlato del anterior, *la configuración en el ALCSP del contrato de servicios y la subsunción de la gestión de servicios públicos en la que*

no se transfiera el riesgo operacional al contratista, y revisa la exigua regulación que le dedica, completándola con consideraciones sobre los requerimientos que tal objeto demanda, y un estudio sobre la novedad relativa a las especialidades de los *contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos*, para concluir con el análisis de la insuficiencia de las determinaciones del contrato de servicios en relación con la gestión de servicios públicos, atendidas las disfunciones y omisiones advertidas en su regulación.

Después de haber analizado las propuestas normativas del ALCSP y sus disfunciones, se plantean las alternativas posibles y lo que, de *lege ferenda*, se considera como imprescindible: *un régimen jurídico unitario de la gestión contractual de los servicios públicos locales y la regulación de las concesiones de servicios*, que integra el capítulo sexto. La primera alternativa parte de una configuración de los contratos de concesión que, sobre la base de la transferencia del riesgo operacional al contratista (ex Directiva 2014/23/UE), diferencia su régimen jurídico en función de si el objeto contractual es un servicio público o no, y se debe complementar con la regulación del contrato de gestión de servicio público, reservado ahora para los supuestos en que no se transfiera el riesgo operacional al contratista, y cuyas modalidades son la gestión interesada, el concierto, la sociedad de economía mixta y el arrendamiento, convenientemente actualizadas con las exigencias de la Directiva 2014/24/UE, referidas al contrato comunitario de servicios. El análisis de esta primer alternativa muestra, a mi juicio, que es posible la conciliación entre estas exigencias y el CGSP actualizado, lo que acredita su funcionalidad, y todo ello con un régimen jurídico que conserva su unidad, imprescindible para garantizar los derechos de los usuarios, las potestades de la Administración y la continuidad y regularidad de los servicios públicos en el marco del Estado social. Viene luego la segunda alternativa, que supone la opción en favor de los contratos de concesión de servicios y de servicios y la necesaria aprobación de un nuevo régimen legal de los servicios públicos, cuyo estudio revela, en mi opinión, que, además de provocar un conflicto normativo con las previsiones recogidas en la legislación vigente, una de dos: o no garantizaría los derechos de los usuarios y los principios de continuidad y regularidad de los servicios públicos o, de hacerlo gracias a la aprobación de un nuevo régimen legal de éstos que complementara la regulación del contrato de servicios, acabaría reconstruyendo materialmente el contrato de gestión de servicios públicos, lo que es un argumento más en favor de la primera alternativa.

El capítulo séptimo se titula *el período transitorio: el efecto directo de las Directivas comunitarias y sus consecuencias respecto de la gestión contractual de los servicios públicos locales*, y ha resultado necesario atendido el vencimiento del plazo de abril de 2016 sin haberse verificado la transposición de las mismas. Para determinar esas consecuencias se analizan, sucesivamente, la primacía del Derecho comunitario y la caracterización de ese efecto directo, concretado en las determinaciones cuya formulación sea clara, precisa, completa e incondicional, y cuáles son las aplicaciones concretas de las Directivas 23 y 24 que los operadores jurídicos han de observar indefectiblemente, distinguiendo ese efecto directo respecto de las concesiones de servicios públicos locales, de un lado, y de la gestión de los otros servicios en la que no se transfiera riesgo operacional, de otro.

En el capítulo octavo se incluyen las *conclusiones* que, en número de 48, se agrupan de manera correlativa a los capítulos de la tesis, para facilitar su contextualización. Finalmente, el capítulo noveno, sobre las *experiencias de contraste*, responde al objetivo de la dimensión empírica con el que se quería cumplir, mediante el examen de casi un centenar de supuestos, que complementan los citados a lo largo de los capítulos anteriores, ejemplos todos ellos extraídos de la realidad, a partir de la jurisprudencia, la reproducción de anuncios publicados en los diarios oficiales y la mención de otros datos recopilados de las consultas efectuadas a las páginas web de entidades locales, en particular, a su *perfil de contratante*. Con ese análisis he intentado observar las exigencias propias del Doctorado en Derecho y Ciencia Política, sobre la base de la opinión largamente sostenida de la complementariedad de las aproximaciones jurídica y politológica, esta también en sus vertientes referidas a la Ciencia de la Administración y a la Gestión Pública.

Presentada la tesis a inicios de septiembre de 2016, el ALCSP no había podido ser tramitado como proyecto de ley ante las Cortes Generales al hallarse el Gobierno en funciones y no resolverse la investidura gubernamental tras las dos citas electorales de diciembre de 2015 y junio de 2016, lo que, al cierre del texto en la fecha indicada, dejaba abierta la cuestión, a cuyo debate espera contribuir; debate que se reabriría en noviembre de 2016 con la aprobación por el Consejo de Ministros del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público y el inicio de su tramitación parlamentaria, a día de hoy todavía no finalizada.