

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y el contrato de gestión de servicios públicos en la Administración Local

Francisco Javier Fernández González
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Oviedo

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA RELACIÓN ENTRE LA LCAP Y LA LEGISLACIÓN LOCAL. III. EL PROBLEMA DE LAS FORMAS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES. IV. LA UTILIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO NEGOCIADO EN LA CONTRATACIÓN LOCAL. SUSTITUCIÓN DE LA CONTRATACIÓN DIRECTA. V. ALGUNAS CUESTIONES RELATIVAS A LA EXTINCIÓN DEL CGSP: LA FINALIZACIÓN DEL PLAZO Y LA CADUCIDAD. A. La aplicación del plazo máximo de 75 años a la Administración Local. B. La caducidad. Su reinterpretación.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 13/1995, de 19 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas —en adelante LCAP— extiende su ámbito de aplicación a los contratos que celebren las Entidades que integran la Administración Local (art. 1.2.c LCAP), lo cual obliga a integrar y acomodar esta nueva Ley en el ya abigarrado elenco de fuentes normativas que resultan aplicables a la contratación administrativa local; es decir, se trata de determinar cómo incide la nueva regulación de la contratación administrativa en el ámbito local ¹, y más concretamente en el contrato de gestión de servicios públicos que será la modalidad contractual objeto del presente trabajo ².

El artículo 155.1 LCAP abre la regulación del contrato de gestión de servicios públicos afirmando que «los contratos mediante los que las

¹ Vid. ESQUERDA ROSET, J.M.: «Principales innovaciones de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con especial referencia a la Administración Local» *RAP*, n° 138, 1995, págs. 363 y ss.

² Hay que dejar claro, ya desde este primer momento que, como acertadamente ha puesto de manifiesto GARCÍA DE ENTERRÍA, bajo la rúbrica común de contrato de gestión de servicios públicos «se encubre una pluralidad diversa de técnicas contractuales» puesto que «lo que la rúbrica expresa, más que un tipo contractual definido, es una simple técnica de

Administraciones Públicas encomienden a una persona, natural o jurídica la gestión de un servicio público se regularán por la presente Ley y por las disposiciones especiales del respectivo servicio». Parece, pues, evidente, que el objeto de este contrato es la gestión de los servicios públicos, y, en consecuencia, por lo que a la Administración Local se refiere este contrato se aplicará a la gestión de los servicios públicos locales, que a mi juicio no son sólo los servicios reservados en favor de los Entes locales en el artículo 86.3 LRBRL como defienden algunos autores ³, sino todos los servicios públicos locales que caben bajo el manto conceptual del artículo 85.1 LRBRL —y entre ellos, básicamente, los servicios del artículo 26.1 LRBRL— puesto que se trata de servicios de competencia de la Administración local (art. 156.1 LCAP), en relación con los cuales se cumple el requisito de la *publicatio* exigido en el artículo 156.2 LCAP al haber sido declarados servicios públicos ⁴.

La cuestión que ahora nos interesa es la de determinar qué supuso para estos servicios públicos locales la nueva regulación que de este contrato lleva a cabo la LCAP, qué incidencia tiene la LCAP en general y esta modalidad contractual en particular sobre la regulación de los servicios públicos locales.

II. LA RELACIÓN ENTRE LA LCAP Y LA LEGISLACIÓN LOCAL

El tema de cómo incide la nueva regulación de la LCAP sobre la LRBRL en particular y sobre la normativa local en general nos conduce a una cuestión de alcance general, como es la relativa a cómo han de resolverse las posibles contradicciones entre la legislación local y la LCAP en aquellos supuestos en los que nos encontremos con la situación LCAP *versus* LRBRL.

gestión de los servicios, públicos, la gestión llamada indirecta o por medio de empresas», *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo I*, 7ª edición, Cívitas, Madrid, 1995, págs. 696 y ss.

³ Así, para LLISSET BORREL, «el artículo 86 LRBRL establece un *numerus clausus* de los servicios públicos económicos de carácter local. No pueden existir más servicios públicos económicos que aquéllos que se enumeran en dicho precepto, a menos que una ley autonómica introduzca una ampliación de la lista originaria»; *vid.* LLISSET BORREL, F.: *La actividad empresarial de los Entes locales*, Publicaciones Abella, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 1990, págs. 31 y 32.

⁴ Sobre el particular, *vid.* FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.J.: *La intervención del Municipio en la actividad económica. Los títulos que la legitiman*, Cívitas y Ayuntamiento de Gijón, Madrid, 1995, págs. 149 y ss.

Para afrontar este problema hay que tener en cuenta por un lado que la LRBRL desarrolla la garantía constitucional de la autonomía local, función que al estarle reservada y vedada a otras normas otorga a su posición en el ordenamiento jurídico en su conjunto una *vis* específica, no obstante su condición formal de Ley ordinaria; de este modo, la función constitucional que corresponde a esta Ley le atribuye una posición especial en el ordenamiento de superioridad respecto a otras leyes sectoriales ⁵. Pero esta idea, que a mi juicio resulta incuestionable cuando se trata de materias relativas a la organización y competencias de los Entes locales, cede en el caso de otras materias, tales como la contratación administrativa, donde existen leyes como la LCAP que, a su vez, cumple la función constitucional de establecer las bases de la contratación administrativa aplicables a todas las Administraciones Públicas (art. 149.1.18 CE), incluida por supuesto la Administración local, tal y como señala el artículo 1.2.c) LCAP.

En consecuencia, entiendo que la relación entre ambas leyes debe responder a dos principios:

1) Aplicación prioritaria de la LCAP cuando establezca determinaciones en relación con las cuales la regulación de la LRBRL en particular y la normativa local en general sea claramente contraria a la LCAP.

