

# La necesaria concreción del contrato de gestión de servicios públicos. Especial referencia al ámbito municipal

Amparo Koninckx Frasquet  
Secretaría de Administración Local de categoría superior

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. REQUISITOS DEL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. A. Competencia y *publicatio*. B. Contenido económico y que no impliquen ejercicio de autoridad. III. SERVICIO PÚBLICO Y COMPETENCIAS MUNICIPALES. A. Consideraciones generales. B. Servicios públicos municipales. IV. LA INDETERMINACIÓN DEL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS EN EL ÁMBITO LOCAL. A. Doctrina jurisprudencial. B. Delimitación de figuras afines. C. Consideraciones finales.

## I. INTRODUCCIÓN

La LCAP no ha supuesto cambios fundamentales en la regulación del contrato de gestión de servicios públicos, por lo que se siguen manteniendo algunas de las imprecisiones anteriores.

Según han denunciado GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ<sup>1</sup> —y prácticamente toda la doctrina—, bajo la rúbrica común del contrato de gestión de servicios públicos se encubre una pluralidad diversa de técnicas contractuales. «Lo que la rúbrica expresa, más que un tipo contractual definido, es una simple técnica de gestión de servicios, la gestión llamada indirecta o por medio de empresas, por oposición a la gestión directa».

Así resulta del artículo 155 LCAP que, en términos análogos al art. 63 LCE, afirma respecto al contrato que estudiamos que «*se encomiendan a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio público*», añadiendo el artículo 157 una pluralidad de figuras.

De otro lado, el objeto de este contrato es, según se indica en el art. 155 transcrito, la gestión de un servicio público, si bien no se define lo que se entiende por servicio público; concepto que, como es sabido, procede de principios del siglo XIX, fundamentalmente de su elaboración por la doc-

<sup>1</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Civitas, séptima edición, 1996, pág. 696.

trina francesa y que ha venido ampliándose progresivamente, hasta el extremo de dar lugar, según afirman Gaspar ARIÑO y J. L. VALLINA, a un cajón de sastre en el que cabe lo que en cada momento quiere el Conseil d'Etat <sup>2</sup>.

Dicho concepto fue importado a España por nuestra doctrina científica, legislación y jurisprudencia, pero en el momento actual tiene rasgos propios, que son consecuencia, según indica GARRIDO FALLA <sup>3</sup>, en primer lugar, de que en el Derecho administrativo español, a diferencia del francés, no es una construcción doctrinal cerrada en su propio ordenamiento jurídico-positivo (por el contrario, aparte la francesa, las influencias de las doctrinas italiana y alemana son notorias); en segundo lugar, porque las propias exigencias de nuestro ordenamiento positivo han determinado un uso del concepto que, en algunos aspectos, difiere bastante del francés.

Ahora bien, no existe un concepto unívoco ni en la doctrina española ni en nuestra legislación, utilizándose en sentido amplio y estricto.

Efectivamente, de todos es conocida la problemática a la hora de dar un concepto de servicio público <sup>4</sup>, siendo reiterada la máxima de que «existen tantos conceptos de servicio público como tratadistas han escrito sobre él», y tampoco a nivel legal se alude a una misma y única realidad.

De hecho, el TS la mayoría de veces que ha dado una definición de servicio público ha sido para determinar la responsabilidad de la Administración por «el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos», utilizando dicho término en el más amplio sentido de función administrativa <sup>5</sup>; y en otras ocasiones para diferenciar los contratos administrativos y privados, sin la suficiente precisión, como veremos más adelante.

<sup>2</sup> Gaspar ARIÑO ORTIZ, «El servicio público como alternativa», *REDA*, núm. 23, 1979, pág. 544.

<sup>3</sup> Fernando GARRIDO FALLA, «El concepto de servicio público en Derecho español», *RAP*, núm. 135, 1994, pág. 7.

<sup>4</sup> Sobre la teoría del servicio público puede consultarse: Luis MARTÍN REBOLLO, «De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica», *RAP*, núms. 100-102, 1983, págs. 2471 a 2542.

<sup>5</sup> TS, sentencia de 15 de febrero de 1994, Arz. 892: «El concepto de servicio público ha sido definido por esta Sala —Sentencias de 5 de junio de 1898 (RJ 1989, 4338) y 22 de noviembre de 1991 (RJ 19991, 8844)— como toda actuación, gestión o actividad propias de la función administrativa, ejercida, incluso con la pasividad u omisión de la Administración cuando tiene el deber de actuar o comportarse de un modo determinado».

No es éste el momento de entrar en debates, ni de intentar dar una noción general de servicio público, por el contrario, únicamente voy a intentar delimitar en este estudio el contrato de gestión de servicios públicos partiendo de los requisitos establecidos en la LCAP, analizando los supuestos que la jurisprudencia califica como tales, especialmente respecto al ámbito local, y más concretamente, en cuanto sea posible, al municipal. Dejamos al margen en principio, las notas que caracterizan la noción de servicio público (prestación al público, continuidad, etc.), sin perjuicio de referirnos a ellas en cuanto sea necesario a nuestros efectos.

Así, en primer lugar, del art. 156-I de la LCAP se deriva que el contrato de gestión de servicios públicos requiere que se trate de servicios de:

- competencia de la Administración contratante;
- contenido económico y no implique ejercicio de autoridad.

De estos requisitos nos detendremos fundamentalmente en el primero, aunque aludiré brevemente al segundo, al menos por aportar datos de actualidad.

## II. REQUISITOS DEL CONTRATO DE GESTIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO

### A. Competencia y *publicatio*

El art. 156-1 LCAP dispone que:

*«La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia...»*

En el mismo sentido en el ámbito local, el art. 85-1 LBRL:

*«son servicios públicos locales cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las Entidades Locales».*

Se trata, éste, de un concepto amplio de servicio público porque puede abarcar todos los aspectos de la competencia de las Entidades Locales, con las matizaciones que luego veremos.

Ahora bien, la cuestión no es tan sencilla, porque todo contrato que realiza la Administración está, en cierta medida, dentro de su competen-

cia, si no sería nulo de pleno Derecho (art. 62 Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común), por lo que hay que dar un paso más.

Al efecto, el art. 156-2 LCAP requiere que, antes de procederse a la contratación de un servicio público, debe haberse declarado «*que la actividad de que se trate queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma*».

Es lo que la doctrina denomina *publicatio*, término acuñado inicialmente por VILLAR PALASÍ, pero que su significado actual no es pacífico, habiéndose planteado si se refiere a que se le atribuya su titularidad en exclusiva, es decir, reservada a la Administración, lo que exige una norma con rango de ley (arts. 128 CE y 86 LBRL) y excluye la iniciativa privada y de otras Administraciones Públicas o basta con que sea de su competencia.

Para un sector supone la atribución de titularidad a la Administración. Según Gaspar ARIÑO <sup>6</sup>, «toda declaración de servicio público significa la asunción de titularidad por la Administración, que queda incorporada al quehacer de ésta y excluida de la libre acción de los particulares. Es lo que se ha llamado exclusividad regalista o titularidad pública sobre la actividad en que consiste el servicio público». Igualmente VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA, respecto al art. 197 del RCE, indican que el concepto mismo de servicio público implica la publicación, *publicatio* de una actividad de modo que la titularidad excluyente de la misma pasa a la Administración y el particular sólo puede llevarla a cabo mediante alguna de las formas de gestión establecidas para la misma <sup>7</sup>.

Ahora bien, dicha noción de servicio público, que obedece a su concepción inicial y ha tenido también reflejo en la jurisprudencia tradicional, es más bien —en principio— predicable respecto a la Administración del Estado, en la que aparece íntimamente vinculada a la idea de titularidad junto a la exigencia de la ley formal, si bien no puede generalizarse a todas las Administraciones Públicas, como ha reconocido recientemente el TS en sentencia de 23 de mayo de 1997 (Arz. 4065).

