

LA ORGANIZACION Y LAS FORMAS DE GESTION DE LOS SERVICIOS EN LOS ULTIMOS CINCUENTA AÑOS

Por

LUIS MORELL OCAÑA
Catedrático de Derecho Administrativo

SUMARIO: I. PERMANENCIA DE LA NORMA Y TRANSFORMACIÓN DEL ENTORNO: 1. *Las leyes de la década de los cincuenta: una creación que perdura.* 2. *Desrealización del entorno: el papel del Estado y el de la sociedad civil.* 3. *De la centralización económica a la economía de mercado.*—II. LA GRAVITACIÓN HACIA FÓRMULAS DE COOPERACIÓN: 1. *Del paradigma de la contraposición de intereses al de su complementariedad y paralelismo.* 2. *El Consorcio y su clarificación paulatina:* a) El sentido tácito de las figuras consorciales. b) Los Consorcios administrativos. 3. *La Mancomunidad de Municipios.*—III. LA EVOLUCIÓN DE LAS FORMAS DE GESTIÓN DIRECTA: 1. *La gestión indiferenciada.* 2. *La fragmentación de la estructura: la distinción entre núcleo y halo de la organización:* a) Núcleo y halo en las organizaciones empresariales. b) La fragmentación de las estructuras de la Administración Pública: la descentralización por servicios. c) Las Fundaciones.—IV. LA GESTIÓN INDIRECTA Y SUS FORMAS: 1. *La concesión de servicios.* 2. *La gestión interesada.* 3. *El concierto.* 4. *Arrendamiento.* 5. *La empresa de economía mixta.*—V. LOS SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL: 1. *Delimitación de su ámbito.* 2. *Intervención pública.* 3. *El servicio universal.*

ABREVIATURAS EMPLEADAS:

- CCo = Código de Comercio de 22 agosto 1885.
CE = Constitución española de 27 diciembre 1978.
LCAP = Ley de Contratos de las Administraciones Públicas 13/1995, de 18 mayo.
LEC = Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 febrero 1881.
LHL = Ley de Haciendas Locales de 28 diciembre 1988.
LOFAGE = Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado 6/1997, de 14 abril.
LRBRL = Ley de Bases del Régimen Local de 2 abril 1985.
LRJ-PAC = Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 26 noviembre 1992.
RCE = Reglamento General de Contratación del Estado de 25 noviembre 1975.
RSCL = Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 junio 1955.

I. PERMANENCIA DE LA NORMA Y TRANSFORMACIÓN DEL ENTORNO

1. *Las leyes de la década de los cincuenta: una creación que perdura*

La década de los cincuenta, en la que nace la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, constituye un tiempo *de configuración*; una época de progreso, creadora, que engarza con vivencias sociales existentes y sortea el obstáculo que pueda llegar a suponer la falta de adecuación a otros sectores, más trascendentes, del Derecho Público. Las décadas que siguen constituyen años en los que el Derecho Administrativo español vive de una *herencia* y la incrementa. El estamento de juristas que aflora desde aquellos primeros números de la REVISTA va aportando una teoría y una legalidad positiva en la que, desde luego, hemos seguido desenvolviéndonos; continuidad que incluso permitió, cuando en 1978 llega la Constitución, infundir un significado diferente a las figuras jurídicas, *transfigurarlas para que ocuparan un papel destacado en el nuevo orden constitucional*.

Hay, además, una permanencia de la normativa, en tanto se va transformando el entorno en que la misma se ha venido moviendo. La organización de los servicios públicos, a la altura de 1950, se expresa en unos trazos que aparecen —el mejor de los ejemplos que puedan ponerse— en el RSCL, que se aprueba en 1955. Ha sido, en algunas ocasiones, amenazado por retoques o derogaciones en su conjunto. Pervive, sin embargo, aportando un esquema de las formas de gestión de los servicios públicos que aún está en vigor. Sobre ese esquema hay algunos retoques que están, por ejemplo, en la legalidad de los contratos administrativos, cuyos hitos fundamentales están en los años 1960, 1965, 1975 y 1995.

2. *Desrealización del entorno: el papel del Estado y el de la sociedad civil*

La permanencia de las formas, su reiteración como *invariante*, no impedirá apreciar un fenómeno de desrealización de ciertos rasgos que han venido dominando el entorno en que se produce la gestión de los servicios públicos. Hay un flujo que va desde la posición absorbente del Estado, al principio, hasta otra situación en la que se da una responsabilidad compartida entre los poderes públicos y la sociedad civil, desde el punto de vista de las necesida-

des colectivas. Al principio de este medio siglo, el paisaje nos muestra el apogeo de la «modernidad», lo que supone el papel de monopolio del Estado: hay que referirle la titularidad y la responsabilidad en la satisfacción de las necesidades colectivas, quedando desdibujadas las instituciones intermedias entre aquél y el individuo. Hay una dualidad radical entre el Estado, que monopoliza el interés general, y la sociedad civil, que se dedica a la consecución de sus intereses particulares. La evolución va haciendo añicos esa dualidad, superándola, y buen ejemplo de ello son estos cincuenta años.

Desde entonces hasta ahora, uno de los rasgos distintivos es, precisamente, el de que ascienden hasta el ámbito de la gestión de los servicios públicos un conjunto de estructuras sociales que no sólo articulan la convivencia, sino que además toman un papel activo en el desenvolvimiento de las necesidades colectivas. El Estado va pasando, paulatinamente, a otra posición en la que le corresponde una función directiva, de arbitraje y, en su caso, subsidiaria frente al resto de las estructuras sociales y políticas; que han tenido, finalmente, una consagración constitucional en el *Título VIII*. Va emergiendo un sistema en el que cada uno de los poderes públicos y entidades administrativas toma su cuota no sólo de autonomía, sino también de responsabilidad social y política: cada una de las colectividades territoriales asume la responsabilidad de prestación de los servicios propios de la colectividad en que se integra.

El progreso en la modernidad era cosa del Estado; la postmodernidad va reencontrando a la sociedad civil. Estos cincuenta años han puesto de relieve algo a lo que se ha de hacer referencia: cada vez menos, el poder público puede hacerse responsable ante la sociedad civil de la protección de todos los intereses generales; y la sociedad civil ha de hacerse presente, concretamente, en la gestión de los servicios públicos. La concurrencia de la sociedad civil supone la incorporación de una capacidad creadora que, hasta entonces, permanecía olvidada. Se produce el tránsito desde una situación en la que el Estado, en soledad, hace frente a los monopolios naturales a otra en la que la sociedad civil aporta ahora la idea de la concurrencia, la competencia para resolver problemas en los que el Estado se ha considerado fracasado o incapaz de resolver, en el campo de los servicios públicos.

La expresión más plástica de ese tránsito radica en la reconducción de la idea clave —el servicio público supone un monopolio *de iure* a favor del poder público— a una distinta situación en la que la CE va dando paso a la libertad y derechos de los particu-

lares a implantar y desenvolver actividades de servicio público. Así, se desarrolla la noción del servicio público: subjetivo (actividades que ha *asumido* la Administración, según la dicción de la LCAP) y objetivo (abiertas también a los particulares: sanidad, educación, suministros, etc.).

3. *De la centralización económica a la economía de mercado*

Si la centralización decimonónica era predominantemente administrativa, a comienzos de este medio siglo estaba en vigor otra más: la *centralización económica*. La planificación económica vendría a ser —como pondría de relieve MANHEINN— un instrumento en el que se hace patente el diseño del Estado contemporáneo de hacer frente a nuevos grupos de poder que le disputan en el terreno económico su supremacía jurídica y política; desde esta perspectiva, la planificación viene a ser —y así lo expresa MANHEINN— una operación equivalente a la acción militar desarrollada por el Estado al filo de la Edad Moderna, a fin de reducir a los grupos y señores que le disputaban el monopolio de la coacción y del Derecho; operación culminada con la centralización de estos poderes en las manos del monarca absoluto. Junto a esta vertiente del problema hay otra más, genuinamente organizativa, resuelta prácticamente a través de la polémica levantada por las aportaciones de LANGE y de DOBB hace cerca de cincuenta años, a las que hicieron oposición ardorosa VON MISES, HAYEK y ROBBINS. En síntesis, lo que se opone —como principios articuladores de la actividad económica— son las *ideas de mercado y de plan*. Durante el siglo XIX, la actividad económica ha encontrado en el mercado su eje articulador; en él, y en sus mecanismos institucionales, parecía producirse el ajuste adecuado entre las necesidades y los bienes, entre productores y consumidores. El mercado realizaba las dos funciones básicas de ajuste de la producción a las necesidades y la de óptima distribución de los recursos. Mas, de pronto, se empiezan a apuntar defectos a la institución y empieza a cifrarse en la idea de plan el más alto índice de racionalidad económica: en el plan —apuntaban sus defensores— pueden preverse de modo exacto las necesidades y evaluarse correctamente los recursos con que para satisfacerlas se cuentan. La distribución de las rentas puede ser, asimismo, regulada de modo acorde con los principios de política social a través del plan económico.