2) Posibilidad de la normativa local de establecer especificaciones que complementen, sin contradecir, la regulación contenida en la LCAP. Esta posibilidad se deriva, además, del carácter de legislación básica de la LCAP, y así lo confirma la propia Exposición de Motivos de la LCAP cuando señala que «la nueva ley no pretende abarcar toda la normativa de la contratación pública de manera uniforme, sino recoger un común denominador sustantivo que asegure, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales de todos los españoles».

Si tenemos en cuenta estos principios que presiden las relaciones entre la legislación sobre contratos y la legislación local (aplicación prioritaria de la LCAP y posibilidad de la normativa local de establecer especificaciones que complementen, sin contradecir, lo establecido en la LCAP), puede afirmarse que, en líneas generales, la normativa aplicable

⁵ En este punto *vid.* GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: «Relaciones entre leyes, competencia, jerarquía y función constitucional», *RAP*, núm. 113, 1987, págs. 7 y ss.; y del mismo autor, «Legislación básica en materia de régimen local: relación con las leyes de las Comunidades Autónomas», en el libro *La provincia en el sistema constitucional*, Cívitas y Diputació de Barcelona, Madrid, 1991, págs. 58 y ss. *Vid.* asimismo, ORTEGA, L., *El régimen constitucional de las competencias locales*, INAP, Madrid, 1988, págs. 62 y 63.

a los contratos de gestión de los servicios públicos de las Corporaciones locales sería la siguiente ⁶:

1) La LCAP y las disposiciones especiales del respectivo servicio en cuanto no se opongan a ella (art. 156.5 LCAP). Cuando la LCAP se refiere en este punto a las «disposiciones especiales del respectivo servicio», está aludiendo a las normas legales que efectúan la declaración de la actividad como servicio público o la reservan a la Administración, es decir, las normas que lleva a cabo la *publicatio* del servicio ⁷. Estas leyes pueden condicionar la aplicación de la LCAP —y en este sentido puede considerarse como supletoria de las mismas ⁸—, pero no pueden llevar a cabo regulaciones contrarias a ella, puesto que la LCAP ocuparía una posición de preeminencia —no jerárquica— en base a su función constitucional de establecer la legislación básica sobre contratación ⁹.

⁶ La propia LCAP incluye una serie de preceptos que inciden sobre la cuestión de la normativa aplicable al contrato de gestión de servicios públicos. En particular me refiero a los artículos 7.1, y 156 en sus apartados 2 y 5.

Artículo 7.1 LCAP: «Los contratos administrativos se regirán en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de Derecho administrativo y, en su defecto, las normas de Derecho privado...».

Artículo 156.2 LCAP: «Antes de proceder a la contratación de un servicio público deberá haberse determinado su régimen jurídico básico que atribuya las competencias administrativas, que determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados y que declare expresamente que la actividad de que se trate queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma».

Artículo 156.5 LCAP: «Estos contratos (se refiere a los contratos de gestión de servicios públicos) se regularán por la presente Ley, salvo en lo establecido en los artículos 96, 97, 103 y 111 y por las disposiciones especiales del respectivo servicio, en cuanto no se opongan a ella». Los preceptos de la LCAP que no son aplicables a esta modalidad contractual son los relativos a: demora en la ejecución (art. 96), resolución por demora y prórroga de los contratos (art. 97), suspensión de los contratos (art. 103), y cumplimiento de los contratos (art. 111).

⁷ A estas leyes también puede referirse el artículo 156.2 LCAP, porque normalmente corresponde a una norma con rango de Ley tanto la atribución de las competencias administrativas, como la declaración de que la actividad de que se trate queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma.

⁸ El hecho de que el objeto del contrato de gestión de servicios públicos sea en último término ofrecer un marco normativo en lo relativo a la gestión de los distintos servicios públicos en particular hace que en este punto la normativa reguladora de cada servicio concreto cobre una importancia fundamental hasta el punto de convertir a la LCAP en una norma de aplicación «supletoria», cuya aplicación puede quedar condicionada por las normas legales que reserven una actividad al sector público, o, al menos la declaren servicio público. Vid. VICENTE, E. y otros: *Introducción a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Marcial Pons y Escola d'Administració Pública de Catalunya, Madrid, 1995, págs. 203 y 204.

⁹ En este punto discrepo de lo señalado por VICENTE, E. en *Introducción a la Ley de Contratos* ..., op. cit., pág. 204, donde afirma que: «El contrato de gestión de servicios públicos se regirá

2) La LRBRL y el TRRL, en cuanto no se opongan a lo establecido en la LCAP.

3) El RSCL, que por su naturaleza de Derecho especial tendría una aplicación prioritaria en esta materia en tanto en cuanto no fuese contrario a las leyes ya señaladas; y el RGCE, en lo no derogado por la LCAP. En este punto hay que dejar constancia de la derogación del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 1953 por la Disposición derogatoria única de la LCAP¹⁰, si bien algunos autores siguen manteniendo su vigencia en lo que no se oponga a la LCAP¹¹.

4) Las Ordenanzas de cada Entidad local relativas al régimen jurídico de los distintos servicios públicos.

5) El pliego de cláusulas de explotación del servicio, y el anteproyecto de explotación¹².

6) Supletoriamente se aplicarán las restantes normas de Derecho administrativo.