Efectivamente, hay numerosos ejemplos de leyes que declaran una actividad como servicio público atribuyendo su titularidad al Estado.

<sup>6</sup> «El servicio público como alternativa», pág. 547.

<sup>7</sup> J. L. VILLAR PALASÍ y J. L. VILLAR EZCURRA, *Principios del Derecho Administrativo, Tomo III Contratación Administrativa*, Universidad de Madrid, 1983, pág. 316.

No obstante, pese a ello, en muchos casos concurren con la iniciativa privada (enseñanza, sanidad, etc.)<sup>8</sup>.

Así, v. gr., por lo que se refiere a la sanidad, la Ley 14/1986, de 25 de abril (General de Sanidad), se refiere en el artículo 5 a los servicios públicos de salud, en su art. 88 reconoce el derecho al ejercicio de las libres profesiones, en el art. 89 la libertad de empresas en el sector sanitario, y el art. 91 habla de la realización de actividades sanitarias calificadas de alto interés social. En el ámbito de la sanidad no hay, pues, una reserva ni formal ni material de la actividad al sector público, la medicina pública coexiste con la privada cuya libertad de ejercicio se proclama expresamente en la Ley. ¿Significa eso que la sanidad no es materialmente un servicio público?<sup>9</sup>.

La respuesta considero que se encuentra en la distinción que hace BERMEJO VERA sobre las posibles concepciones del servicio público y, en consecuencia, del empleo del término *publicatio*. De un lado, la subjetiva, en la que lo relevante es la titularidad de esa actividad en una Administración Pública, que procede a su gestión bien directamente o bien indirectamente a través de particulares (concesionario); de otro lado, la objetiva, en la que lo importante es que la actividad se someta a las reglas de Derecho público, que permiten controlar y asegurar su prestación —pues dicha actividad satisface el interés general—, sin importar su titularidad. El alcance de la *publicatio* es distinto según se trate de uno u otro supuesto, pues en el primer caso —noción estricta— la Administración realiza la actividad en régimen de monopolio, en tanto que en el segundo caso la declaración como servicio público no conlleva la exclusión de la iniciativa privada sino que simplemente califica la actividad o servicio en cuestión, expresando el compromiso del Estado en garantizar o asegurar una prestación colectivamente sentida por la sociedad. Entre los servicios en sentido objetivo, el citado autor alude a los servicios públicos de la salud y educación, de tal modo que la consideración de la prestación de sanidad o educación como servicio público no implica en ningún caso la asunción

<sup>8</sup> Hoy la doctrina francesa «ha coincidido en concluir, examinando la gran variedad de situaciones y los diferentes regímenes de servicio público que ha contemplado la jurisprudencia, que no existe una noción unitaria de servicio público que tenga validez universal. No se caracteriza el servicio público por ser una actividad monopolizada por la Administración, ni por corresponder su titularidad siempre a una entidad pública, ni tan siquiera por exigir de modo inevitable que el régimen jurídico de la actividad esté sometido a reglas peculiares distintas del Derecho ordinario». MUÑOZ MACHADO, *Servicio Público y Mercado*, Tomo I, *Fundamentos*. Civitas, 1998, pág. 88.

<sup>9</sup> Carmen CHINCHILLA MARÍN, «Servicio público: ¿crisis o renovación?», en la obra colectiva *Régimen jurídico de los Servicios Públicos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1997, págs. 95 y 96.

de titularidad de dicha actividad, sino que establece la obligación del Estado de establecer un sistema sanitario o educativo suficiente, o al menos a garantizar al ciudadano la posibilidad de acceso a dichas prestaciones, aunque estén bajo la órbita de la iniciativa privada <sup>10</sup>.

Lo expuesto son sólo algunos de los posibles ejemplos que demuestran que en España, pese a la declaración de algunos servicios públicos formalmente como tales, no siempre se atribuye su titularidad a la Administración.

Por diversas circunstancias, que no es éste el lugar de explicar con detalle, el Estado, debiendo atender a más necesidades, ha cambiado, no sirviendo el viejo concepto monopolístico. A ello hay que unir la integración de España en la Unión Europea, que ha supuesto, como bien ha destacado Gaspar ARIÑO, gran conocedor de la materia, la ruptura de monopolios comerciales que no estuviesen vinculados a una misión de interés general que requiera esencialmente la exclusividad como medio para conseguirlo o a un sector excepcionado, y así algunas de las regulaciones de los grandes servicios públicos han tenido que ser ajustados a la Comunidad Europea <sup>11</sup>.

En el ámbito municipal ha existido, sin embargo, una distinción más clara entre los servicios de titularidad municipal y los servicios públicos municipales. Como dice el TS, en sentencia 23 de mayo de 1997, Arz. 4065:

«...en el ámbito local, existe una noción de servicio público vinculada a la idea de competencia en sintonía con el reiterado artículo 85 LBRL, que *consideran servicios públicos a cuantos tienden* a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las entidades locales. *Este concepto atiende no tanto a la idea de titularidad como a la de competencia*, de manera que la calificación de una determinada actividad prestacional como de servicio público local no convierte al correspondiente ente local en titular de dicha actividad, ni excluye una eventual prestación a iniciativa de otras Administraciones públicas o a iniciativa de los particulares. Así, cabe distinguir entre servicios de titularidad municipal y *servicios públicos municipales* caracterizados por la declaración formal o *publicatio*, la naturaleza prestacional, la necesidad de utilizar un procedimiento o forma de gestión de Derecho público y por el criterio teleológico de servir a fines señalados como de la competencia de las Entidades Locales.

<sup>10</sup> Tomo la referencia de Pablo MENÉNDEZ, «Una interpretación renovada de la reserva de servicios esenciales en favor de las Entidades Locales (especial referencia a abastecimiento de aguas y suministro de gas)», *REDA*, núm. 89, 1995, págs. 65 y 66.

<sup>11</sup> Gaspar ARIÑO, «El nuevo modelo de servicios públicos competitivos», en la obra colectiva *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid 1997, pág. 24.

De esta manera, pueden considerarse servicios públicos locales los que los Entes Locales declaren como tales, siempre que cumplan los requisitos del artículo 85 LBRL, aunque no puedan considerarse de titularidad local»<sup>12</sup>.

La noción de servicio público se refiere a la competencia y no a la titularidad, pudiendo ser con o sin reserva de la titularidad al Ente Local, es decir, en monopolio o libre concurrencia con otras Administraciones públicas y particulares (así servicios públicos como instalaciones deportivas, mercados, etc., concurren con instalaciones deportivas y mercados privados). Lo que ocurre es que, algunos servicios no reservados, al exigir para su prestación la ocupación de bienes de dominio público, impliquen un monopolio de hecho<sup>13</sup>.

Los servicios de titularidad municipal, reservados en su favor por el art. 86-3 de la LBRL<sup>14</sup>, no son una imposición legal sino una mera posibilidad de que dispone el Ente local, según se demuestra al establecer los requisitos para su efectiva ejecución por aquel. El Municipio puede manifestar su titularidad mediante el ejercicio monopolístico de los mismos, con exclusión de la iniciativa de cualquier otro sujeto público o privado. Sin embargo, en el caso de los servicios públicos municipales, el Municipio «no puede considerarse automáticamente titular o *dominus* del servicio en cuestión, y no podrá, en principio, excluir, a la iniciativa privada de la prestación del mismo»<sup>15</sup>.

La *publicatio* implica, por tanto, únicamente que se declare que estamos ante un servicio público, ya que no toda actividad es un servicio pú-

<sup>12</sup> La cursiva es nuestra.