Sin embargo, el potencial de los Estados ha sido, una y otra vez, desbordado por la magnitud de las necesidades públicas; el

Estado no es capaz de hacer frente al reto de esas necesidades, porque no tiene estructura bastante para asumirlas. Y, además, los presupuestos de los Estados no resisten el peso de los gastos correspondientes de inversión y mantenimiento. Estamos en una situación en la que, desde actividades tan característicamente estatales como la seguridad pública o el correo, se pasa a otras en las que la colaboración de los particulares se hace indispensable: para mantener la seguridad pública, para establecer sistemas de comunicación adecuados a la sociedad presente, o para producir la energía necesaria en las sociedades de nuestro tiempo. No sorprenderá, entonces, que en actividades que, antes y durante 1950 y los años siguientes, eran un característico servicio público —incluso un *servicio de soberanía*— sea el propio legislador el que retire la expresión «servicio público» y dé paso a la concurrencia de los particulares.

La salida es, entonces, la de la abdicación del Estado de una serie de servicios públicos que no puede llevarlos, o no puede llevarlos por sí solo. Es ahí en donde se inscribe el fenómeno de la *privatización de actividades prestacionales*: es la sociedad, es el empresariado, el que toma su cuota de responsabilidad y el Estado ha de dejarle paso, no ya por razones ideológicas, sino que es la inmediata exigencia. Esta dimensión práctica del problema nos pone delante la polarización existente en los años cincuenta hacia la monopolización, por parte del Estado, de las actividades de servicio público; y, ahora, la injerencia positiva de un sistema concurrencial en el que la sociedad civil, a través de sus actividades empresariales, va haciendo frente a sus propias necesidades, con las limitaciones que hayan de aceptarse. La concurrencia se instala en el campo de las actividades económicas —allí donde pisaba con mayor fuerza la noción del monopolio *de iure* a favor del Estado— y, en los mercados delimitados, el Estado pasa el testigo y su responsabilidad al «operador dominante», que gestiona ese mínimo vital que engloba la noción de *servicio universal*.

II. LA GRAVITACIÓN HACIA FÓRMULAS DE COOPERACIÓN

1. *Del paradigma de la contraposición de intereses al de su complementariedad y paralelismo*

La ordenación de las instituciones, tanto en el Derecho Público como en el Privado, se ha realizado desde una óptica que sólo permite apreciar las situaciones en que los intereses de cada sujeto

están en situación contrapuesta, de mutua oposición entre sí. El paradigma de los *intereses contrapuestos* ha estado omnipresente en la ordenación de las instituciones durante largo tiempo, no dejando margen para la apreciación de cualquier evidencia distinta que proporcionara una base de configuración a las instituciones. Se explica, así, que la teoría general del Derecho haya ido dibujando las situaciones jurídicas subjetivas a partir del esquema de la *contraposición*: unas activas —potestad, derecho subjetivo, facultad— y otras pasivas —sujeción, deber, obligación, carga—, de modo que reflejen, lo más nítidamente posible, los intereses contrapuestos de los correspondientes titulares. El paradigma de la contraposición de intereses, como clave única de construcción de las instituciones, ha estado presente en el Derecho Público con mayor violencia, si cabe, que en el Derecho Privado. Ello porque aquí la contraposición lleva además a una jerarquización rigurosa, de modo que, siempre y en todo caso, pueda otorgarse una primacía al interés público sobre los intereses particulares. Una segunda dimensión del problema se presenta cuando el Derecho Administrativo ha de resolver sobre la dualidad interés nacional-intereses locales al configurar el Régimen Local contemporáneo desde 1812 en adelante. Los entes locales quedan reducidos a la situación de tutela administrativa; se les otorga una condición jurídica equivalente a la del menor de edad; de este modo, su voluntad no puede cobrar una expresión contraria a los intereses generales, de que es portadora la Administración del Estado.

La vida real, no obstante, proporciona la certidumbre de que, en multitud de ocasiones, el interés de cada uno se satisface con el concurso propio y de otro u otros portadores de intereses distintos. Es esa certidumbre la que va permitiendo romper el cerco tendido por la dogmática al imponer el predominio absoluto del paradigma de la contraposición de intereses. Predominio que dejaba en una zona de oscuridad toda una gama de figuras contractuales que, como ocurre con el contrato de sociedad en sus diversas variantes, sólo mediante una distorsión de su funcionalidad en la vida real tendría cabida en el esquema de la contraposición. Además, la situación se presenta bien diferente cuando la unidad de la Administración Pública ha de ser fruto de la gravitación de una pluralidad de voluntades, de sujetos, no relacionados entre sí por un vínculo de obediencia jerárquica. El simplismo del sentido del *mando directo* ha de dejar paso a otros mecanismos que aseguren el funcionamiento regular de la estructura y la consecución de los objetivos que le son propios; esto es, los intereses de que es portador cada uno y el interés que es común a todos. Por de pronto, la

solución pasa por la concurrencia de una pluralidad de voluntades, y se trata de prever ordenaciones que permitan la suma y no la contraposición de las mismas. En la medida en que el Derecho positivo —la Constitución— garantiza a cada colectividad territorial la satisfacción de sus propios intereses, las situaciones de homogeneidad y complementariedad de éstos habrán de quedar resueltas mediante la colocación de voluntades y esfuerzos en situación de homogeneidad o complementariedad.

Se comprenderá, entonces, que, en el campo de la gestión de los servicios públicos, vayan paulatinamente tomando un predominio las distintas *fórmulas asociativas y de cooperación*. Si se avista la problemática en los diversos niveles territoriales, se podrá observar con claridad el predominio de una institución que, al hilo de 1950, aparecía como lejana y extraña a nuestro Derecho Administrativo; esto es lo que se puede afirmar de la que, al menos a nivel de legalidad, parece la institución más ampliamente acogida, que es la del Consorcio. Desde el RSCL pasó a legalidad básica del Régimen Local, y después a la LRJ-PAC, situándose en ella como el centro de gravedad del sistema de colaboración, mediante acuerdos o convenios entre Administraciones Públicas.

2. *El Consorcio y su clarificación paulatina*

a) *El sentido tácito de las figuras consorciales.*

La teoría del Derecho Civil ha encontrado un hueco en la codificación, en relación con las tradiciones institucionales en que se inscribe. Ese hueco se sitúa entre la comunidad de bienes y la sociedad civil. Existe un pensamiento común que, posiblemente, reflejaba la *Enciclopedia Jurídica Española*, cuando define el Consorcio como

«relación de los que están en Sociedad o Compañía, teniendo, pues, una suerte común, bien en un determinado negocio, bien en el sistema completo de la vida».

En la teoría mercantil, el Consorcio constituye una expresión más liviana de las formas de uniones de empresas. Precisamente desde esta perspectiva, observó el Consorcio el Código Civil italiano y la teoría correspondiente: el Consorcio vendría a ser una forma de concurrencia que, desde la perspectiva del mercado, puede

generar problemas de limitación de la competencia. Entre las especies de unión, J. GARRIGUES se refería a los Sindicatos o *Cárteles*, los Consorcios y los *Trusts*. Los Consorcios vendrían a constituir uniones de tipo transitorio, a los efectos de realizar en común una tarea concreta y determinada. Sin embargo, los Consorcios no han acabado teniendo, en nuestra teoría mercantil y, en general, económica, un perfil acabado. Las formas de concentración de empresas mercantiles han sido examinadas desde la perspectiva de su incidencia en el sistema fiscal o en el mercado.

No hay, por ello, en la realidad jurídico-administrativa española una figura de rasgos tan borrosos e inseguros como la del Consorcio. Tomemos como hilo conductor el dato de esa carencia de una regulación detallada que se señala. Incluso la propia integración de la Administración estatal o paraestatal en los Consorcios, que ha sido la verdadera justificación práctica de la figura, ha sido fruto de una legitimación oblicua (habilitación legal, por ejemplo, para el otorgamiento de una subvención con destino a una obra o servicio de interés local, la que se aprovecha para la constitución del Consorcio). No era tarea fácil, además, esclarecer el sentido tácito de la institución consorcial, mediante un esfuerzo de construcción a cargo de la doctrina, porque la propia figura no ha llegado a decantar con unos contornos precisos allí donde se la ha venido conociendo. Incluso hay profundas diferencias entre los consorcios mercantiles y los Consorcios de Derecho Local italiano, por señalar tan sólo los dos principales focos desde los que se han querido esclarecer los rasgos del Consorcio local español.

Sin embargo, la institución consorcial aparece una y otra vez en la vida real. Más aún, puede decirse que es en ella, antes que en la legalidad positiva, donde los Consorcios han venido encontrando su propio desenvolvimiento conceptual, donde día a día van ganando uno tras otro sus rasgos caracterizadores. Fenómeno éste que no debe sorprender a nadie, puesto que así han nacido o se han consolidado tipos jurídicos que no tenían en la ley, a veces, nada más que un modesto e intuitivo diseño, y a veces ni eso. Y es que, como ocurre en nuestro caso, son necesidades generales, sentidas con la tenacidad de lo cotidiano, las que vienen a cubrir la institución que arroja la práctica jurídica antes de que los teóricos se pongan de acuerdo; y antes de que el legislador la consagre de modo pleno y definitivo.

b) *Los Consorcios administrativos.*

El *principio consorcial* se manifiesta en la organización administrativa en estas dos direcciones: como vinculación estable entre Entidades administrativas y como institución en que se insertan los particulares, y el Derecho positivo le otorga, en ocasiones, la cualidad de Entidad Administrativa (*art. 7 LRJAP*). La doctrina destaca, además, *el carácter instrumental de la organización constituida: la coordinación o sustitución de las actividades de los miembros integrantes*. Se define este rasgo a través de estas dos afirmaciones: primera, la constitución del Consorcio no lleva consigo la aparición de un *fin* nuevo y distinto del que los miembros se proponían antes de la creación. Cuando se constituye una sociedad, los socios asumen un fin nuevo y distinto, la obtención de un lucro; en el Consorcio, en cambio, no hay otros fines que los que ya perseguían las entidades que se unen: el Consorcio, simplemente, se constituye para hacer más fácil su consecución; y segunda, la realización en común de la actividad que a cada ente corresponde. En el Consorcio, cada sujeto sigue ejerciendo las facultades que le corresponden. Tales facultades, sin embargo, obtienen una mayor viabilidad o eficacia porque la organización consorcial realiza una tarea de *coordinación* entre ellas, o *asume* una parte por *sustitución* de los miembros. Se predica, no obstante, del Consorcio que esta sustitución se refiere a aspectos accesorios de la actividad de los sujetos que lo constituyen.