7) Y, en su defecto, las normas de Derecho privado.

por las siguientes normas, ordenadas jerárquicamente: a) Norma legal definidora del servicio público o de la reserva a la administración de la actividad económica correspondiente. b) Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y sus normas de desarrollo ...». A mi juicio, entre ambas normas no cabe hablar de ordenación jerárquica, pues en ambos casos se trata de normas con rango de Ley. Su ordenación ha de responder, en consecuencia, a otros criterios, y, en mi opinión, en este punto se combinan dos criterios distintos: por un lado, el de la función constitucional de las leyes que otorgaría una preeminencia a la LCAP, como he indicado, en tanto en cuanto establece las bases de la contratación; por otro lado, el criterio de la especialidad, que permitiría una aplicación prioritaria de la Ley especial del respectivo servicio, condicionando así la aplicación de la LCAP, que desde esta perspectiva podría considerarse como supletoria, si bien la regulación que llevase a cabo la Ley especial del servicio no podría incluir determinaciones contrarias a la LCAP, dada la función constitucional que cumple esta Ley.

¹⁰ Disposición derogatoria única de la LCAP, ap. 1.b): «Quedan derogadas las siguientes disposiciones: b) El Reglamento General de Contratación del Estado aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, las disposiciones modificativas del mismo, en cuanto se opongan a lo establecido en esta Ley y el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 19 de enero de 1953».

¹¹ Así lo entiende, por ejemplo, GARCÍA DE ENTERRÍA. *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*, I, Cívitas, Madrid, 1995, pág. 738.

¹² Es decir, las normas que determinen el alcance de las prestaciones en favor de los administrados (art. 156.2 LCAP). En este punto, la LCAP bien puede estar haciendo referencia al pliego de cláusulas de explotación del servicio, así como al anteproyecto de explotación. Se trataría, en definitiva de normas relativas al servicio público en concreto que aprobarían los órganos administrativos competentes (en el caso de los pliegos de cláusulas administrativas generales), o el órgano de contratación (en el caso de los pliegos de cláusulas administrativas particulares).

Como puede apreciarse la normativa que concurre en la regulación de esta modalidad contractual es ciertamente abundante y variada, y su complejidad aumenta en aquellas Comunidades Autónomas que ejercen sus competencias normativas en la materia ¹³.

III. EL PROBLEMA DE LAS FORMAS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

Una primera cuestión en la que se ofrece una regulación distinta en la LRBRL y en la LCAP es la relativa a las distintas formas de gestión de los servicios públicos, pues el elenco de modalidades gestoras recogido en el artículo 85 LRBRL no se corresponde con las contempladas en la LCAP.

Por un lado, hay que tener en cuenta que en la LCAP se excluyen de la regulación del contrato de gestión de servicios públicos las formas de gestión directa. En este sentido, el artículo 152 LCAP señala que, «no serán aplicables las disposiciones de este título a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de Derecho público destinadas a este fin, ni aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de Derecho privado en cuyo capital sea exclusiva o mayoritaria la participación de la Administración o de un ente público de la misma». De este modo queda claro que el objeto del contrato de gestión de servicios públicos es la gestión indirecta de los servicios públicos, tal y como se confirma en los artículos 156.1 y 157 LCAP, y, en consecuencia, no resulta de aplicación la regulación de esta modalidad contractual a las formas de gestión directa de los servicios públicos ¹⁴.

¹³ Sirva como ejemplo el caso de Cataluña que tiene su propia Ley Municipal y de Régimen Local de 1987, y que en materia de contratación local ha aprobado el Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales de Cataluña, de 13 de junio de 1995, que en el ámbito local catalán sustituye al RSCL.

¹⁴ Como acertadamente señala SOSA WAGNER, «esta exclusión responde al hecho de que, si bien es verdad que al crearse el organismo público o la sociedad, se está dando origen a una nueva persona jurídica y se cumple con ello el requisito indispensable para contratar, a saber, el de la existencia de dos personas distintas, es bien cierto asimismo que no tendría sentido la aplicación de reglas como las que se refieren a actuaciones preparatorias, formas de adjudicación o extinción (objeto de los arts. 159 y siguientes) porque la Administración, al recurrir a la creación de una persona jurídica (pública o privada) no está contratando sino ejerciendo su potestad de organización de los servicios públicos que es una de las que definen con mayor nitidez el especial *status* de las Administraciones públicas», *vid.* SOSA WAGNER, F. y otros: *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Cedecs, Barcelona, 1995, pág. 140.

La LCAP introduce en este punto una importante modificación en relación con los supuestos en que la gestión se atribuye a una sociedad de Derecho privado con capital público, puesto que el artículo 62 de la Ley de Contratos del Estado de 1965 —en adelante LCE— sólo excluía de la regulación del contrato de gestión de servicios públicos aquellos casos en que la gestión se encomendaba a una sociedad de Derecho privado cuyo capital era en su totalidad propiedad del Estado o de un Ente público del Estado, mientras que en la nueva redacción de la LCAP basta que la participación de la Administración sea mayoritaria en la sociedad de Derecho privado para quedar excluida de la regulación de esta figura contractual¹⁵, lo cual supone una nueva manifestación del fenómeno de la huida del Derecho Administrativo.

Esta exclusión de la regulación del contrato de gestión de servicios públicos de las formas de gestión directa, ¿qué consecuencias tiene en el ámbito local? Pues simplemente que quedan fuera de la regulación de esta modalidad contractual que lleva a cabo la LCAP, y se regularán por la normativa local correspondiente las siguientes formas de gestión de los servicios públicos locales recogidas en el artículo 85.3 LRBR: la gestión por la propia Entidad local, por Organismo Autónomo local (porque también son «Entidades de Derecho público destinadas a este fin», según la terminología de la LCAP), por sociedad mercantil cuyo capital social pertenezca íntegramente a la Entidad local, y en la actualidad, habría que añadir el supuesto de aquellas sociedades mercantiles en cuyo capital participe mayoritariamente la Administración local o un ente público dependiente de la misma. De este modo, hoy también quedan al margen de la regulación del contrato de gestión de servicios públicos que efectúa la LCAP algunos supuestos de las tradicionales sociedades de economía mixta.