<sup>13</sup> Al respecto Ángel BALLESTEROS pone como ejemplo el abastecimiento domiciliario de agua potable y la recogida de basura. *Manual de Administración Local*, Comares, cuarta edición, 1998, pág. 440.

<sup>14</sup> El art. 86-3 LBRL, redactado conforme al Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, que suprime la mención del servicio mortuario, dispone: «Se declara la reserva en favor de las Entidades locales de las siguientes actividades o servicios esenciales: abastecimiento y depuración de aguas, recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos; suministro de gas y calefacción, mercados y lonjas centrales; transporte público y de viajeros. El Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer, mediante Ley, idéntica reserva para otras actividades y servicios».

La efectiva ejecución de estas actividades en régimen de monopolio requiere, además de lo dispuesto en el número 2 de este artículo, la aprobación por el órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma».

<sup>15</sup> En este sentido y referido al ámbito municipal: FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ, *Cunal*, Extra julio 1996, pág. 81. La misma postura se mantiene por LÓPEZ PELLICER, «Actividades y servicios locales en el Reglamento de la Generalitat de Cataluña de 13 de junio de 1995 (supuestos y formas de implantación)», *RAP*, núm. 141, 1996, págs. 275-6.

blico: hay actividades similares donde una es servicio público propiamente y otras no.

Acudiendo al ejemplo tradicional en el ámbito municipal, el transporte: el transporte urbano es servicio público sujeto a concesión y, en cambio, el servicio de taxis no es servicio público propiamente, sino, como lo denomina la doctrina mayoritaria, un *servicio público virtual o impropio o actividad reglamentada* sometido a autorización <sup>16</sup>.

Los servicios virtuales o impropios son actividades privadas de prestaciones dirigidas al público que, por razones del interés público especial que encierran, se reconocen a la Administración poderes de intervención y control.

No hay una *publicatio* de la actividad o no se extiende a su totalidad <sup>17</sup>, por lo que no es propiamente un servicio público, pero se exige autorización y somete a una reglamentación, surgiendo una relación de sujeción especial entre la Administración y los particulares <sup>18</sup>.

En concreto, respecto al servicio de taxis, dice el TS en sentencia de 15 de diciembre de 1982, Arz. 7972:

«... el mismo plantee un problema propio de los servicios urbanos, lo que quiere decir, un problema referente a un servicio público aunque éste se califique de impropio o virtual por la doctrina en atención a las circunstancias de ser prestado por unos titulares que en ningún momento dejan de tener la condición de particulares, los cuales, no sólo es que no queden revestidos de la cualificación de agentes o funcionarios de la Administración, sino que ni tan siquiera de la de concesionarios, puesto que su título les viene conferido por una habilitación de naturaleza simplemente autorizante: por una licencia.

Que si no obstante lo dicho, aunque con el calificativo de impropio, este calificativo merece la consideración de servicio público, es en razón a los fines de interés general que el mismo satisface, a su utilidad, dentro de las necesidades que

---

<sup>16</sup> Sin embargo, ENTRENA CUESTA considera que se trata de medidas típicas de la policía administrativa, «El servicio de taxis», *RAP*, núm. 27, pág. 39.

Véase también al respecto, J. A. LÓPEZ PELLICER, «Servicio público municipal y actividades particulares de interés público», *REVL*, núm. 178, 1973.

<sup>17</sup> En el caso del transporte la declaración de servicio público no abarca a la totalidad de la actividad.

<sup>18</sup> A ellos se refiere el art 1-4 y 17 del RSCL, de 17 de junio de 1955, cuando conlleva la utilización de bienes de dominio público como ocurre por ejemplo con el servicio de taxis. Dice así el art 1-4 RSCL: «Los Ayuntamientos podrán intervenir la actividad de sus administrados en los servicios de particulares destinados al público, mediante la utilización especial o privativa de bienes de dominio público, para imponer la prestación de aquellos debidamente y bajo tarifa».

la vida comunitaria plantea, sobre todo en las grandes ciudades, motivos éstos que son los que justifican que el servicio, aun en manos de dichos particulares, tenga que estar sometido a una reglamentación y una organización supraordenada a la voluntad de los que, desde su perspectiva personal, sólo ven en el servicio un instrumento de un negocio privado».

Y en sentencia de 29 de septiembre de 1988, también respecto al servicio de auto-taxi, el TS declara que «la relación entre el titular de la licencia y el Ayuntamiento es una relación especial de sujeción «...» dado que aunque se trata por el contenido de una actividad *cuasi-privada*, no deja necesariamente de estar reglamentada por razón del interés público en cuanto sometida a un régimen de autorización con reglamentación de la prestación en su totalidad...».

Las actividades que son declaradas servicios públicos pueden gestionarse de forma directa o indirecta por la Corporación, mientras que las otras actividades son sometidas a autorización y a una reglamentación minuciosa.

Ahora bien, este distinto régimen es la consecuencia de su previa calificación, no habiendo un criterio claro de por qué unas actividades son servicios públicos propiamente y otras servicios impropios <sup>19</sup>.

Ya en el año 1960, se planteó ALBI <sup>20</sup> quién podría impedir a un Ayuntamiento decidir gestionar el servicio de taxis mediante concesión previa licitación, si según la legislación local las Corporaciones Locales tienen competencia en el régimen de transportes públicos, concluyendo que «*resulta notorio que aquí no existen más que diferencias basadas en signos externos de carácter artificial, determinados por motivos de mera conveniencia*».

También PARADA VÁZQUEZ <sup>21</sup> relativiza la distinción, indicando que estas formas de intervención tratan de ahorrar o limitar la actividad de prestación directa de la Administración o la creación de una organización corporativa, pero de otro lado constituyen *una respuesta alternativa a la organización de la gestión indirecta por concesión* <sup>22</sup>. Esto hace —conti-

<sup>19</sup> Tampoco la jurisprudencia es unánime. Respecto a las oficinas de farmacia según el ponente se considera que son o no servicio público. Véase GONZÁLEZ SALINAS, Civitas, Madrid, 1991.

<sup>20</sup> Fernando ALBI, *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Aguilar, Madrid, 1960, pág. 691.

<sup>21</sup> PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo. Tomo I. Parte General*, Marcial Pons, 1995, séptima edición, págs. 491-492.

<sup>22</sup> La cursiva es nuestra.

núa PARADA— muy difícil distinguir las autorizaciones que en estos casos legitiman la actividad privada respecto de la concesión del servicio <sup>23</sup>. Reconociendo que entre ambas figuras hay algunas diferencias en el régimen jurídico, considera que dichas diferencias son escasamente operativas y no es fácil encontrarles justificación <sup>24</sup>; pareciendo que la elección de la fórmula de la *publicatio* seguida de la gestión indirecta por concesión se impone cuando se trata de servicios puntuales y globales que no admiten pluralidad de concesionarios (abastecimiento de agua, transporte urbano, etc.) y, por el contrario, se someten a autorización reglamentada actividades en que interesa que haya un conjunto de personas que las preste, y además tiene la ventaja de mantener cierta competencia (farmacias, taxis... etc.) <sup>25</sup>.

Ahora bien, teniendo en cuenta que salvo los casos de reserva, la mayoría de actividades se prestan en libre concurrencia (deporte, sanidad, cultura), éste es un criterio práctico —no legal— que sólo tiene aplicación en algunos supuestos.

Recapitulando podemos concluir que lo que se entiende por servicio público depende del momento histórico y de la evolución social.