El patrimonio social, esto es, la cobertura patrimonial de la actividad consorcial, constituye otro de los elementos objetivos, precisamente uno de los peor resueltos por el Derecho positivo. Si en los Consorcios locales la ley ha terminado asimilando la Hacienda consorcial a la de otros entes locales (concretamente a la de las Mancomunidades municipales), en los demás casos no existen reglas generales y las particulares de cada ente hay que completarlas, frecuentemente, mediante integraciones analógicas: recurriendo bien al ordenamiento patrimonial del Estado, bien, pese a las diferencias del tipo, al ordenamiento de las sociedades. En principio, se observa, sin embargo, una diferencia fundamental: la aportación de bienes al patrimonio social no es aquí, y sí en la sociedad, un elemento esencial del negocio o acto constitutivo, sino solamente un elemento accidental. Como consecuencia, en la sociedad *la aportación* da derecho a integrarse como socio y asumir un catálogo de derechos y obligaciones; aquí, en cambio, la integración es un derecho o deber que se posee con carácter previo;

y, una vez integrado, el miembro tiene el deber de aportación. En último término, la aportación tiene por objeto el cumplimiento de una finalidad social, nueva y distinta, asumida por la sociedad: la obtención y reparto de un lucro o ganancia; aquí, en cambio, la aportación tiene por objeto el sostenimiento de una actividad que no es nueva ni distinta, sino que ya estaba contemplada por el ordenamiento y asignada a los miembros integrantes.

Tres notas permiten caracterizar la actividad consorcial: el ámbito, la titularidad en que se basa y la imputación de sus efectos. El *ámbito* lo constituyen «los servicios que se le encomienden» mediante acuerdo de los entes consorciales; en la gestión de estos servicios el Consorcio podrá utilizar «cualquiera de las formas previstas en la legislación aplicable a las Administraciones consorciadas» (art. 7 LRJ-PAC). La gestión queda fundamentada en una *titularidad secundaria* que el Consorcio recibe de sus miembros. Estos conservan el título competencial que a cada uno ha otorgado la ley; es decir, la titularidad básica: los poderes y deberes de mayor trascendencia que o no son necesarios para la actividad consorcial (puramente instrumental) o son intransferibles. Es lo que ocurre con las potestades tributaria y expropiatoria, de las que no pueden desprenderse las Entidades territoriales; el Consorcio, sin embargo, podrá asumir la gestión de tributos ya acordados o ser beneficiario en la expropiación. En todo caso, la titularidad secundaria creada en favor del Consorcio legitima para actuar por *sustitución* (art. 40 RSCL); es decir, genera una legitimación para que el consorcio actúe en su propio nombre, *aunque imputando los efectos jurídicos finales en la esfera de las entidades sustituidas*.

El ordenamiento vigente contiene dos prescripciones concretas, que no impiden considerar otras posibilidades de vinculación consorcial. Por una parte, el ya citado artículo 7 LRJ-PAC se refiere a Consorcios que puedan constituirse como instrumento de ejecución de convenios de colaboración suscritos entre el Gobierno de la Nación y los órganos de gobierno de Comunidades Autónomas: la organización común que se constituya «podrá adoptar la forma de consorcio dotado de personalidad jurídica». La LRBRL se refiere al otro supuesto: «las Entidades Locales podrán constituir consorcios con otras Entidades públicas para fines de interés común, o con otras Entidades privadas sin ánimo de lucro que persigan fines de interés público, concurrentes con los de las Administraciones Públicas» (art. 87). Recoge, de este modo, el legislador local un supuesto al que ya hizo un hueco el *Reglamento de Gestión Urbanística, de 25 de agosto de 1978 (arts. 12 y ss.)*. A los efectos de la gestión urbanística, la técnica consorcial se abría a la integración,

junto a la Administración, de particulares en una situación de paralelismo de los respectivos intereses. La LRBRL ha limitado el supuesto, como acaba de comprobarse, a las entidades privadas sin ánimo de lucro. De ese modo se impide una evolución beneficiosa para la técnica consorcial; evolución que hubiera podido realizarse en paralelo con otras técnicas como es la fundacional, en este caso sí que ceñida a los particulares sin ánimo de lucro.

3. *La Mancomunidad de Municipios*

Es la Mancomunidad de Municipios la que proporciona, realmente, la directriz para que nuestro Régimen Local supere una ruptura que la propia realidad local provocó a comienzos del siglo XIX; las Mancomunidades tienen la posibilidad y, en este momento, son una realidad ya tangible de reforma silente de nuestro Régimen Local. Bastará, en este sentido, tener en cuenta, como señalará el estudio exhaustivo de Juan D'ANJOU, un crecimiento intenso que, en la actualidad, supone su extensión en más de diecisiete millones de personas. Desde el punto de vista de las instituciones municipales, el 43,43% de los Municipios de menos de 5.000 habitantes están mancomunados. Ello supone 3.019 Municipios, de los 6.952 que cuentan en esta población. Entre 5.000 y 20.000 habitantes hay 845 Municipios, de los que 433 están insertos en alguna Mancomunidad; ello supone el 51,24% del total de estos Municipios. En los Municipios con población situada entre los 20.000 y 50.000 habitantes, están insertos en Mancomunidades el 46,82% del total: 81 de los 173 Municipios existentes. Los Municipios que cuentan con más de 50.000 habitantes y menos de 100.000, están mancomunados en el 58,93%: 33 de los 56 Municipios existentes. Finalmente, los Municipios cuya población está entre 100.000 y 500.000 habitantes, se mancomunan en el 42,86%: 21 de los 49 Municipios situados en este nivel. Las Mancomunidades no pierden su trascendencia cuando la población municipal es más alta. Los Municipios son muchos menos, pero la mancomunicación se observa en cantidades lo suficientemente amplias. Estamos en una situación en la que, en orden a la realización de servicios de la competencia municipal, las Mancomunidades Municipales se constituyen para una media de casi 31.000 habitantes, por Mancomunidad. La media de Municipios asociados en una Mancomunidad es la de 6. Ello nos proporciona un perfil de la evolución de nuestro régimen municipal. Frente al esfuerzo del legislador señalando modos de integración de los Municipios, dotados de

la significación de la comarca o el área metropolitana, resulta que, frente a la casi marginación de la primera y la total marginación de la segunda, 3.589 Municipios, de los 8.081 existentes, se han insertado en alguna Mancomunidad. Es decir, el 44,41% del total de nuestros Municipios. Así se va dando vida a un tejido jurídico-administrativo realmente imprevisto por el propio legislador. A lo que ha de sumarse el ya notado despliegue de la institución consorcial.

El esquema habitual sobre el que reposan las Mancomunidades encuentra su centro de gravedad en un órgano representativo, integrado por miembros procedentes de los Municipios integrantes. Cada Entidad otorga su propia representación, la que aparece vinculada por el clásico mandato imperativo y sujeta a las oportunas instrucciones. Los representantes deben ser, además, miembros del correspondiente Ayuntamiento. Elegidos por el propio Pleno municipal, habría de cuidarse que, en la representación, haya un porcentaje correspondiente a las minorías.

Las competencias de las Mancomunidades deben establecerse en la norma estatutaria. Adviértase que los Estatutos son expresión del principio de especialidad; es decir, miden los fines a que se refiere la Mancomunación; miden, por ello, la capacidad. Ello no impide que los Municipios integrantes puedan añadir legitimaciones concretas, derivadas siempre, sobre problemas instrumentales (determinadas potestades que se deleguen) o de fondo, mediante la creación de legitimaciones derivadas (por ejemplo, facultades de goce sobre determinados bienes). En último término, la interpretación de la norma estatutaria puede hacer llegar a situaciones en las que los poderes se hayan de considerar inherentes. La cuestión a plantear es la del alcance que tenga la transmisión de competencias municipales y la correlativa renuncia; cuestión que ha de resolverse en el sentido de que la disposición y, por consiguiente también la revocación, sigue siendo problema de cada Municipio: con independencia de que una revocación de las delegaciones o encomiendas tenga resultados perjudiciales para los otros Municipios, de los que habrá de hacerse cargo el propio Municipio que abdique.