Hay que dejar bien claro que este «contrato» engloba, a su vez, una pluralidad de figuras contractuales que se corresponden con las distintas formas de gestión indirecta de los servicios públicos. De ahí que la propia LCAP recoja una relación de las distintas modalidades de la contratación de la gestión de los servicios públicos, que, por otra parte, ha de completarse con lo que al respecto señale tanto la legislación local

¹⁵ No obstante, conviene tener en cuenta que a las sociedades mercantiles cuyo capital mayoritario sea público aunque no se les aplique el régimen jurídico del contrato de gestión de servicios públicos, ni siquiera la propia LCAP, sin embargo, «se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios» (Disposición Adicional sexta de la LCAP). *Vid.* SOSA WAGNER, F., *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ...*, op. cit., págs. 140 y 141.

como la legislación sectorial en relación con cada servicio público en particular.

Siguiendo el mismo esquema de la LCE, el artículo 157 LCAP señala que la contratación de la gestión de los servicios públicos adoptará cualquiera de las siguientes modalidades ¹⁶:

1) *Concesión*, por la que el empresario gestionará el servicio a su riesgo y ventura ¹⁷.

2) *Gestión interesada*, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato ¹⁸.

¹⁶ Vid. SOSA WAGNER, F., *Comentarios ...*, op. cit., págs. 142 y ss.

¹⁷ Se trata, sin duda, la fórmula más típica e importante de gestión indirecta y la que ha sido objeto de mayor atención por la doctrina. En palabras de SOSA WAGNER, a través de la concesión «se transfiere a una persona física o jurídica la gestión de un servicio, asumiendo ésta el riesgo económico de la actividad concedida» (Vid. SOSA WAGNER, F.: *La gestión de los servicios públicos locales*, Cívitas, Madrid 1985, pág. 93). Por su parte, ALBI, de forma más pormenorizada y descriptiva, ya había definido a la concesión de un servicio público como «un modo de gestión, de naturaleza contractual, en virtud del cual una persona extraña al concedente aporta los medios financieros indispensables para la implantación de una actividad de la competencia de la Administración Pública, realiza las obras e instalaciones necesarias a dicho fin, y presta al público el correspondiente servicio durante el período de tiempo estipulado, sometiéndose para ello a los reglamentos generales establecidos por la propia Administración y percibiendo de los usuarios una contraprestación económica que le permita amortizar su desembolso inicial y cubrir los gastos de conservación y explotación, con el precedente beneficio industrial, revirtiendo en forma gratuita a la Administración, al terminar el contrato, todos los elementos materiales afectos al servicio», ALBI, F.: *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Aguilar, Madrid, 1960, pág. 540.

¹⁸ La regulación de la LCAP se completa en relación con esta figura con lo establecido en el artículo 204 RGCE, según el cual, «cuando el contrato se verifique bajo la modalidad de gestión interesada, se podrá estipular un beneficio mínimo en favor de cualquiera de las partes asociadas atendiendo a los resultados de la explotación. Se determinará en el contrato el régimen obligacional de la gestión y en especial las responsabilidades que incumben al empresario». Se trata, por tanto, de una modalidad gestora presidida por los principios de colaboración y coparticipación en los resultados de la explotación del servicio y en los posibles beneficios, y bajo la cual caben distintas fórmulas y opciones contractuales entre la Administración y el empresario. SOSA WAGNER describe y define esta figura señalando que «por gestión interesada se entiende aquella forma de gestión de un servicio público en la que el gestor, comprometido en la prestación del servicio público, cuenta, de un lado, con la colaboración de la Administración (que frecuentemente aporta una parte relevante de las instalaciones necesarias para su desarrollo), de otro, con una remuneración mínima en forma de interesamiento que se concreta en una cláusula en virtud de la cual, cuando se producen beneficios por encima del mínimo asegurado, se atribuye al gestor una parte de ellos con el objeto de fomentar la prestación eficaz del servicio público encomendado. Como el mínimo asegurado cubre habitualmente gastos de inversión y gastos de

3) *Concierto* con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio de que se trate ¹⁹.

4) *Sociedad de economía mixta* en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas ²⁰. En relación con esta modalidad hay que tener en cuenta que como indica el artículo 155.2 LCAP, en la actualidad ya no vale cualquier sociedad de economía mixta, pues para que sea una auténtica gestión indirecta a efectos de la LCAP ha de ser una sociedad de capital público minoritario, ya que si la participación pública en el capital fuese exclusiva o mayoritaria, se equipararía a los supuestos de gestión directa y no sería de aplicación la regulación que del contrato de gestión de servicios públicos hace la LCAP ²¹.

Estas modalidades del genérico contrato de gestión de servicios públicos que recoge el artículo 157 LCAP no deben considerarse como un *numerus clausus*, pues esta enumeración puede verse completada con otras fórmulas contractuales. Así ocurre precisamente en el ámbito local,

actividad, el gestor no explota a riesgo y ventura sino que tiene siempre garantizada la retribución de sus inversiones con independencia del resultado de la gestión que se cuantifica de acuerdo con la fórmula adoptada para el interesamiento», *vid.* SOSA WAGNER, F., *La gestión de los servicios públicos locales ...*, op. cit., pág. 135.