En concreto, el TS, en la sentencia de 11 de marzo de 1988, Arz. 1996, respecto a un supuesto referido al ámbito municipal, ha declarado que:

«... no puede compartirse una interpretación estrictamente literal de los servicios municipales enumerados en los arts. 101 y siguientes de la Ley de Régimen Lo-

<sup>23</sup> La distinción entre concesiones y autorizaciones es un tema tradicional en la doctrina administrativa que ha tratado de sistematizar sus características, separando ambas técnicas de intervención. Como ha señalado MUÑOZ MACHADO, a medida que las intervenciones administrativas, en los diferentes sectores económicos, se han hecho más complejas, la figura de la concesión se ha flexibilizado recogiendo múltiples manifestaciones que se diferencian mucho entre sí. Un proceso semejante han sufrido las autorizaciones. La desnaturalización unas veces, y la multiplicación y variedades de modelos y técnicas aplicadas para las mismas finalidades han hecho entrar en crisis algunas concepciones tradicionales sobre las técnicas administrativas de intervención en actividades privadas. Si dicha confusión existe, por lo dicho, entre las técnicas de autorización y concesión en el ordenamiento interno, mayor es el problema si se tiene en cuenta que las características de estos títulos habilitantes de la actividad privada no coinciden exactamente en todos los Estados miembros de la Unión Europea. Por estas razones, la Comunidad Europea ha aprobado la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de abril de 1997 (Directiva 97/13 CE) relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito del servicio de telecomunicaciones. MUÑOZ-MACHADO, obra citada, págs. 309 a 316.

<sup>24</sup> La jurisprudencia se ha pronunciado respecto a la distinción entre autorización y concesión especialmente con respecto a los kioscos y hamacas en las playas. Tras mantener posturas contradictorias definitivamente ha unificado su doctrina especialmente a partir de la sentencia de 17 de junio de 1987.

<sup>25</sup> Obra citada, pág. 493.

cal <sup>26</sup>, pues al margen que dicho precepto (de conformidad con el art. 3 del Código Civil) ha de interpretarse en consonancia con la realidad social subyacente, no puede olvidarse que, en último término, la construcción técnico-jurídica de los servicios públicos, en cuanto expresión dinámica de los deberes prestacionales de la Administración, no puede ser un obstáculo para el necesario desarrollo y cumplimiento de los intereses públicos que convergen en las competencias municipales» <sup>27</sup>.

Los grandes servicios públicos de carácter económico son, como ha destacado MUÑOZ MACHADO recientemente, buen ejemplo de su titularidad y gestión por la Administración o encomienda a empresas privadas sometiénolas o no a distintas formas de intervención y control. Así, respecto al suministro eléctrico, inicialmente todas las actividades eran desarrolladas por empresas privadas unas veces por concesión y otras por autorización, aumentándose progresivamente la intervención administrativa, teniendo especial significado al respecto el Real Decreto Ley de 12 de abril de 1924, el cual considera que el suministro eléctrico es básico para las necesidades de la vida moderna y es necesario controlar la eficiencia de su prestación, y para facilitar la ocupación de los terrenos con las instalaciones, en su art. 1 se declara servicio público el suministro. Posteriormente, por la Ley de 1984 se aplicó la calificación de servicio público a las redes principales de transportes sin que se haya producido respecto a la producción.

Por tanto, no todas las actividades necesarias para el funcionamiento del sistema eléctrico han sido calificadas formalmente como servicio público, habiendo estado fundamentalmente en manos de empresas privadas habilitadas por concesión o simples autorizaciones según los casos <sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Hoy arts. 25 y ss. LBRL.

<sup>27</sup> Sin entrar en consideraciones sobre esta declaración general, no comparto, sin embargo, la aplicación posterior en el supuesto concreto. En base a la doctrina expuesta el TS declara servicio público un centro municipal de informática, por «la especial importancia que en el normal funcionamiento de todos los servicios públicos tiene la puntual y exacta información acerca de padrones, censos, tributos, edificios, vehículos, etc., afectados por la Administración municipal», criterio que considero carente de justificación por cuanto la noción de servicio público no puede abarcar cualquier actividad de la Administración por muy importante que sea, sino que se trata como mínimo, por su propia esencia, de una actividad de prestación dirigida al público, lo que no acontece en el presente caso referido a una actividad que afecta a la organización interna o servicios burocráticos que permiten una mejor atención al ciudadano pero en ningún caso una prestación al público. Debe aquí distinguirse entre servicios públicos y administrativos, como se hace en el art. 4 *in fine* del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales. Muchos servicios complementarios para el funcionamiento de la Administración (art. 197-3-b LCAP), por ejemplo, podría decirse en el mismo sentido que afectan al buen funcionamiento de los servicios públicos, y se incluyen en el contrato de servicios (art. 197-3 LCAP), no siendo por ello contratos de gestión de servicios públicos.

<sup>28</sup> MUÑOZ MACHADO, *obra citada*, págs. 89 a 97.

Sin embargo, respecto al suministro de gas la Ley 10/1987 declara servicio público el suministro, producción, conducción y distribución de gas canalizado. Por lo que, a diferencia de lo que hemos visto que ocurre en el sector eléctrico, en el de gas por canalización todo él es de titularidad pública <sup>29</sup>.

Podríamos aquí plantearnos por qué en servicios en principio asimilables la declaración de servicio público tiene distinto alcance <sup>30</sup>.

## **B. Contenido económico y que no impliquen ejercicio de autoridad**

Por otra parte, el contrato de gestión de servicios públicos se ha de referir a servicios que tengan un contenido económico, que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares, sin que, en ningún caso, puedan prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de autoridad, inherente a los poderes públicos (art. 156.1 LCAP).

El carácter económico quiere decir que permita obtener beneficios económicos con su explotación, lo que es distinto, según sabemos, a la iniciativa pública en la actividad económica. Hay servicios públicos que implican cierta actividad empresarial o económica (transportes) mientras que la iniciativa pública en la actividad económica se refiere a la actuación empresarial de dación de bienes al mercado por actividades no publicadas y que no entran en el ámbito de sus competencias sino de su capacidad (art. 25-1 LBRL), puede ser cualquier actividad que redunde en beneficio de sus habitantes (art. 96 TR 781/86) mediante expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad (art. 86 LBRL). En el mismo sentido, el Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de Cataluña, de 13 de junio de 1995, lo distingue claramente regulando en títulos separados los servicios públicos (Título V) y la iniciativa pública en la actividad económica (Título IV).

<sup>29</sup> JAVIER SALAS HERNÁNDEZ, «Régimen jurídico de las concesiones del servicio de suministro de gas por canalización», *REDA*, núm. 65, 1990, pág. 19.

<sup>30</sup> Ante la apertura de los servicios a la competencia, hay autores que propugnan la transformación del concepto de servicio público, sustituyéndolo por el de servicio universal; término utilizado por primera vez en el Libro Verde de servicios y equipos de telecomunicaciones de 1987. Así, Gaspar ARIÑO señala la necesidad de distinguir entre prestaciones de mercado y prestaciones de servicio esencial universal, entendiéndolo por este último como estándar mínimo a que todos tienen derecho y que la autoridad entiende que deben ser cubiertas. Gaspar ARIÑO, «El nuevo modelo de servicios públicos competitivos», en la obra colectiva *El nuevo servicio público*, pág. 32.

Excede de este trabajo detenernos en la iniciativa pública de la actividad económica, que requeriría un estudio monográfico <sup>31</sup>. No obstante, por su importancia y actualidad, no podemos por menos dejar de traer aquí a colación la sentencia del TS de 17 de junio de 1998, en la que se revisa la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 26 de febrero de 1992, que anula la modificación del art. 3 apartado c) de los estatutos de la Sociedad Municipal de Actuaciones Urbanísticas (AUMSA), que incluía en su objeto social «la edificación y rehabilitación urbana» por considerar que es lo suficientemente genérica para que no pueda entenderse que satisface a la función concretizadora <sup>32</sup>.