Junto a la atribución, en las normas constitutivas, las Mancomunidades son susceptibles de conseguir apoderamientos mediante otros negocios jurídicos. Fundamentalmente, las distintas modalidades de transferencia de atribuciones, que figuran en los tipos de delegación o encomienda. Esas competencias planean sobre el conjunto de materias que recoge el artículo 25.2 LRBRL; materias sobre las que el legislador sectorial habrá configurado las

competencias atribuidas al Municipio. Convendrá tener en cuenta, de acuerdo con la práctica habitual, la posibilidad de que se incorpore a la Mancomunidad la Diputación Provincial correspondiente, o Entidad equivalente. En tal caso, la Entidad territorial superior aportará funciones, sobre todo la de cooperación, que, en el seno de la mancomunación, puede hacerse más eficaz. La cobertura estará radicada en el patrimonio y la hacienda que tenga la Mancomunidad. Los bienes patrimoniales pueden aportarse, por los Municipios, a través de titularidades instrumentales, efectos de negocios jurídicos sobre los mismos, o fiduciarias. La noción es la de que, en esencia, no se desvincula el bien patrimonial ni el Municipio de procedencia. Desde el punto de vista de la hacienda de la Mancomunidad, la cuestión fundamental radica en el ejercicio de las potestades expropiatoria y tributaria. En relación con la primera, el ejercicio de los poderes será, en principio, del propio Municipio afectado. Y la potestad tributaria ha llegado a plantearse en relación con las tasas, las contribuciones especiales y los precios, públicos y privados. Es lo que puede desprenderse de una interpretación de los *artículos 133 y 135 LHL*.

III. LA EVOLUCIÓN DE LAS FORMAS DE GESTIÓN DIRECTA

1. *La gestión indiferenciada*

La legalidad de organización de los servicios públicos que se abre paso a partir de la década de los cincuenta sitúa un énfasis característico en la modalidad de gestión directa que se presenta en forma indiferenciada: la organización en su conjunto absorbe la gestión de servicios concretos, mediante la asignación de tareas a órganos administrativos. Estos gozarían de alguna particularidad desde el punto de vista de la organización, función o cobertura presupuestaria. Sobre todo, si se les asignan actividades empresariales de carácter mercantil, industrial. La fórmula se consagra en la *Ley de Entidades Estatales Autónomas, de 26 de diciembre de 1958*, y en el *Reglamento de Servicios de las Entidades Locales, de 1955*. En la Ley estatal se los denomina *servicios sin personalidad jurídica*. La caída en vertical de esta idea del órgano especial se produjo en la Administración del Estado como consecuencia de que, en primer lugar, era muy difícil asumir la mentalidad y las pautas de conducta de empresa en el interior de una Administración como la del Estado; en segundo lugar, porque era factible la

autonomía técnica y la autonomía funcional cuando los servicios lo precisaban; pero cuando el legislador reafirma sus creencias sobre el principio de unidad presupuestaria, se hace menos viable, en gran parte, la fórmula. Esta mínima diferenciación que supone la configuración de un órgano especial puede ser práctica en las pequeñas Administraciones Locales, sin capacidad organizativa y económica para fragmentarse en trozos, cada uno de los cuales lleve adelante un servicio determinado. El órgano especial resulta, por otra parte, indispensable también en aquellos servicios en que se realiza ejercicio de autoridad, como puede ser la Policía local y el Servicio de extinción de incendios, dado que su funcionariado, al menos, tiene que atenerse a un régimen particularizado.

2. *La fragmentación de la estructura: la distinción entre núcleo y halo de la organización*

a) *Núcleo y halo en las organizaciones empresariales.*

La estructura heredada, basada en el modelo de las organizaciones militar y eclesiástica, es *monolítica*, uniforme, *que se agranda desde el vértice a la base sin soluciones de continuidad*. Una concepción en la que el crecimiento de la estructura es, lisa y llanamente, un alargamiento de la distancia que media entre el vértice y la base, a través de la creación de nuevos escalones intermedios. La problemática que suscita una estructura vertical y monolítica es la de que *la responsabilidad se va trasladando hacia arriba, hacia el vértice*, que es el que concentra poderes de decisión. La búsqueda de la escala adecuada, la *dimensión óptima* para cada actividad, del *aseguramiento del poder de dirección* y de control de los directivos, va llevando consigo una característica fragmentación en las grandes estructuras organizativas. Esa fragmentación se expresa en una *distinción entre núcleo y halo de la organización*. En el *núcleo* quedan concentradas las funciones inherentes a la dirección de la organización. De consiguiente, es en él donde se diseñan e imponen las pautas de comportamiento de la organización en su conjunto. El *halo*, en cambio, se ordena en ámbitos diferenciados de gestión ordinaria y de responsabilidad. La jerarquía se construye depositando en los distintos niveles o unidades productivas un correctivo a su autonomía funcional; ese correctivo tiene por misión el «ajuste de subsistemas» bajo las directrices de la cúpula. El particularismo del halo tiende a cuajar en unidades de gestión que, por una parte, pueda dominar un solo mando; de este modo,

ese mando intermedio recibe las órdenes del núcleo de la organización y responde ante el mismo de su cumplimiento por la unidad gestora. Frente a la vieja concentración de la responsabilidad en las alturas, este fenómeno dispersivo tiende a configurar *niveles intermedios de responsabilidad*, responsabilidad concerniente al mando y actuación de la unidad gestora constituida. De este modo se proporciona, además, *una simplificación de la esfera de actuación de los distintos niveles de mando*, y se adecua a la capacidad efectiva de mandar en cada uno de esos niveles. Se tiende a *corregir*, por ello, *la exageración apreciada en la cabeza de la organización*. Además, se realiza una clarificación de las responsabilidades de la línea de mando, exigibles por el núcleo, al acotarlas y diferenciarlas.

b) *La fragmentación de las estructuras de la Administración Pública: la descentralización por servicios.*

Cuando la fragmentación estructural se plantea en el seno de la empresa, las Administraciones Públicas han recorrido ya un camino, más o menos silente; también en ellas se observa una evolución hacia la distinción neta entre núcleo y halo, al irse abriendo paso la denominada *descentralización por servicios*. Las unidades gestoras que se van sustantivando, al hilo de cada función o servicio que se separa del tronco y recibe una gestión diferenciada, suponen, en un principio, un esfuerzo racionalizador de carácter estrictamente técnico.

Si se contempla, en la perspectiva evolutiva, la problemática de la descentralización por servicios, podremos apreciar que gravita sobre tres alternativas organizatorias que despiertan una viva polémica, tal y como se va sucediendo la legalidad positiva. Estas tres alternativas son: 1.^a) uniformidad *versus* particularismo; 2.^a) generalización de la descentralización por servicios o adopción al hilo de cada caso concreto; 3.^a) régimen público o privado para las entidades instrumentales que se constituyan. En lo que hace a la primera de ellas, hay varias razones que conjuran en favor de la dispersión y el polimorfismo del halo. La sustantivación de unidades autónomas, bajo un solo mando, lleva consigo, según se acaba de notar, una *diversificación gestora*. Los establecimientos se diversifican no sólo a efectos de su gobierno y control, sino con la finalidad de atender a una *especialización de actividades*. No hay, por ello, una sola pauta de configuración del halo, sino varias, según convenga a los objetivos propios de cada unidad productiva.

Es el propio objetivo de eficiencia el que a veces fuerza cambios fundamentales en la concepción del halo de la empresa; hasta llegar, incluso, a la situación en que los fragmentos del mismo —todos o el número que convenga— desaparecen: la organización aligera sus costes prescindiendo de porciones estables de su estructura y, en lugar de ellas, encomienda, subcontrata o concede la gestión a una empresa distinta. Se constata, pues, una tendencia a la reducción de la magnitud de las organizaciones empresariales, generando, a cambio, una constelación de vínculos, más o menos estables, con unidades productivas que se derivan de la principal o que de algún modo quedan subordinadas; pero que funcionan como una organización distinta, con responsabilidad propia, a veces incluso con sus propios accionistas. La búsqueda reiterada de la uniformidad choca, una y otra vez, con el particularismo que necesitan las concretas descentralizaciones que instrumenta el legislador. Puede afirmarse, por ello, que la uniformidad de las entidades que instrumentan la descentralización acaba siendo una utopía; y buen ejemplo de ello es, con probabilidad, la reciente LOFAGE. Es el último de los intentos de uniformización de los tipos, del que luego se van escapando, a partir ya de las Transitorias de la Ley, una serie de supuestos concretos. A pesar de todo, la LOFAGE ha tratado de fijar un perfil en sus aspectos fundamentales, permitiendo luego desarrollos particularistas para cada caso. Es así como dibujan los dos tipos de organismos públicos, por una parte, y la posibilidad de las sociedades de capital público, por otra. La distinción fundamental, entre los organismos públicos, diferencia los tradicionales Organismos autónomos de las Entidades públicas empresariales. En principio, recogería la figura de los Organismos autónomos, a todas aquellas entidades instrumentales cuya organización y actividad pueden acogerse al Derecho Público; es decir, se asimilan al régimen de la Administración centralizada. Junto a los Organismos autónomos, las Entidades públicas empresariales se acomodarían, en su estructura, al Derecho Público y, en su actividad, al Derecho Privado. A notar, sin embargo, que la estructura de las Entidades públicas empresariales descansa sobre el carácter laboral del personal. Y, sobre este molde, habrían de añadirse las figuras que responden a las Administraciones independientes y a la participación, casos en los cuales se amplía este molde.