¹⁹ Según el párrafo primero del artículo 205 del RGCE, «la modalidad del concierto se utilizará en aquellos supuestos en los que para el desempeño o mayor eficacia de un servicio público convenga a la Administración contratar la actividad privada de particulares que tengan análogo contenido al del respectivo servicio». Esta modalidad gestora se utiliza cuando careciendo la Administración de la organización necesaria para la prestación de un servicio, contrata, normalmente con una empresa privada (aunque en el ámbito de la Administración local el art. 143 RSCL reconoce expresamente la posibilidad del concierto con Entidades públicas), la prestación de dicho servicio, siempre que la actividad de estas personas tenga análogo contenido al del respectivo servicio. Es decir, en estos casos la Administración que carezca de instalaciones o medios propios para prestar el servicio público de su competencia de que se trate, aprovecha los de otra Entidad que se dedica a la misma actividad para así prestar el servicio.

²⁰ En este supuesto se celebraría un contrato entre la Administración y la sociedad de economía mixta para que ésta prestase el servicio; este contrato puede, a su vez, tener distintas modalidades, si bien, como señala el artículo 206 RGCE en su párrafo primero, el marco de referencia contractual es el de la concesión: «La Sociedad de economía mixta deberá aparecer como parte contratante ante el Estado con las obligaciones y derechos propios del concesionario de servicios públicos».

²¹ Como indica PARADA VÁZQUEZ en su obra *Derecho Administrativo*, Tomo I, pág. 401, Marcial Pons, Madrid, 1995: «Se trata de un supuesto de gestión directa del servicio, por lo que puede contratarse o asignarse directamente, sin seguir ningún procedimiento licitatorio, la gestión del servicio a las empresas de capital íntegramente perteneciente a la Administración concedente o a una empresa mixta cuyo capital le pertenece mayoritariamente».

donde tanto la LRBRL (art. 85.4) como el RSCL (arts. 138 a 142) incluyen, entre las formas de gestión indirecta, *el arrendamiento*. Como su propio nombre indica, esta modalidad gestora consiste en el arrendamiento de instalaciones propiedad de una Corporación local a un particular para que éste preste el servicio a cambio de un precio cierto o canon que paga a la Administración arrendadora; se trata, por tanto, de ceder la explotación de unos servicios instalados previamente por la Corporación y que son propiedad de ésta, a cambio de un precio o canon ²².

Pues bien, la general aplicación de la LCAP a todas las Administraciones Públicas, y entre ellas, a la Administración Local hace que sobre el catálogo de las formas de gestión de los servicios públicos locales recogido en el artículo 85 LRBRL, se proyecte en la actualidad la enumeración de las modalidades de contratación de la gestión de los servicios públicos que contempla el artículo 157 LCAP. Y nuevamente surge la pregunta de cómo incide la Ley estatal en la normativa local.

Pues bien, si aplicamos los principios que, como vimos, presiden las relaciones entre la LCAP y la legislación local al tema de las formas de gestión de los servicios públicos locales se llegaría a las siguientes conclusiones:

1) Se mantiene el elenco de formas de gestión de los servicios públicos locales establecidas en la LRBRL, incluida la modalidad del arrendamiento, puesto que aunque es una forma de gestión indirecta que no está prevista en la LCAP, sin embargo, constituye una especificación —o desarrollo si se quiere— de la nueva normativa sobre contratación, sin que en modo alguno suponga una contradicción con lo establecido en la LCAP ²³.

2) A las formas de gestión indirecta recogidas en la LRBRL se les aplica la regulación que la LCAP hace del contrato de gestión de servicios públicos, salvo al supuesto de las sociedades mercantiles

²² Vid. *Nuevo Régimen Local*, tomo I, por la Redacción de El Consultor de los Ayuntamientos, publicaciones ABELLA, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 1986, pág. 770.

²³ Sobre este particular, SOSA WAGNER señala: «¿Ha desplazado la Ley 13/1995 a la Ley básica reguladora de la Administración local y a su Reglamento de Servicios? La contestación debe ser, a nuestro juicio, negativa porque las formas de gestión de servicios son una expresión de la autonomía local y, en concreto, de la potestad de autoorganización, la más significada seña de identidad de esa autonomía ... que el legislador no puede recortar porque estaría recortando la garantía institucional contenida en los artículos 137 y 140 CE»; vid. SOSA WAGNER, F., *Comentarios ...*, op. cit., pág. 144.

cuyo capital social pertenezca mayoritariamente a la Entidad local, que al quedar expresamente excluido de esta regulación por la propia LCAP, sigue rigiéndose por las normas locales en la materia, es decir, por la LRBRL, el TRRL y el RSCL. No obstante, la aplicación de la LCAP, salvo en algunos aspectos concretos a los que aquí nos referimos, no provocará cambios sustanciales en la regulación que de los contratos de gestión de servicios públicos hace la legislación local ²⁴.

3) Por lo que se refiere a las formas de gestión directa de los servicios públicos locales, al quedar excluidas de la regulación que la LCAP hace de este contrato de gestión, seguirían rigiéndose como hasta ahora por la normativa local en la materia (LRBRL, TRRL y RSCL). En esta misma situación se encontrarían hoy las sociedades mercantiles cuyo capital pertenezca mayoritariamente a la Entidad local, pues, como se ha visto, también quedan excluidas de las normas de la LCAP relativas al contrato de gestión de servicios públicos.