El TS revoca la sentencia apelada considerando, tras examinar la normativa aplicable, que se ofrece a estas sociedades «un amplio campo para la renovación y remodelación urbana, sin limitaciones cuantitativas de ningún tipo. En este sentido pretender que las normas estatutarias de la sociedad urbanística han de circunscribir el objeto de actividad al campo de las viviendas de protección oficial o de cualquier otro tipo de viviendas de coste reducido, carece de justificación».

Según el TR 781/1986, tanto los servicios públicos como la iniciativa en la actividad económica pueden realizarse por gestión directa o indirecta (art. 95 TR).

Sin embargo, pese a tal declaración, debemos matizar:

En primer lugar, el contrato de gestión de servicios públicos, como hemos dicho, queda reducido a la gestión indirecta, al excluir la LCAP —art. 155-2— de la regulación de dicho contrato las formas de gestión directa.

En segundo lugar, la iniciativa pública en la actividad económica no es prestada normalmente de forma indirecta porque —con la excepción de la sociedad de participación minoritaria de la Administración— ello sólo cabe en el caso de que se trate de servicio público, siendo la forma más

<sup>31</sup> Sobre la iniciativa pública en la actividad económica en el ámbito local: Francisco Sosa WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, 3.ª edición, Civitas, 1996, págs. 29 a 63.

Francisco HURTADO ORTS, «La Iniciativa Pública Local en la actividad económica», *Publicaciones Federación Valenciana de Municipios y Provincias*, núm. 12, Civitas, 1994.

<sup>32</sup> Recuérdese que el TS, en sentencia de 10 de octubre de 1989, en relación con la constitución por el Ayuntamiento de Barcelona de una sociedad privada municipal declaró la necesidad de que se concrete el objeto social.

adecuada a través de formas con independencia orgánica y financiera de la Administración <sup>33</sup>.

De ahí que la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña 8/1987, de 4 de abril, (art. 227-3) y actual Reglamento de Obras, Actividades y Servicios establezcan que la iniciativa pública en la actividad económica sólo puede realizarse por organismos autónomos, sociedades mercantiles o cooperativas.

De otra parte, no cabe contrato de gestión de servicios públicos en caso de que implique ejercicio de autoridad (art. 156-1 *in fine* LCAP, en términos casi idénticos art. 85-2 LBRL).

Las funciones de autoridad tienen que ejercerse directamente y por organización general (art. 95 TR) sin que quepa, por tanto, la gestión indirecta ni la gestión directa por organismo especializado, organismo autónomo o sociedad mercantil <sup>34</sup>.

Se considera mayoritariamente por la doctrina que implican ejercicio de autoridad, v. gr., seguridad de lugares públicos, ordenación del tráfico y personas en vías públicas, protección y extinción de incendios, y disciplina urbanística.

No obstante, para SALAS HERNÁNDEZ no tiene sentido hablar de servicios que no impliquen ejercicio de autoridad ya que si «se trata de verdaderos servicios, en sentido técnico estricto, y no de funciones o potestades administrativas, es obvio que no habrá nunca ejercicio de autoridad», por lo que sobra cualquier prevención a ese respecto, considerando que, como sostuvo con razón ALBI, los servicios que impliquen ejercicio de autoridad «no son sino actividades estrictamente jurídicas que persiguen finalidades no económicas» <sup>35</sup>.

En cualquier caso, de todos es conocido que en ocasiones se ha recurrido al contrato de servicios (art 197-3 LCAP) alegando que únicamente se «colabora» con la autoridad.

<sup>33</sup> LLISSET BORRELL, citado en DELA CUÉTARA en *Introducción a los servicios locales. Tipos de prestaciones y modalidades de gestión*, MAP, 1991, pág. 163.

<sup>34</sup> Asimismo, el art. 189-1 del Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de Cataluña dispone que «los servicios que comporten el ejercicio de potestades indeclinables y de coacción administrativa han de ser prestados por las Entidades Locales en la forma de gestión directa».

<sup>35</sup> JAVIER SALAS HERNÁNDEZ, «Régimen Jurídico de los Servicios Públicos Locales Esenciales», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 11, julio-agosto-septiembre de 1992, pág. 39.

El TS, en sentencias de 29 de enero de 1990 (Arz. 561), 5 de marzo de 1993 (Arz. 1555) y 31 de octubre de 1997 (Arz. 7242), ha reiterado la imposibilidad de gestionar indirectamente el servicio de recaudación de tributos por tratarse de una función pública que implica ejercicio de autoridad <sup>36</sup>, incluyendo (7242/1997) en ella la investigación e inspección de tributos <sup>37</sup>.

### III. SERVICIO PÚBLICO Y COMPETENCIAS MUNICIPALES

#### A. Consideraciones generales

Volviendo al ámbito del contrato de gestión de servicios públicos, como hemos visto, se mantiene un concepto material de servicio público vinculado a la competencia municipal.

No procede entrar en el régimen de competencias de las Entidades locales. No obstante, al objeto que aquí nos interesa, debemos recordar que el Tribunal Constitucional ha construido el principio de autonomía local (sentencia de 28 de julio de 1981) como un derecho de la comunidad local a la participación de cuantos asuntos afecten al círculo de sus intereses y que debe graduarse la intensidad de esta participación en función de la relación entre intereses locales y supralocales.

Así, el art 2-1 de la IBRL dispone que:

«Para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las Entidades locales, la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas,

---

<sup>36</sup> En base al reiterado art. 85-2 LBRL, y por la reserva de las funciones públicas a los funcionarios de carrera en el art. 92.2 y 4 LBRL.

<sup>37</sup> Frente a la alegación del Ayuntamiento de que la adjudicación no era de la recaudación ejecutiva, ya que el acuerdo decía textualmente «adjudicar la formación de un banco de datos, el servicio de investigación, inspección y recaudación de tributos locales derivados tanto de las listas cobradoras del citado banco, como de los demás hechos imponibles de futuro...», el TS indica que «no puede sostenerse que la adjudicación no fuera del servicio de recaudación municipal, sino que sirve para considerar que, además de él, se incluyó en la adjudicación otros servicios (investigación e inspección de tributos locales) no ajenos al ejercicio de autoridad y que comportan características de funciones públicas» (31 de octubre de 1997, Arz. 7242).

Asimismo, en sentencia de 13 de octubre de 1997 (Arz. 7439), el TS ha declarado que la inspección técnica de vehículos comporta ejercicio de función pública no susceptible de gestión indirecta constituyendo el ejercicio de tal función por particulares un caso de colaboración mediante convenio.

reguladoras de los distintos sectores de acción pública, según la distribución constitucional de competencias, deberá asegurar a los Municipios, las Provincias y las Islas su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que procedan en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la Entidad Local, de conformidad con los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos.»

Posteriormente, la LBRL siguiendo el sistema tradicional establece:

— Obligación de los Municipios de prestar determinados servicios (art. 26), lo que supone que se le atribuye a su vez la competencia.

— Una habilitación genérica (art. 25-1), reconociendo al Municipio capacidad para prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal.

— Una relación de materias (art. 25-2) en las que el Municipio, en todo caso, tendrá competencias en los términos de la legislación sectorial del Estado o Comunidad Autónoma, según la distribución de competencias.

— Finalmente, se prevé la posibilidad de ejercer competencias delegadas y complementarias (arts. 27 y 28).