La segunda de las alternativas distingue entre la *generalización* de las entidades instrumentales o la reserva de la figura para casos concretos y determinados. La LOFAGE parece haber tomado el camino de la *generalización*. Podría, incluso, columbrarse la idea de

que, para el legislador, se trataría de reducir las dimensiones de los servicios centrales de las Entidades administrativas, para colocar la gestión al hilo de las diversas Entidades instrumentales que pudieran crearse. De ese modo, cada una de estas Entidades instrumentales quedaría volcada en los fines que le sean propios y las consiguientes responsabilidades. Parece que la LOFAGE apunta hacia un aligeramiento del componente burocrático de los servicios centrales, la fragmentación en el halo correspondiente, y la individualización de aptitudes y responsabilidades.

En tercer lugar, la polémica queda abierta sobre la ventaja o inconveniente de una adecuación al régimen jurídico público o la adopción de la senda del Derecho Privado. Ha levantado tanta polvareda esta alternativa que parece que simplemente con hacerla mención se tiene bastante. La LOFAGE ha pretendido, en este sentido, despejar algunos de los inconvenientes que venían notándose en la actuación acogida al régimen jurídico administrativo. Sin embargo, el modelo societario tiende a ocupar un espacio creciente. Los argumentos se agolpan, en un instante en que parecen haber hecho crisis los parámetros estables del paradigma desde el que se levanta la construcción *objetivada* del Estado: crisis de sus aptitudes gestoras, de su modelo burocrático, de la legalidad interna que lo rige. Frente a la gestión pública, la privatización: no sólo de actividades propiamente mercantiles, también de servicios públicos genuinamente tales. Factores mucho más coyunturales no dejan de estar presentes: limitaciones presupuestarias en situación de crisis, congelación de las retribuciones funcionariales frente a la libertad de pactos salariales en el sector privado, etc. La dialéctica de la descentralización por servicios nos está llevando, así, al otro extremo: el de la desaparición de una gama de controles. No se trata, simplemente, de buscar sustitutos eficaces a la tradicional legalidad interna de la Administración, a los efectos de lograr una gestión más fluida. La dinámica emprendida supone el logro de una situación en la que los administradores públicos quedan exentos del control judicial previsto —el efectuado por la jurisdicción contencioso-administrativa, especializada para ese fin— y el control parlamentario; éste, en efecto, queda limitado al examen genérico y en sus aspectos más generales de las actividades públicas llevadas a cabo por las Sociedades constituidas por las Administraciones. Pero, además, estas Sociedades quedan igualmente exentas del control instrumentado con arreglo al Derecho Mercantil. La Ley de Sociedades Anónimas, en efecto, sitúa en los administradores una responsabilidad clara y rotunda sobre la gestión social. Naturalmente, la exigencia de esa responsabilidad queda en

manos de la Junta General y de los accionistas; en las Sociedades públicas no hay manera de poner en marcha esos mecanismos, salvo en situaciones de rigurosa excepción. Es que los administradores sociales no son distintos de la autoridad administrativa del sector —frecuentemente es la misma persona, en virtud del principio de accesión de cargos— o administran a base de un nombramiento fundado en la confianza. Una vez más, la confianza genera una gestión de tipo fiduciario, en la que el administrador societario hace de «longa manu» de la autoridad administrativa del sector. La descentralización por servicios ha terminado, por ello, rompiendo con la clave de las Administraciones contemporáneas: la sumisión *plena* a la Ley y el Derecho (*art. 103 CE*) y el control judicial y parlamentario efectivo de esa sumisión.

c) *Las Fundaciones.*

Cuando el *artículo 85 RSCL* recoge la posibilidad de la Fundación, está refiriéndose al caso de que por compra, donación o disposición fundacional —en este caso con arreglo a la voluntad del fundador— adquieran de los particulares bienes adscritos a determinado fin. Y luego menciona la Fundación pública cuando se refiere al adecuado desarrollo de funciones de beneficencia, de cultura o de naturaleza económica que así lo aconsejaran. Todo esto ha sido hecho en un pasado largo, pero clarificador, a través de las típicas Fundaciones de beneficencia particular, Fundaciones de interés particular. Hoy también, en la realidad local española, existen de esta índole: de carácter cultural, para la construcción de viviendas, etc., que no siempre están hechas como lo que se llamaba Fundación pública de servicio y que hoy la LRBRL denomina Organismos Autónomos Locales. Así pues, en el RSCL, y en la vida real, hay dos tipos de Fundaciones. Para una serie de tareas, servicios y actividades que interesan a una colectividad no habrá nunca posibilidad de la aportación económica bastante para cubrirlas; a través del mecanismo fundacional se puede instrumentar una suma de esfuerzos públicos y particulares en el sostenimiento de actividades de carácter social, de carácter cultural, de carácter asistencial, en las que las Administraciones tienen mucho que hacer; pero no pueden hacerlo en soledad.

Junto a la Fundación privada, la otra modalidad, la Fundación pública del servicio, el llamado Organismo autónomo; ha sido una fórmula bastante practicada para una serie de actividades también de carácter cultural, deportivo, etc. Hubo, sin embargo, durante

tiempo, una interpretación limitativa de la institución. Los comentaristas del *Texto Refundido de 1955*, y del RSCL, señalaban que una Fundación vale para actividades culturales y asistenciales de carácter benéfico, pero no para actividades de carácter económico. Y es que la mentalidad con la que se ha interpretado siempre el fenómeno fundacional entre nosotros ha sido la de excluir fundación y empresa. Se argumentaba: no cabe que una Fundación realice actividades mercantiles e industriales, porque una Fundación no puede tener nunca ánimo de lucro y, por consiguiente, no puede ser nunca una empresa. Como estudiara URBANO VALERO, es posible la Fundación empresa. Se trata de actuar con mentalidad, pautas de conducta y objetivos propios de una empresa aunque no sea para la obtención de lucro. Habría, pues, que saltar sobre el convencionalismo con que ha sido entendida y practicada la institución y arrimarla más a la idea de empresa.

IV. LA GESTIÓN INDIRECTA Y SUS FORMAS

1. *La concesión de servicios*

En la definición que pasa por clásica, la concesión de servicios se define a partir de estos tres rasgos:

1.º *Creación y otorgamiento al concesionario de una legitimación secundaria o derivada, para actuar en un ámbito propio de la Administración.* La concesión aparece como un fenómeno jurídico en cuya virtud la Administración Pública crea una legitimación para actuar, en favor de un particular, en una esfera propia y exclusiva de la Administración. En el *Dictamen del Consejo de Estado de 14 de noviembre de 1950*, Expte. núm. 6683, se la define como

«la cesión al particular de una esfera de actuación originariamente administrativa ... lo característico y común es que en todo caso, y por hipótesis, esta transferencia es *parcial y comprende una tasa limitada de facultades...*».

Dentro, pues, de un ámbito abstracto de actuación sobre el que la Administración Pública tiene el ya señalado *monopolio de iure*, la Administración concedente se limita a crear una posibilidad jurídica de actuación en el mismo; es decir, una legitimación derivada para llevar a cabo actividades de prestación frente a los parti-

culares. Este, en efecto, tiene *una titularidad derivada* de la Administración competente, otorgante de la concesión; y tiene, además, *una titularidad distinta que recae sobre la empresa* u organización mercantil prestadora del servicio. Las dos titularidades son diferentes y, desde la perspectiva del Derecho positivo, perfectamente distinguibles.

La titularidad propia y típica del concesionario es un poder jurídico en cuya virtud queda legitimado, por la Administración otorgante, para crear una determinada unidad productiva, destinada a la producción de las prestaciones propias del servicio. Hasta cierto punto, *esta titularidad y el poder jurídico que alberga son enteramente abstractos*: se trata de una aptitud para crear una empresa. Este poder abstracto es solamente el presupuesto jurídico, la *condictio iuris*, sobre el que se basa la configuración de algo distinto: la unidad productiva sobre la que ha de descansar la actividad prestadora. La extinción de la concesión de servicio público supone, pues, simplemente la *desaparición de aquel título legitimador*, de aquella aptitud jurídica para organizar y llevar a cabo una determinada actividad empresarial. Su efecto, por consiguiente, se desenvuelve ante todo en el campo que le es propio: esto es, desaparecido el título concesional, se hace carente de legitimidad el mantenimiento de la organización empresarial destinada a la prestación del servicio público. Lo procedente, y así lo consigna el Derecho positivo, es, por ello, la *reversión* de las instalaciones sobre las que descansaba la actividad prestadora. Los medios materiales puestos a disposición del concesionario, así como aquellos otros que él adquirió y ya han sido objeto de amortización a través de las anualidades calculadas, revierten ahora como propiedad de la Administración; ésta los incorpora a su patrimonio para darles el destino que, en cada caso, proceda.