IV. LA UTILIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO NEGOCIADO EN LA CONTRATACIÓN LOCAL. SUSTITUCIÓN DE LA CONTRATACIÓN DIRECTA

El artículo 74.4 LCAP señala que «en el procedimiento negociado el contrato será adjudicado al empresario justificadamente elegido por la Administración, previa consulta y negociación de los términos del contrato con uno o varios empresarios». En consecuencia, parece lógico deducir que el procedimiento negociado sustituye en la LCAP a la contratación directa ²⁵. Con él se pretende, justamente, eliminar el procedimiento

²⁴ En esta línea, SOSA WAGNER explica «la escasa incidencia que en las Administraciones locales, y pese a las apariencias en contra, tiene en este concreto punto la Ley 13/1995. Y es que ésta, aunque cita hasta cuatro modalidades de contratación (concesión, gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta, art. 157), no regula luego, en realidad, sino la concesión, como se observa claramente con la lectura de los artículos 159 y sgs. Para las demás figuras, queda intacta, por consiguiente, la legislación local contenida en la Ley Básica (arts. 84 y sgs.), el Texto Refundido (arts. 88 y sgs.) y, sobre todo, el Reglamento de Servicios para nada afectado, no se olvide, por la disposición derogatoria de esta nueva Ley de Contratos. Incluso la mayoría de los preceptos dedicados en tal Reglamento (arts. 114 y sgs.) a la concesión sobrevive a la reforma de la legislación de contratos pues sólo pueden considerarse derogados aquellos que se opongan a lo previsto en la Ley 13/1995»; *vid.* SOSA WAGNER, F., en *Comentarios ...*, op. cit., pág. 144.

²⁵ A juicio de PARADA, *op. cit.*, pág. 306, la denominación de «contratación directa», resultaba más apropiada, porque si algo caracteriza al procedimiento negociado es justamente la ausencia de un procedimiento administrativo propiamente dicho.

formal de selección del contratista, pues cuando se utiliza el procedimiento negociado será necesario (y suficiente) solicitar la oferta de empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato, sin que su número sea inferior a tres siempre que ello sea posible, fijando con la seleccionada el precio del mismo y dejando constancia de todo ello en el expediente ²⁶.

La legislación de régimen local dedica a la contratación directa dos preceptos: el artículo 88.3 LRBRL, y el 120 TRRL. ¿Cómo incide en estos artículos la nueva regulación que la LCAP hace del procedimiento negociado? Una interpretación extrema, y creo que errónea, nos llevaría a afirmar que dado que la contratación directa ha desaparecido, los preceptos tanto de la LRBRL como del TRRL deben entenderse derogados por la LCAP, que establece el régimen jurídico básico de la contratación en todas las Administraciones y, en este punto, sustituye la antigua contratación directa por el procedimiento negociado, de modo que la regulación de la contratación directa debe entenderse derogada.

A mi juicio, la interpretación más correcta es la que conecta con los principios que ya se han enunciado al abordar el tema de las relaciones entre la legislación local y la LCAP. Trasladar a esta cuestión los citados principios supone defender, por un lado, el mantenimiento de la vigencia de la legislación local sobre la contratación directa en tanto en cuanto complementa, desarrolla o especifica la regulación que lleva a cabo la LCAP, si bien las referencias contenidas en la legislación local en este punto deben entenderse hechas hoy al procedimiento negociado que es el que sustituye a la contratación directa; y, por otro lado, que no obstante lo anterior, algunos aspectos concretos de la legislación local pueden entenderse derogados por oponerse a la LCAP o, al menos, deben ser reinterpretados conforme a ella.

El mantenimiento de la vigencia de la normativa local sobre contratación directa —hoy procedimiento negociado— tiene, en mi opinión, dos importantes argumentos:

En primer lugar, está el hecho de que el párrafo segundo del artículo 120 TRRL ²⁷, al exigir al órgano de contratación la consulta, antes de

²⁶ Artículo 93 LCAP, que sigue la línea establecida en el artículo 37 *in fine* LCE y 120.2 TRRL.

²⁷ Precepto que reproduce lo señalado en el artículo 37 *in fine* LCE para el contrato de obras.

realizar la adjudicación, de al menos tres empresas capacitadas, fijando con la seleccionada el precio justo del contrato, hace que la sustitución de la contratación directa por el procedimiento negociado en el ámbito local no plantee inconveniente alguno dada la similitud de este precepto del TRRL con el régimen que la LCAP establece para el procedimiento negociado.

En segundo lugar hay que referirse a la Disposición Adicional novena LCAP ²⁸, que alude al artículo 88.3 LRBRL en términos que no dejan lugar a dudas sobre su vigencia y sobre su aplicación al CGSP en los términos que a continuación se señalarán.

La vigencia y el mantenimiento de la normativa local en esta materia tiene sentido en tanto en cuanto el artículo 88.3 LRBRL y el artículo 120 TRRL sirven de complemento y desarrollo a lo establecido en la LCAP, introduciendo precisiones y especificaciones adecuadas para completar y mejorar la regulación y la utilización del procedimiento negociado en la contratación local.

Por un lado, el artículo 88.3 LRBRL establece que «por razón de la cuantía, la contratación directa sólo podrá acordarse en los contratos de obras, servicios y suministros cuando no excedan del 5 % de los recursos ordinarios del Presupuesto. En ningún caso podrá superarse el límite establecido para la contratación directa en las normas básicas aplicables a todas las Administraciones Públicas» ²⁹. Este límite, que se reitera en el artículo 120.1.3º TRRL, no contradice la LCAP ³⁰, sino que

²⁸ Según la cual: «Se fija en el 2% el límite señalado en el artículo 88.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, para la utilización del procedimiento negociado en los contratos de obras, de suministro, de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales de las Entidades Locales». Como se ve no afecta al contrato de gestión de servicios públicos, que seguirá rigiéndose por lo establecido en el artículo 88.3 LRBRL.