Para el TC, sentencia 214/1989, de 21 de diciembre, la concreción última de las competencias locales queda remitida a la legislación sectorial, ya sea estatal o autonómica, según el sistema constitucional de distribución de competencias entre el Estado y Comunidad Autónoma, pero advirtiéndose que ello no significa «que el legislador autonómico pueda, con ocasión de esta concreción competencial, desconocer los criterios generales que los arts. 2-1, 25-2, 26 y 36 de la misma LBRL han establecido».

Cada una de las materias exigiría un estudio pormenorizado, como ha sido efectuado por nuestra doctrina <sup>38</sup> y en las que resulta imposible detenernos. Nos referimos por ello en los siguientes epígrafes a los fines de competencia local con carácter general, sin entrar en las regulaciones concretas de cada sector. Recordar, en todo caso, que debe tenerse en cuenta lo que disponga la legislación sectorial, ya que, como ha puesto de manifiesto Tomás Ramón FERNÁNDEZ respecto al servicio de suministro

---

<sup>38</sup> V. gr., además de las citadas con anterioridad en notas de este estudio: A. E. DE ASÍS ROIG, «Los transportes urbanos colectivos», *Tratado de Derecho Municipal*, tomo II, obra colectiva dirigida por MUÑOZ MACHADO, págs. 1509 a 1569, GONZÁLEZ SALINAS, *Infraestructura del gas*, Cedecs Editorial S. L., Barcelona 1998, págs. 169 a 157.

de gas, en la LBRL se declara la reserva de este servicio en favor de los Municipios (86-3), pero el intento de la LBRL de recuperar para los municipios este servicio quedaba condicionado a la ya inminente ley del gas, que tuvo una rápida tramitación, ley que realiza un reparto razonable de papeles entre el Estado y las Comunidades Autónomas, siendo las grandes protagonistas de la política gasística, quedando apenas espacio para los Municipios <sup>39</sup>.

## B. Servicios públicos municipales

Está claro, en primer lugar, que son servicios públicos locales los servicios mínimos obligatorios establecidos en el art. 26 LBRL <sup>40</sup> ya que la propia LBRL así los califica por lo que cumple el requisito de la *publicatio* <sup>41</sup>.

Ahora bien, no es necesario su declaración por ley, como indica LAVILLA, la LCAP emplea la locución de servicio público en sentido amplio (los que tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de la entidad pública), tanto porque tal era la tradición legislativa en materia de contratos públicos, la cual no ha sido objeto de rectificación explícita como porque cuando el legislador quiere emplear la citada expresión en su acepción restringida (formalmente declarados por una norma con rango de ley), lo indica expresamente, al objeto de evitar cualquier duda al respecto <sup>42</sup>.

<sup>39</sup> Tomás Ramón FERNÁNDEZ, «Evolución y posibilidades actuales del servicio público del gas», *Tratado de Derecho Municipal. Tomo II*, Civitas 1988, págs. 1501 y 1502.

<sup>40</sup> El art. 26-1 indica que «los Municipios, por sí o asociados, deberán prestar, en todo caso, los servicios siguientes», y en el art. 26-3 se refiere a ellos como «servicios públicos mínimos». No obstante la falta de precisión de la Ley, ya que no todos los que se enumeran son realmente servicios sino que algunos se refieren a infraestructuras.

<sup>41</sup> El TS, sentencia de 10 de mayo de 1997, Arz. 4371, respecto al suministro eléctrico, ha declarado que: «Resulta insoslayable establecer la conexión entre las competencias municipales a que acabamos de referimos y el derecho *ex art. 18-1-g* LBRL de los vecinos a exigir la prestación y, en su caso, el establecimiento del correspondiente servicio público, en el supuesto de constituir una competencia municipal propia de carácter obligatorio, como aquí sucede. Servicios que, además, deben ser prestados con las notas de regularidad y continuidad para garantizar así al ciudadano su digna subsistencia».

<sup>42</sup> Así, una ley prácticamente contemporánea a la LCAP, como es la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de régimen jurídico de la enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas, alude en su art. 1-1-a a los servicios públicos formalmente declarados como tales. Juan José LAVILLA RUBIRA, «El contrato de gestión de servicios públicos», en la obra colectiva dirigida por R. GÓMEZ-FERRER MORANT, *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, 1996, págs. 757-8.

En esta línea, ha defendido la doctrina municipalista que, en virtud de la autonomía municipal y la potestad de autoorganización que tienen los municipios y por la potestad de constituir y organizar los servicios de su competencia (art. 137 CE, art. 4 LBRL y art. 30 RSCL), son también servicios públicos los que declare el Municipio siempre que reúnan los requisitos del art. 85 LBRL, esto es, que sean competencias municipales.

En estos casos, se requiere que el Municipio «decida su gestión pública, su *publicatio* y esta decisión municipal se lleva a cabo en virtud de la autonomía del Municipio para declarar como servicio público municipal una determinada actividad que cumpla los requisitos legales para poder considerarse como tal servicio público»<sup>43</sup>.

La protección que la doctrina de la garantía institucional asegura frente a veleidades del legislador ordinario se extiende a la potestad de la Entidad Local de crear cuantos servicios públicos locales contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal, aun cuando éste se encuentre fuera de la esfera de los servicios mínimos que el legislador ordinario ha delimitado en la propia LBRL, en cuanto materia de interés propio de las Corporaciones Locales<sup>44</sup>.

Al respecto, el TS en la sentencia, antes transcrita, de 23 de mayo de 1997, concluye que *«pueden considerarse servicios públicos locales los que los Entes Locales declaren como tales, siempre que cumplan los requisitos del artículo 85 LBRL, aunque no puedan considerarse de titularidad local»*.

Dada esta vinculación de los servicios públicos con los fines de la competencia municipal, debe tenerse en cuenta la amplia interpretación realizada tanto por el TS como por la doctrina científica, en base a la autonomía municipal.

Así, el TS, en sentencia de 10 de febrero de 1996, Arz. 1113, se refiere a la impugnación por la Generalitat de Cataluña de un acuerdo de la Diputación Provincial de Barcelona por el que se creaba un Teatro Provincial, alegando que según su Estatuto de Autonomía la competencia en materia de cultura es exclusiva de la Comunidad Autónoma.

La Sala, tras recordar la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la dificultad de establecer ámbitos competenciales exclusivos en materia de

<sup>43</sup> FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ, obra citada, pág. 82.

<sup>44</sup> DE LA CUÉTARA, obra citada MAP, 1991, pág. 82.

cultura, rechaza el criterio de la Generalitat, considerando que el acuerdo de la Diputación tiene cobertura en el art. 36 LBRL apartados c) y d)<sup>45</sup>, sin que se haya invocado ningún precepto preciso y concreto que prive a la Diputación de competencias en materia de teatro; concluyendo que *«una tesis tan restrictiva como la mantenida por la Generalitat no se acomoda a la autonomía de los Entes Locales proclamada por la Constitución española, ya que las competencias de las Diputaciones como Entes Locales se encuentran garantizadas en el art. 137 de la CE»*.