2.º *Creación de una empresa para el desarrollo de la actividad: aportación del patrimonio del servicio, o de la porción que le corresponda, y conservación del mismo.* Con carácter previo, es frecuente que el contratista se haya comprometido a ejecutar las obras precisas para la instalación del servicio, con lo que el contrato sería, a la vez, de obras y de gestión del servicio público. Aparte de ello, hay que señalar que, bien mediante una aportación propia, bien adscribiéndose los bienes que a ello destine la Administración, se constituye el *patrimonio* de servicio, como una masa patrimonial afectada a un destino específico, que es la gestión del servicio: son los bienes necesarios para dicha gestión. En líneas generales, puede señalarse que sobre los bienes que constituyen este patrimonio

tiene el gestor las facultades necesarias para el mejor desarrollo de la prestación que le ha sido encomendada; si esos bienes son de su propiedad, podrá disponer de ellos, normalmente con la autorización de la Administración contratante, y reponiendo el vacío con otros equivalentes (funcionando, incluso, en ocasiones la institución de la subrogación real). Habrá que conservar y mantener en buen estado dicha masa patrimonial, bajo la vigilancia de la Administración, pues —además de que han de tener en todo momento la funcionalidad que exija la prestación del servicio— al término del contrato va a pasar a poder de la propia Administración (aunque los bienes fueren aportados por el propio contratista). El patrimonio del servicio queda, además, protegido frente a terceros, acreedores del gestor, en aras de la continuidad del servicio; de este modo, el embargo y ejecución que se lleve a cabo sobre esos bienes, en base a gravámenes impuestos por el gestor con la autorización de la Administración titular del servicio público, se llevará a cabo de modo que no se interrumpa la prestación del servicio público (*art. 931 CCo*).

La cuestión, desde hace algún tiempo, radica en la posibilidad de que los bienes públicos cuenten con alguna suerte de disponibilidad, de una comercialidad restringida. Como ha señalado RUIZ OJEDA, el producto (la demanialidad preparada para su utilización en el servicio público) depende del instrumental (obras, financiación) utilizado para adecuarlo; y el problema radicará en una cierta disponibilidad del bien producido, para la cobertura del riesgo y el esfuerzo financiero empleado en la construcción. La rígida concepción de la demanialidad como extracomercialidad de los bienes lo ha venido haciendo imposible.

3.º *Asunción, por el concesionario, del riesgo y ventura de la explotación empresarial.* Esta nota aparece, en la legalidad vigente, consagrada tanto a nivel de legalidad estatal como local, aun teniendo en cuenta que la primera de ellas es aplicable, si bien subsidiariamente, al mundo local. En primer lugar, el artículo 156.1 LCAP deja claramente sentado que la gestión indirecta ha de referirse a los servicios públicos

«que tengan un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares...».

Para el legislador está bien claro que el empresario no es, en ningún caso, la Administración; se trata de un empresario particu-

lar legitimado, por la Administración competente, para montar y desarrollar una actividad empresarial mediante la que se cubre una necesidad pública. El *artículo 157 LEC* recoge la idea y añade un matiz cuando, de entre los sistemas de gestión indirecta, define la concesión caracterizándola como aquella en la

«que el empresario gestionará el servicio a su riesgo y ventura».

El rasgo que marca la evolución es el acercamiento de esta relación concesional al régimen del contrato de obra. Se aproxima, efectivamente, a la concepción del trabajo del concesionario como propio de una *obligación de resultado*. Se ha puesto en la definición de la concesión de servicio todo el rigor con el que en el contrato de obra, desde una larga tradición, se alberga el riesgo y ventura. Pero hay una diferencia: en el contrato de obra, que es a corto plazo, hay una obligación de resultado; por un precio, el contratista se compromete a realizar un producto. En cambio, en la concesión de servicio público hay una prestación que se sucede durante un cierto tiempo (pueden ser cinco, diez o cincuenta años). Hay una obligación de prestación cotidiana. Cuando el contratista accede a un concurso ha hecho, efectivamente, una valoración de posibilidades, pero no puede, de ninguna manera, tener en cuenta las circunstancias que puedan sobrevenirle. Ello se advierte con claridad en las concesiones de servicios públicos locales. La larga duración de la relación concesional ha hecho obligado que el concesionario haya de hacer frente a fenómenos ajenos a su esfera de responsabilidades, como son el incremento de la sensibilidad social, con el paralelo incremento del contenido de la prestación a su cargo; el crecimiento de la ciudad, con el consiguiente crecimiento de la actividad servicial, etc. En último término, la concesión ha debido hacer frente a las vicisitudes de la política social y económica, con la dificultad para subir las tarifas hasta conseguir la autofinanciación del servicio. Toda la patología de los fenómenos concesionales y la propia crisis de la concesión dependen en gran parte de una evolución, hacia arriba, de las necesidades y sensibilidades sociales; cuando, frente a ellas, se esgrime el principio de inalterabilidad de los contratos administrativos.

Vale la pena referirse al criterio definitorio, en la legalidad aplicable: el concesionario asume el riesgo y ventura derivados del ejercicio de la concesión. La jurisprudencia se refiere a ello. Así, por ejemplo, la *STS de 24 de abril de 1985* distingue entre el princi-

pio de equilibrio financiero del concesionario y la asunción del riesgo y ventura de la propia gestión por el mismo. Frente a la pretensión de quienes, en base al *artículo 126.2.b) RSCL*, entienden que la Corporación debe mantener en todo caso el equilibrio económico del empresario particular, la Sentencia contempla una subida salarial en base a un convenio colectivo, y razona, frente a quienes invocan ese artículo, que

«... hay que dejar a cargo del concesionario, lo que se ha llamado “alea normal del contrato”, es decir, la pérdida o beneficio que hubiera podido preverse normalmente, ya que un seguro total, que garantiza el concesionario de todos los riesgos eventuales de la empresa, y los traslade a la Administración en su integridad, vendría a establecer un “desequilibrio”, y, en esta hipótesis, contrario a los intereses públicos...».

Esta Sentencia se remite a otras anteriores en las que el propio Tribunal Supremo ha ido sentando la misma doctrina. Así, enfocando de modo directo la idea del riesgo empresarial, la *STS de 22 de septiembre de 1986*:

«no puede en modo alguno, dudarse de la complejidad que representa la gestión de servicios públicos, ya que existe una pluralidad contractual muy peculiar singularizada que viene determinada en razón a multitud de factores que se han de conjugar, pero es preciso destacar aun cuando no es en la actualidad, la gestión de servicios públicos una figura contractual definida existen notas que comportan homogeneidad como resulta de la forma más normal y tradicional de “gestión” en que el empresario asume exclusivamente los riesgos y beneficios de la explotación —riesgo y ventura— en las condiciones en que se haya previsto la concesión en los pliegos correspondientes, elevándolo a efecto la explotación mediante el resarcimiento económico de unas “tarifas” que se le autoriza a percibir de los usuarios. Una concreta identificación entre el principio de equilibrio financiero y la rentabilidad de la explotación empresarial de concesionario, en la Sentencia de 14 de febrero de 1986».

Lo que puede complementarse con la declaración que realiza la *Sentencia*, más antigua ya, de 17 de marzo de 1979, en la que se declara categóricamente que

«la concesión supone transferir los riesgos económicos de la explotación al concesionario, que percibe de los usuarios las tarifas autorizadas, las cuales constituyen ingresos suyos».

Se va produciendo una evolución de suerte que la relación contractual va gravitando, sustancialmente, sobre un derecho del contratista al equilibrio financiero. El principio del equilibrio financiero responde al tratamiento del triple «alea» que pesa sobre el contratista. En primer lugar, el integrado por el conjunto de modificaciones que se pueden producir en el contrato por el ejercicio del *ius variandi* de la Administración; en segundo lugar, el «alea» económica de carácter coyuntural, constituida por el riesgo comercial externo, es decir, la alteración de las condiciones económicas externas de la ejecución del contrato, ajenas a las partes: es el *riesgo imprevisible*; y, en tercer lugar, el alea empresarial, integrada por los riesgos comerciales internos del negocio ligados a la gestión y que, por ello, deberán ser soportados, en todo caso, por el contratista.

La doctrina y la jurisprudencia se dividen en torno a la cobertura del derecho al equilibrio financiero del contratista. Señala, al respecto, el artículo 129.4 RSCL que lo que queda prohibido es la aplicación de cualquier fórmula que suponga una garantía de rendimiento mínimo del contratista; o, dicho en expresión de la doctrina y jurisprudencia, de seguro gratuito de sus riesgos, desplazándolos íntegramente a la Administración. Ahora bien, el derecho al equilibrio financiero del contratista lo que postula es el mantenimiento, por la Administración, de la *base del negocio*.

Ahora el artículo 164 LCAP, aunque refiriéndose sólo al ejercicio del *ius variandi*, señala que:

«Cuando las 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.»

Volviendo a la doctrina y a la jurisprudencia, existe una unanimidad en que la teoría del equilibrio financiero cubre los supues-

tos del *ius variandi* y el *factum principis* (es decir, la modificación del equilibrio derivada de actos adoptados unilateralmente por la Administración que incidan de alguna manera en el contrato); por el contrario, el riesgo empresarial deberá ser siempre soportado por el contratista. La divergencia resulta sobre el alcance de la compensación a que tiene derecho el contratista en el supuesto del denominado *riesgo imprevisible*. Mientras un sector doctrinal cree que la compensación ha de actuar exclusivamente sobre los elementos directamente afectados por el acontecimiento imprevisible, otro sector entiende que la compensación ha de jugar en la misma forma que en los demás supuestos, ante todo sobre el elemento retribución, que es el que proporciona una jurisprudencia divergente. Así, por ejemplo, la *STS de 12 de diciembre de 1973* afirma lo siguiente:

«Existiendo demora en el cumplimiento del contrato imputable al contratista, no procede entrar a examinar la petición, sobre la que únicamente cabe decir que la institución en cuestión tiende a mantener el equilibrio entre las prestaciones, evitando que cuando una de las que a las partes incumbe ha venido a ser demasiado onerosa, en virtud de *elevaciones de precios originados por preceptos de carácter legal*, el propio legislador permite ajustar nuevamente el equilibrio entre las prestaciones para que una de las partes obtenga del contrato el beneficio que esperó obtener al celebrarlo.»