²⁹ Conviene recordar que este precepto fue modificado por la Disposición Adicional novena LCAP en relación con el contrato de obras y de suministros, si bien esta disposición adicional no afectó al contrato de gestión de servicios públicos, en relación con el cual el límite del 5% de los recursos ordinarios del Presupuesto se mantiene.

³⁰ Según el artículo 160.2.d) LCAP, uno de los supuestos en los que cabe el procedimiento negociado es en los contratos «de gestión de servicios cuyo presupuesto de gastos de primer establecimiento se prevea inferior a 3.000.000 de pesetas y su plazo de duración sea inferior a 5 años». En la nueva regulación se reduce la cuantía y se aumenta el plazo de duración, pues el artículo 69.4 LCE permitía acudir a la contratación directa en los contratos «de gestión de servicios cuyo presupuesto de gastos de primer establecimiento no se prevea superior a 5 millones de pesetas ni su plazo de duración sea superior a 2 años». No obstante, el Proyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en este punto contenía un límite cuantitativo muy superior al que resultó aprobado; en

introduce un elemento corrector adecuado en la Administración local donde la distinta dimensión de las diferentes Entidades locales hace necesario que junto a un límite absoluto como es una cuantía global — en este caso 3 millones de pesetas según la LCAP ³¹— exista este límite relativo o porcentual dada la existencia de Entidades locales de presupuesto reducido.

Por otro lado, el artículo 120 TRRL cuando establece los supuestos en los que cabe la contratación directa —hoy procedimiento negociado—, introduce algunas especialidades propias del ámbito local, como el referido límite cuantitativo, o cuestiones de autoorganización también propias de la Administración Local ³².

Ahora bien, la LCAP sí va a afectar a la legislación local en esta materia pues algunos puntos concretos de esta normativa han de entenderse derogados o reinterpretados a la luz de la LCAP. Sirvan como muestra los siguientes ejemplos en relación con los supuestos en los que cabe utilizar el procedimiento negociado en el ámbito local según el artículo 120 TRRL:

concreto se refería a un presupuesto de gastos de primer establecimiento que «no se prevea igual o superior a 25.000.000 de pesetas». Parece claro que la turbulenta situación por la que atravesaba la contratación pública, y en especial la contratación directa, aconsejó una drástica reducción de esta cuantía. En este sentido, el portavoz del Grupo Socialista, MORLAN GRACIA, señalaba: «En la enmienda número 223, que pide disminuir la cuantía de 25 a 15 millones, planteamos la reducción a 3 millones de pesetas, que pensamos que es una cifra que permitirá que esa especial sensibilidad que existe respecto a las formas de contratación y adjudicación directa de este tipo de contratos desaparezca» (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, de 13 de diciembre de 1994, núm. 380, pág. 11.735).

³¹ Conviene señalar que la reducción a 3 millones de pesetas de la cuantía de los contratos de gestión de servicios públicos que pueden adjudicarse conforme al procedimiento negociado puede plantear en la práctica algunos problemas en la esfera local, puesto que como ya ha señalado algún autor, «al estar limitada la competencia de sus Alcaldes o Presidentes al 50% de la cuantía del procedimiento negociado, deberán someterse a la aprobación del Pleno o de la Comisión de Gobierno las adjudicaciones de contratos de cuantía muy reducida, con la consiguiente demora y retrasos de todo orden que ello acarreará, el mayor coste procedimental y demás inconvenientes que no se avienen con la eficacia que debe perseguir la actuación administrativa» (así lo indica, teniendo en cuenta lo establecido en los arts. 21.1.1, y 34.1.i, LRBRL, ESQUERDA ROSET, J.M.: «Principales innovaciones de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con especial referencia a la Administración Local». RAP núm. 138, septiembre-diciembre 1995, pág. 369).

³² En este punto cabe citar el párrafo 2º del apartado 1º del artículo 120 TRRL, que en los supuestos de urgencia exige «informe del Secretario y del Interventor y acuerdo del Pleno, del Alcalde o Presidente, según el orden de competencias establecido por la Ley 7/1985, de 2 de abril».

El artículo 120.1.1º TRRL recoge entre los supuestos del hoy procedimiento negociado el relativo a aquellos contratos en los que «no sea posible promover concurrencia en la oferta»; pues bien en la redacción del TRRL, en el último párrafo, se señala: «cuando por circunstancias técnicas o excepcionales no convenga promoverla». Este párrafo, que existía también en el artículo 69.1 LCE, fue suprimido en la LCAP — que sólo permite acudir al procedimiento negociado cuando no sea posible promover la concurrencia en la oferta y no cuando no convenga promoverla— y, por lo tanto, parece que debe entenderse derogado también en el TRRL. Al eliminarse este párrafo en la LCAP se suprime un supuesto que abría una cierta discrecionalidad a la Administración, pues ahora para poder acudir al procedimiento negociado ya no se trata de que convenga o no promover la concurrencia en la oferta, cuestión esta que introduce un importante elemento valorativo, sino que simple y llanamente sólo se podrá utilizar este procedimiento cuando no exista la posibilidad de promover esta concurrencia; este mismo criterio debe extenderse, en consecuencia, a la contratación en la Administración Local.