En la misma línea, la sentencia de 21 de mayo de 1997, Arz. 5941, contempla un supuesto de expropiación por un Ayuntamiento dirigida a la creación de un museo numismático y cesión de locales para la Universidad Internacional Menéndez Pelayo y otros fines culturales para la recuperación y rehabilitación de la antigua Casa de la Moneda. Ante las alegaciones de la parte apelante de inexistencia de competencia del Municipio para atender a las finalidades de la expropiación, el TS, tras recordar los arts. 25-2, 25-2.e (patrimonio histórico-artístico), m (actividades o instalaciones culturales y deportivas, coacción del tiempo libre, turismo), n (participar en la programación de la enseñanza y cooperar con la Administración educativa en la creación, construcción y sostenimiento de los Centros Docentes públicos...), declara que:

*«Frente a estos preceptos legales, y al principio de la competencia general del municipio en el círculo de intereses que le es propio... Entendemos que esta interpretación es excesivamente restrictiva y dudosamente compatible con la amplitud con que la Constitución concibe la garantía institucional de la autonomía de gobierno y administración de los municipios (artículo 140 de la Constitución), la cual debe ser interpretada, en el terreno competencial, de acuerdo con la cláusula de subsidiariedad que contiene la Carta Europea de Autonomía Local de 15 de octubre de 1985, ratificada por España mediante Instrumento de 20 de enero de 1988, con arreglo a cuyo artículo 4.2 las entidades locales tienen, dentro del ámbito de la Ley, libertad plena para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad. Frente a este principio, contenido en un tratado internacional ratificado por España y, como tal, incorporado a nuestro ordenamiento interno con carácter de fuente primaria, difícilmente puede prestarse atención a los argumentos de la parte apelante fundados en el carácter excluyente de la competencia estatal o autonómica en materia de enseñanza universitaria o patrimonio histórico impediría la cooperación municipal. Si ya este argumento se combate mal, en los términos de generalidad que se plantea, con la concepción constitucional de la autonomía local, todavía mas difícil parece su recepción en una materia, como la cultura y la enseñanza, que se desenvuelven en el terreno especialmente propicio a la cooperación interadministrativa e incluso, la primera de ellas, a la actuación concurrente de distintas administraciones.»*

<sup>45</sup> Prestación de servicios públicos de carácter supramunicipal y, en su caso, supracomarcal (c); en general el fomento y administración de los intereses peculiares de la Provincia (d).

Esta concepción amplia de la competencia municipal es mantenida, entre otros, por SOSA WAGNER <sup>46</sup>, que, comparando el Derecho español con el Derecho alemán, indica que el Municipio no hace sólo lo que la Ley, tras el correspondiente acotamiento de un interés y la subsiguiente atribución de una competencia le permite, el Municipio simplemente actúa en el marco y de acuerdo con las leyes entre las que se incluye la LBRL, que le atribuye la competencia general más allá de las específicamente atribuidas por las leyes, siempre que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal; debe admitirse también por consiguiente en Derecho español una presunción de competencia en favor del Municipio.

#### IV. LA INDETERMINACIÓN DEL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS EN EL ÁMBITO LOCAL

##### A. Doctrina jurisprudencial

Hemos visto en los dos epígrafes anteriores la competencia y servicios municipales procediendo ahora a examinar supuestos concretos en los que se analiza o declara que se trata de un contrato de gestión de servicios públicos.

Prescindiré de hacer consideraciones sobre la modalidad concreta de gestión indirecta por la que se haya optado en el supuesto analizado, aspecto que requiere, sin lugar a dudas, un estudio minucioso, que deberá hacerse en otro lugar.

Pues bien, el TS, al calificar los contratos como de gestión de servicios públicos lo ha venido haciendo en sentido amplio, aludiendo en ocasiones únicamente a la satisfacción de los intereses de la comunidad vecinal —art. 25-1 LBRL— términos incluidos, como hemos visto, en la cláusula general de capacidad y no de competencia. En este sentido, el TS en sentencia 27 de enero de 1992, Arz. 636:

*«todo contrato administrativo comporta que entra en juego el interés público... es actividad que merece la calificación de actividad de servicio público por cuanto a través de la misma se satisfacen aspiraciones de la comunidad vecinal».*

En otras muchas sentencias, se incluye —o intenta conectar de algún modo— el supuesto en algunos de los fines de competencia municipal

---

<sup>46</sup> F. SOSA WAGNER, «La autonomía local», en obra colectiva de homenaje a GARCÍA DE ENTERRÍA, *Estudios sobre la Constitución Española. Tomo IV*, Civitas, 1991, págs. 3216 y 3217.

enumerados en el art. 25-2 LBRL, atendiendo más que al objeto a la finalidad:

— El TS, sentencia de 17 de diciembre de 1997, Arz. 9689, considera el servicio turístico mini-tren como gestión de servicio público.

En este caso, el Ayuntamiento concedió autorización a una entidad privada, según la documentación y proyecto presentado, para la implantación de un servicio regular de viajeros que se prestaba con vehículos automóviles denominados mini-tren o jardinera, dentro del casco urbano.

El TS revocando la sentencia apelada <sup>47</sup>, declara:

«Esta Sala no puede compartir el otro argumento que se utiliza en la sentencia apelada. El artículo 85 LBRL considera como servicios públicos locales *cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las Entidades Locales*, entre los que, conforme al artículo 25, m) del mismo Texto Legal, *se encuentra el turismo*. Está claro que, aunque la actividad a prestar con el mini-tren está pensada para el destino turístico en razón de los propios elementos con que se desarrolla, esta peculiaridad no le priva de la condición de servicio público, que puede gestionarse en forma directa o indirecta por la propia Entidad Local adoptando en el segundo supuesto las formas que se recogen en el numeral 4 del precitado artículo 85 de la Ley de Bases y que son la concesión, gestión interesada, concierto y arrendamiento.»

De lo hasta aquí expuesto, puede comprobarse que si bien el contrato de gestión de servicios públicos inicialmente se define por su objeto (gestión de un servicio público), éste viene delimitado por su finalidad y/o competencia funcional (fines de competencia municipal) y, en virtud de la garantía institucional de la autonomía local, se da entrada a una amplia variedad de actividades.

Otras sentencias de interés, referidas en concreto al arrendamiento de instalaciones, forma de gestión indirecta de los servicios públicos (art. 85-4 LBRL y arts. 138 y ss. RSCL):

— El TS, en sentencia de 13 de febrero de 1990, Arz. 1430, considera el arrendamiento de «industria e instalaciones del centro cultural denominado Mancomunidad» propiedad de una Corporación Provincial, como

---

<sup>47</sup> «La sentencia que se impugna en este recurso, dando por respuesta...: B) Que la actividad que se autoriza no constituye un servicio público *stricto sensu*, sino más bien un servicio puramente turístico que se rige por unos parámetros distintos y cuya autorización no se incardina dentro de lo previsto en los artículos 114 y siguientes del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, por lo que el Ayuntamiento podía adjudicar el servicio en la forma que lo hizo».

contrato gestión de servicios públicos, dando prevalencia a la finalidad del negocio que era la prestación de un servicio público.

El Tribunal de primera instancia se había declarado incompetente para conocer sobre la reclamación de revalorización de la renta por considerar que era un arrendamiento de industria y por tanto una cuestión civil.

El TS anula la sentencia apelada, recordando que los cines y teatros de titularidad pública han sido y son, tanto en el Reglamento de Bienes de 27 de mayo de 1955 como en el actual de 13 de junio de 1986, bienes de servicio público (RBCL), y aquí la Diputación al arrendar sus instalaciones coopera a la prestación de servicios municipales (25-2-m), concluyendo que:

«...Así pues, cuando..., la Corporación Provincial apelante arrendaba sus instalaciones del denominado “Centro Cultural Mancomunidad”, conocido por Cine Álvaro, para la “proyección cinematográfica y realización de actos de naturaleza cultural y artística en general” según reza en el contrato de 1981, que son las actividades que en el local se desarrollan, la Corporación ahora apelante no hacía sino convenir una forma de *gestión indirecta* del servicio público por medio de la figura del arrendamiento autorizada por los artículos 113-b y 138 y siguientes del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, prestando de este modo *su misión cooperadora para la efectividad de los servicios municipales al poner en servicio esta instalación para la promoción artística y cultural...*, por lo que fueron correctas las citas que se contienen en los contratos remisivas a las normas administrativas y fue también correcta la autocalificación del contrato como arrendamiento administrativo».