La *STS de 23 de diciembre de 1980* recoge una doctrina significativa puesto que contempla un supuesto en el que la revisión de precios se refiere a «precios unitarios»; es decir, formados por diversos conceptos de los que, según la oferta de la empresa contratante aceptada por la Administración: considerando cien el precio unitario se establecían unos porcentajes de dicho total para los diversos componentes del mencionado precio, dentro de cuyos componentes estaba la cantidad correspondiente al beneficio industrial. Este es el que ha sido objeto de controversia en las *SSTS de 16 de octubre de 1979* y *17 de marzo de 1980*, que rechazan la inclusión en la revisión de precios del beneficio industrial. Sin embargo, la Sentencia a que nos referimos afirma que

«cuando el citado beneficio industrial haya sido incluido como un concepto más del total precio sometido

do a revisión, por así haberlo pactado los contratantes, aquél siga las vicisitudes de los aumentos de los conceptos de salarios y materiales, al ser una parte porcentual del precio que sirve como índice para la revisión de precios».

Se ha de añadir que la exclusión de la compensación del normal beneficio industrial impide el logro pleno del fin último al que sirve la doctrina del riesgo imprevisible, que es la continuidad del servicio en régimen de concesión, como solución más favorable para el interés público; y ello sin desproveer al concesionario de parte de su rendimiento lícito y, por tanto, de su capacidad de autofinanciación obligando a la empresa a asumir mayores cargas financieras, con lo que finalmente el problema económico de la concesión se agrava.

Convendrá añadir, por otra parte, que el régimen jurídico de la concesión de servicios públicos aparece, en la evolución de estos cincuenta años, dominado por una tendencia a la *uniformidad*, con el alejamiento del particularismo que, después, acabaría siendo indispensable. Recuérdese, a este respecto, la implantación del criterio de temporalidad de las concesiones, obviando los casos en los que la conveniencia demanda concesiones de servicios por tiempo indeterminado, como ocurrió con los servicios de transporte por carretera. La imposición del rasgo de generalidad lleva ahora al legislador a dedicar muy pocos preceptos, en la *Ley de 18 de mayo de 1995*, al contenido de la relación concesional, remitiéndose a la legalidad reguladora de cada uno de los servicios públicos.

2. *La gestión interesada*

Para la renovación del patrimonio que hace falta para prestar un servicio público, para hacer frente a las exigencias de política social que van inherentes a la tarifa, no cabe duda de que el concesionario tiene que traspasar una parte del montante de la inversión, una parte del riesgo, a la propia Administración concedente, compartirla, eliminar todo lo que de patológico tiene la situación anterior, desplazar el riesgo y luego cobrar de acuerdo con la racionalidad con la que maneje ese patrimonio y preste el servicio. Esta es la clave de la gestión interesada. La fórmula concesional evoluciona, pues, en algunos servicios públicos, hacia una situación diferente, en lo que se refiere al gestor del servicio, cuando se

va haciendo difícil o imposible el mantenimiento de un beneficio empresarial para el concesionario: bien porque la inversión de establecimiento es muy alta y resulta imposible su amortización a lo largo del período concesional, bien porque exigencias de política social van impidiendo las revisiones sucesivas de la tarifa del servicio. Precisamente la institución de la *gestión interesada* se perfila con la crisis del sistema de gestión de algunos servicios públicos. En ella:

1.º Es la Administración la que invierte el capital preciso para las instalaciones y demás elementos del patrimonio del servicio público. También son de su cuenta los gastos e ingresos de la explotación, por lo que cabe afirmar que es ella la que asume el *alea* económica de la empresa, se constituye en el verdadero empresario del servicio.

2.º El gestor percibe una remuneración por la gestión del servicio, pero no de los particulares, sino de la propia Administración. La determinación de la misma se realiza de distintas formas, si bien es frecuente incluir una porción fija y otra variable cuyo montante dependa de la eficacia, intensidad o ahorro de medios del gestor; es decir, se intenta el estímulo del gestor, una vez que le ha sido garantizada la indemnidad frente al riesgo económico del servicio.

Recuerda SOSA WAGNER, al hilo de su análisis de la gestión interesada, una figura que le es próxima, la del contrato de *gerencia*. Entre nosotros, este contrato se ha ido haciendo un hueco, logrando una tipificación que lo identifica. Tanto en el ámbito de la construcción como en el de la prestación de servicios, diferencia con claridad al *dominus*, los realizadores de las diversas actividades de prestación, y la gerencia; ésta viene a ocupar una posición intermedia, asumiendo tareas de dirección, coordinación y control de las actividades de construcción o prestación.

3. *El concierto*

Aunque ha pasado desapercibido durante largo tiempo, tiene gran importancia el *Concierto*, hasta su adopción formal por el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. Se trata de un convenio entre la Administración titular de un servicio público y una entidad pública o privada que sea propietaria de las instalaciones idóneas, cediendo ésta a la Administración la utilización de

tales instalaciones a cambio del pago de un «tanto alzado»; esto es, una cantidad resultante de la estimación de diversos factores: valor de la 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 del riesgo y ventura. Téngase en cuenta que el plazo máximo de duración será el de diez años.

Tanto en el ámbito local como en el estatal, es en el marco de los servicios típicamente sociales (benéficos y sanitarios) donde esta fórmula ha encontrado un mayor desenvolvimiento.

4. *Arrendamiento*

Aunque menos generalizado, es de mencionar también el sistema de *arrendamiento*, recogido en el ya mencionado Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales y con precedentes en la legislación estatal: en virtud del correspondiente contrato, la Administración, que ha instalado previamente el Servicio y es, por tanto, de su propiedad, cede su explotación a una empresa durante un plazo previamente pactado y a cambio de un precio o merced. Es de señalar que la merced puede o no ser fija o estable, pudiendo quedar ligada su cuantía al montante de los ingresos. Se trata, pues, de un *arrendamiento de empresa*, si bien no debe confundirse con el concepto que del mismo se precisa en la legislación de arrendamientos urbanos.

5. *La empresa de economía mixta*

La empresa de economía mixta se podrá constituir con arreglo a las distintas formas previstas en el Derecho positivo, incluidas las Sociedades laborales (*Ley de 25 de abril de 1986*) y las Cooperativas. En el Régimen Local se exige que la participación administrativa lo sea «en proporción suficiente para compartir la gestión social» (*art. 104.1 RSCL*). La promoción de estas Sociedades puede llevarse a cabo de estas dos maneras:

1.^a Mediante la *adquisición*, por la Administración, de *acciones o participaciones* de una sociedad ya existente; lo que ha de hacerse con arreglo a las normas relativas a la LPE u otras equiva-

lentes sobre adquisiciones patrimoniales, como las expropiatorias. La participación ha de ser mayoritaria en el caso de la Administración estatal (*art. 206.1 RCE*); no así en el Régimen Local. O, al revés, la enajenación a particulares de títulos representativos del capital, cuando la Sociedad pertenezca íntegramente a una Administración; dicha enajenación se sujeta a las normas que regulan la adjudicación de los contratos de gestión de servicios públicos (*art. 207 RCE*).

2.^a Mediante la *fundación conjunta* de Administración y particulares. La Administración puede elaborar un programa de fundación (*art. 20 LSA*) asumiendo una tarea de promotora, ofreciéndose después títulos de capital a los particulares; lo que se hará «conforme a las reglas de publicidad y concurrencia previstas» en la LCAP (*art. 206 RCE*). La aportación administrativa puede ser, claro está, dineraria o *in natura*. Esta consistirá en bienes patrimoniales —que se aportan mediante expediente de enajenación— o en la concesión del servicio (*art. 109.1 RSCL*).

En la constitución de la Sociedad puede reservarse la Administración determinados *privilegios*. Los propios, por ejemplo, de los socios promotores o fundadores, de carácter económico (cédulas o bonos de fundador), acciones privilegiadas sobre el dividendo o la liquidación del patrimonio social. Otras ventajas posibles quedarán pendientes de su encaje en el Derecho societario: número de votos de la Administración en los órganos de gobierno, superior al que le corresponda según sus acciones o participaciones; *quorum* especial para determinados acuerdos.

Particular interés tiene, en los supuestos de empresa de economía mixta, la vinculación de la participación privada y la gerencia de las actividades. El RSCL exige que el cargo de Gerente recaiga «siempre en persona especializada» (*art. 106.3*). Si el empresario que se vincula a la gestión mixta cuenta con experiencia acumulada en la actividad de que se trate, pueden sustantivarse las actividades gerenciales o considerar esa experiencia como factor a valorar en el momento de la adjudicación de la participación social.