Por otra parte, cuando el párrafo 2º del artículo 120.1 TRRL se refiere a los supuestos de «reconocida urgencia, surgida como consecuencia de necesidades apremiantes» para permitir la utilización del procedimiento negociado, hay que entender tras la nueva redacción del artículo 160.2.b) LCAP, que esas necesidades apremiantes han de estar adornadas de las notas de imprevisibilidad y no imputabilidad a la Administración pues así lo exige expresamente la LCAP. También en este supuesto la LCAP ha reducido la discrecionalidad de la Administración, pues mientras que el artículo 69.2 LCE, al igual que luego haría el TRRL, se refería a los supuestos de «reconocida urgencia, surgida como consecuencia de necesidades apremiantes...», en la nueva redacción la urgencia ha de ir acompañada de esas dos nuevas notas: la imprevisibilidad y la no imputabilidad a la Administración. Se reduce así la posibilidad de acudir a este supuesto al exigir que la urgencia vaya acompañada de estos requisitos, y estas exigencias que ahora recoge la LCAP han de ser tenidas en cuenta a la hora de interpretar el artículo 120.1 TRRL.

Por lo demás, se puede concluir afirmando que como regla general cabe mantener el principio según el cual en lo que no se contradiga a la LCAP, norma básica en materia de contratación administrativa, resultan plenamente aplicables las normas locales en la materia.

V. ALGUNAS CUESTIONES RELATIVAS A LA EXTINCIÓN DEL CGSP: LA FINALIZACIÓN DEL PLAZO Y LA CADUCIDAD

A. La aplicación del plazo máximo de 75 años a la Administración Local

En el ámbito local el plazo máximo para la contratación era de 50 años ³³. Tras la aprobación de la LCAP, y dado que ésta establece las bases en materia de contratación administrativa y es aplicable también a las Corporaciones locales, hay que entender que este plazo se eleva hasta los 75 años fijados por la LCAP en el artículo 158 ³⁴. ¿Podría entenderse que dado que se respeta el tope máximo de los 75 años recogido en la LCAP resulta válida la precisión que hace la normativa local? Entiendo que en este punto la regulación que aparece recogida en las normas locales que abordan esta materia no establece ninguna especificidad derivada de las peculiaridades de la contratación local, sino que simple y llanamente recoge una regulación contraria a la establecida en la LCAP, y, en consecuencia, ha de prevalecer lo señalado en ésta, puesto que ninguna razón hay que justifique esta singularidad en el ámbito local consistente en reducir a 50 años el plazo máximo de los contratos de gestión de servicios públicos.

B. La caducidad. Su reinterpretación

En el RSCL se recogen algunas figuras que pese a no aparecer expresamente recogidas en la nueva LCAP sin embargo perviven tras la

³³ Así lo establecía tanto el hoy derogado artículo 10 RCCL, con un carácter general, como el artículo 108.a) TRRL en relación con el contrato de gestión de servicios públicos, y el 115.4 RSCL respecto a la concesión de los servicios locales.

³⁴ A cuyo tenor: «El contrato de gestión de servicios públicos no podrá tener carácter perpetuo o indefinido, fijándose necesariamente su duración y la de las prórrogas de que pueda ser objeto, sin que pueda exceder el plazo total, incluidas las prórrogas, de 75 años». Este precepto modifica lo establecido en el artículo 64 LCE, cuyo párrafo 2º fijaba un plazo máximo de 99 años. PARADA VÁZQUEZ, *op. cit.*, pág. 408, defiende la posibilidad de novación de este plazo, de manera que serían ampliables los 75 años a través de este mecanismo de la novación mediante el acuerdo de las partes. A su juicio, el plazo puede ser prorrogado durante la vida del contrato por mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista, siempre que lo justifiquen razones de interés público, con el resultado final de que el contrato se pueda prolongar más allá de los 75 años, que será un límite máximo de cada cláusula reversional, pero no de la duración de la concesión misma; dicha novación, cada vez que se produzca, no supondría una nueva relación concesional, sino únicamente la novación de la existente.

entrada en vigor de la misma ³⁵. Así sucede con un modo de extinción del contrato como es la caducidad ³⁶, que si bien efectivamente no aparece recogida expresamente en la LCAP, sin embargo es un supuesto de extinción del contrato de gestión de servicios públicos que debe entenderse subsumido en el supuesto general del artículo 112.g) LCAP, es decir, el relativo a la resolución por incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales; encajada de este modo en la legislación básica sobre contratación administrativa, la caducidad puede seguir operando como venía haciéndolo hasta ahora en el ámbito de la Administración Local. Una vez más sería de aplicación el principio según el cual se mantiene la vigencia de todas aquellas normas locales que sin contradecir lo establecido en la LCAP suponen un desarrollo o especificación de la misma.

³⁵ Así ocurre en cierta medida con el secuestro (figura que aparece regulada en los arts. 131, 133, 134 y 135 RSCL), si bien cabe entender que éste de algún modo encuentra una regulación en el artículo 167 LCAP, donde se contempla la facultad de la Administración de intervenir el servicio hasta que desaparezca la perturbación grave del mismo provocada por el incumplimiento del contratista. Según este artículo 167 LCAP: «Si del incumplimiento por parte del contratista se derivase perturbación grave y no reparable por otros medios del servicio público y la Administración no decidiese la resolución del contrato, podrá acordar la intervención del mismo hasta que aquélla desaparezca. En todo caso, el contratista deberá abonar a la Administración los daños y perjuicios que efectivamente le haya irrogado». Como puede apreciarse este precepto contempla el mismo supuesto del secuestro del servicio al que se alude en el RSCL, donde no obstante se da al tema una regulación más detallada; sobre este particular, *vid.* SOSA WAGNER, F., *Comentarios ...*, op. cit., págs. 163 y 164.

³⁶ *Vid.* artículos 136 y 137 RSCL.