V. LOS SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL

1. *Delimitación de su ámbito*

La ordenación de estas actividades económicas con trascendencia para los intereses generales encuentra el punto de partida en el

artículo 90.2 del *Tratado de la Comunidad Económica Europea*. A partir del mismo, junto a las tradicionales nociones de servicio público, en sentido subjetivo y objetivo, se abre paso esta otra dirección en la que el servicio de interés general se proyecta sobre el mercado. El primer paso es la definición de un ámbito unitario desde el punto de vista del funcionamiento del mercado: un sector económico, o las fracciones en que el mismo pueda dividirse. Así, por ejemplo, el sector de hidrocarburos, que, según la *Ley de 7 de octubre de 1998*, proporciona «un tratamiento integrado a una industria verticalmente articulada. Desde la producción de hidrocarburos en un yacimiento subterráneo hasta el consumo en el motor de un vehículo, en la calefacción de una vivienda o en un proceso industrial... [es] una actividad económica que, aunque segmentable, responde a una concepción integrada». Desde una perspectiva semejante, la *Ley de 27 de noviembre de 1997* regula el sector eléctrico, poniendo el acento en la unidad que resulte de la indispensable «coordinación económica y técnica de su funcionamiento»; coordinación que resulta indispensable toda vez que «la imposibilidad de almacenar electricidad requiere que la oferta sea igual a la demanda en cada instante de tiempo, lo que supone necesariamente una coordinación de la producción de energía eléctrica, así como la coordinación entre las decisiones de inversión en generación y el transporte de energía eléctrica. Todas estas características técnicas y económicas hacen del sector eléctrico un sector necesariamente regulado». Finalmente, ha de tenerse en cuenta que los sectores que dibuja el legislador están inmersos en una evolución económica en la que, como ocurre con las telecomunicaciones y los servicios audiovisuales, se produce con claridad una convergencia. De dicha convergencia se deriva un impacto positivo, tanto en las telecomunicaciones como en las tecnologías de la información y el sector audiovisual. La regulación tiene, en este caso, un punto de apoyo en la consideración del espacio radioeléctrico como un bien de dominio público que ha de distribuirse de acuerdo con las conveniencias y necesidades generales.

El diseño del mercado objeto de ordenación está necesitado de un análisis de las *externalidades* del mismo; es decir, las conexiones con otros sectores o mercados objeto de ordenación, y el impacto que mutuamente pueden hacerse en uno y otro caso; las autoridades de regulación y vigilancia de cada uno de ellos habrán de hacer frente a esos impactos cuando sean causantes de anomalías. De este modo, la ordenación de los mercados se produce tanto para suscitar una *concurrencia adecuada* (eliminación de impedimentos a la competencia, o el impedimento de una competencia

excesiva o predatoria); y también la intervención en supuestos de *anormalidad*.

El tercer rasgo característico de esta ordenación es la consideración de una autoridad *independiente* que lleva a cabo las actividades de regulación, vigilancia y corrección de anomalías, que sean necesarias para el mejor desarrollo de las actividades económicas; en último término, se le atribuyen funciones de arbitraje. La autoridad independiente puede ser jurídico-pública o de carácter privado. En uno y otro caso, la realización de las actividades es objeto de *delegación*, si es necesario, por parte de los poderes públicos. Esta autoridad de vigilancia podrá establecer las *condiciones generales* de actuación de los sujetos en el mercado; e impartir las *instrucciones técnicas* que, como complemento, pueden haber sido elaboradas por los propios grupos empresariales, o por expertos; así como las instrucciones técnicas que sean necesarias para la *normalización* u *homologación* de productos, procedimientos y actividades.

2. *Intervención pública*

La presencia de los intereses económicos de carácter general da lugar, básicamente, a dos tipos de prevenciones, por parte del legislador: 1.º) una intervención pública mínima; 2.º) una intervención más intensa tendente al aseguramiento de las prestaciones mínimas a la colectividad, con carácter universal.

En el primer caso, el Estado asume un papel de ordenación, de regulación en sentido amplio, pero no ejecutor. El énfasis queda situado en separar y distinguir quiénes regulan el mercado y quiénes son agentes en el mismo; y, por otra parte, la presencia del Estado legislador lo es en la medida que el mercado no tenga, o no tenga para todos los casos, un poder de autorregulación. Esta intervención pública mínima, como ocurre en los sectores eléctrico y de hidrocarburos, tiene por objeto establecer, sobre los agentes económicos, una obligación típica de las tradiciones del servicio público: la obligación de suministro a todos aquellos que estén interesados, que se realice en condiciones de igualdad, y bajo las pautas de regularidad y continuidad en las actividades prestacionales. La Ley se desprende de los demás caracteres clásicos de la institución del servicio público, para dejar un rastro del mismo, ante todo, en las relaciones de prestación al público; relaciones con un contenido y unos caracteres que son propios del servicio público. En último término, sólo en casos de desabastecimiento,

anomalías o perturbación grave de la competencia se produciría la intervención de la autoridad del sector.

3. *El servicio universal*

En el segundo supuesto, la legalidad introduce en el mercado una característica dualidad: por una parte, hay un ámbito del mismo en el que los agentes económicos se mueven bajo las reglas de la libertad de competencia entre ellos. Pero, además, la Ley asegura el conjunto de prestaciones mínimas que sean indispensables para un desarrollo adecuado de las necesidades colectivas. Determinadas actividades prestacionales de carácter general tienen, pues, un sistema específico de cobertura. Ese sistema desemboca, en realidad, en la última y fundamental de las características del servicio público, en sentido tradicional: la existencia de un régimen jurídico que garantiza la realización de tales prestaciones en condiciones de igualdad, regularidad y continuidad. Los tres rasgos de este sistema se refieren al contenido de esas actividades, al sujeto obligado a prestarlas y a la financiación que, en caso necesario, habrá de procurar el propio sector.

El contenido del servicio universal se delimita con arreglo a un contenido mínimo y una apertura hacia mayores contenidos como consecuencia de la evolución. En materia de servicios postales y de telecomunicación, el *servicio universal* estriba en la posibilidad de emitir y recibir, que tiene cada ciudadano, *mensajes* mediante la telefonía y *envíos* mediante la actividad postal. Así, en lo que se refiere al servicio universal de telecomunicaciones, se integra con «el conjunto definido de servicios de telecomunicaciones con una calidad determinada, accesibles a todos los usuarios con independencia de su localización geográfica y a un precio asequible» (art. 37). En consonancia con ello, «que todos los ciudadanos puedan recibir conexión a la red telefónica pública fija y acceder a la prestación del servicio telefónico fijo disponible para el público... y a un servicio de información nacional».

La preocupación fundamental, cuando la *Ley de 13 de julio de 1998* aborda los servicios postales, es dibujar un régimen de libre competencia en el que la norma proporciona seguridad jurídica, regulando los derechos y obligaciones de los participantes en ese mercado. Pero, además y sobre todo, reconoce de modo explícito y garantiza, mediante el denominado *servicio universal*, el derecho de todos a acceder a las comunicaciones postales a un precio asequible. El servicio postal universal garantiza a todos, en las condi-

ciones ya señaladas, un servicio de envíos (de cartas y tarjetas, paquetes, giro de cantidades dinerarias) más los servicios accesorios de certificado y valor declarado (*arts. 15 y ss.*).

En uno y otro caso, el obligado a la prestación es el denominado *operador dominante*. La noción de *operador dominante* traduce la búsqueda, en el Derecho europeo, de los denominados «organismos que tengan un peso significativo en el mercado». La concreción la encontramos, por ejemplo, en el *artículo 23 LGTC*: «A los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de operador dominante, en el ámbito municipal, autonómico, estatal o en otro ámbito territorial determinado, el operador u operadores de redes o servicios que hayan obtenido en dicho ámbito y en el año inmediatamente anterior, una cuota de mercado superior al 25 por cien de los ingresos brutos globales generados por la utilización de las redes o por la prestación de los servicios». Sin embargo, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones puede acordar que, pese a tener esa cuota de mercado, no es operador dominante una empresa; habrá de ponderar aquellos factores que pueden influir en las condiciones del mercado: volumen de negocios, control sobre los medios de acceso a los usuarios finales, acceso a los recursos financieros, experiencia en suministrar productos y servicios, etc. De acuerdo con ello, la *Disposición Transitoria 3.ª* considera a TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A., como operador dominante, inicialmente, hasta el año 2005, en que se podrá revisar la situación. En el servicio postal, la *Disposición Adicional 1.ª* de la Ley atribuye a la Entidad pública empresarial CORREOS Y TELEGRAFOS la obligación de prestar el servicio postal universal.

El operador dominante ha de llevar a cabo una separación de las cuentas de los servicios que se le reservan, con diferenciación de los servicios que no le son reservados. El fundamento de esta distinción se aprecia en el *artículo 33* de la propia *Ley del Servicio Postal*, cuando formaliza una financiación particular para el servicio postal universal, en forma de una tasa. Por su parte, el servicio universal de telecomunicaciones cuenta con unas medidas financieras propias. Si la prestación de dicho servicio implica una desventaja competitiva frente a los demás operadores, se instrumentan mecanismos para distribuir entre todos los operadores el coste neto de dicha prestación a través del Fondo Nacional del Servicio universal de telecomunicaciones. Y el operador recibe las cantidades necesarias para equilibrar el coste de la prestación. En los servicios postales, se le reservan actividades prestacionales y determinados derechos y obligaciones propios del servicio público.