— El TS, sentencia 8 de marzo de 1986, Arz. 1773, respecto al arrendamiento de la plaza de toros de Madrid, pese a declarar el Alto Tribunal expresamente la naturaleza patrimonial de dicha plaza, lo califica de contrato administrativo en atención a que los beneficios se destinan a fines hospitalarios de carácter público y benéfico, con lo que se introduce un fin público en la causa del contrato: *«...el destino de los rendimientos económicos cobra especial relevancia incidiendo en la causa del contrato al introducir en la misma la indirecta satisfacción de un servicio público como es la asistencia sanitaria; ello hace que sea lógico extender a este tipo de negocios la tutela administrativa, pues en ellos subyacen de manera mediata intereses públicos.»*

— El TS, en sentencia de 29 de junio de 1990, Arz. 5756, considera el arrendamiento de la plaza de toros como gestión indirecta de un servicio público (arrendamiento de instalaciones, art. 138 RSCL) porque *«conforme al art. 25 de la Ley básica estatal de régimen local corresponde a los Municipios promover toda clase de actividades y prestar cuantos servi-*

*cios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal, ejerciendo competencias entre otras materias, en relación con actividades o instalaciones culturales y deportivas, ocupación del tiempo libre y turismo (letra m)»...*, considerando evidente que en este caso el espectáculo taurino está adscrito a la competencia municipal de «*ocupación del tiempo libre, sin desconocer la faceta cultural y la deportiva*».

## **B. Delimitación de figuras afines**

Pese a la amplia configuración del contrato de gestión de servicios públicos, se diferencia del contrato de servicios, como ha puesto de relieve la doctrina científica y declarado la Junta Consultiva de Contratación, en informes de 21 de diciembre de 1995 y 7 de marzo de 1996, porque en el contrato de gestión de servicios públicos un servicio titularidad de la Administración se traslada al contratista que gestiona el servicio para su utilización por los particulares; y, por el contrario, en el contrato de servicios es el contratista el que presta servicio a la Administración y no a los particulares.

En consecuencia, la distinción obedece fundamentalmente al sujeto destinatario del servicio:

- En el de gestión de servicios públicos, el destinatario directo son los usuarios del servicio, la Administración en lugar de prestar el servicio contrata a un tercero que lo presta por ella (transporte urbano, limpieza viaria, recogida de basura, etc.).
- En el contrato de servicios, el destinatario directo es la Administración contratante, normalmente es un medio o instrumento para la actividad de la Administración (limpieza de edificios públicos, mensajería, etc.).

Ahora bien, no siempre es tan fácil la distinción, especialmente por lo que se refiere a los contratos administrativos especiales definidos en el art. 5-2-b LCAP como los de objeto distinto a los anteriormente expresados (típicos), «pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados *al giro o tráfico* específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa e inmediata una *finalidad pública de la específica competencia de aquélla* o por declararlo así una ley».

Como ha indicado Germán FERNÁNDEZ FARRERES, «por lo que respecta a los contratos administrativos especiales, el criterio principal y deter-

minante de su calificación como contratos administrativos queda definitivamente anclado en la existencia de una relación *finalista* del contrato con el servicio público, entendiendo éste como giro o tráfico específico de la Administración contratante, y el cumplimiento de cualquier finalidad pública. La nueva Ley prescinde definitivamente, pues, del criterio de la cláusula exorbitante que se contenía en la referencia a las características intrínsecas del contrato que figuraba en el art. 4-2 de la LCE, para entender que basta que el contrato cumpla cualquier finalidad pública para que proceda la calificación de contrato administrativo»<sup>48 49</sup>.

Este criterio, basado en la finalidad del contrato, coincide con el mantenido por el TS, como hemos visto con anterioridad en muchos casos, respecto a los contratos de gestión de servicios públicos dada la excesiva amplitud con que ha sido configurado este último (TS, sentencias de 13 de febrero de 1990, Arz. 1430; 27 de enero de 1997, Arz. 636, entre otras).

Esta dificultad de delimitación puede comprobarse tanto en la doctrina del TS como de la Junta Consultiva de Contratación (JCC), que con frecuencia han calificado contratos análogos indistintamente, como contratos de gestión de servicios públicos y/o contratos administrativos especiales<sup>50</sup>.

Sirva de ejemplo la referencia a la explotación de cafeterías, bares y restaurantes en edificios públicos y análogos:

— El TS, en sentencia de 7 de noviembre de 1985, Arz 492/1996, declara el servicio de cafetería en bajos de la Estación de autobuses municipal, concesión de servicios públicos.

El Alto Tribunal indica en primer lugar que, aun admitiendo que fuera un arrendamiento, sería administrativo y no civil «por constituir una dependencia *accessoria* de un conjunto de instalaciones con una finalidad

<sup>48</sup> *Derechos de los contratos públicos*, Editorial Praxis, 1995, págs. 249-250.

<sup>49</sup> En términos análogos, GARCÍA DE ENTERRÍA, tras alabar la modificación introducida, indica que son contratos administrativos «todos aquellos casos en que el órgano administrativo que celebra el contrato se mueve en el ámbito del giro o tráfico administrativo, es decir, dentro del campo concreto de las competencias y atribuciones cuyo ejercicio constituye su misión y su responsabilidad específica». Obra citada, pág. 690.

<sup>50</sup> Una recopilación de la jurisprudencia hasta 1988 puede verse en J. M. SOLAS RAFECAS, *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*, Tecnos, 1990. Asimismo, estando finalizando este estudio ha salido publicada la segunda edición de Óscar MORENO GIL, *Contratos administrativos, legislación y jurisprudencia*, Civitas, 1998.

común: el servicio de transportes de personas por carretera; instalaciones propiedad del ayuntamiento contratante, construidas para esa misión, para la prestación de un servicio público que, de forma propia o impropia, es público de todas maneras». Añadiendo posteriormente que se trata de una concesión porque «sólo el término concesión y canon es el que se emplea, y por cierto repetidamente a lo largo de todas las actuaciones».

— Sin embargo, más recientemente, en sentencia de 17 julio de 1995, Arz 5856, el TS califica la explotación de la cafetería de un hospital como contrato administrativo especial por su vinculación al servicio público sanitario.

Con toda claridad la Sentencia apelada afirma que «...es de destacar, no obstante, que el servicio de cafetería que se presta por la Empresa actora *está ligada al desenvolvimiento normal de la Residencia sanitaria*, de tal forma que su falta o deficiente prestación incidiría de manera directa en el correcto modo de funcionar de la misma: Piénsese, por ejemplo, que el personal médico sanitario tuviese que desplazarse al exterior, incluso en horas de guardia, para realizar algunas de las comidas. Ello con toda evidencia representaría un grave quebranto de sus prestaciones. Esta íntima conexión con el servicio público de la salud hace que, en virtud del principio de accesividad, aquéllas *participen de la naturaleza administrativa* que tiene el servicio principal sanitario y, por ende, debe atribuirse carácter público también a los contratos que al mismo se refieran. Así lo reconoce el art. 4-2 de la LCE <sup>51</sup> al someter a su régimen jurídico a los contratos que tengan una directa vinculación al desenvolvimiento regular de un servicio público.»

Y el TS, ratificando la sentencia apelada, tras señalar que «conforme tiene reiteradamente declarado esta Sala, en sentencias, entre otras, de 30 de mayo de 1983 (RJ 1983, 3462), 11 de marzo de 1985 (RJ 1985, 1503) y 4 de mayo de 1995, nuestro ordenamiento jurídico, utilizada como criterio definido de los contratos de naturaleza administrativa, *el teleológico*, (en la LJCA <sup>52</sup> y LCE), concluye que el régimen jurídico aplicable a ella que no es otro que el administrativo dada la directa *vinculación* de los servicios prestados por ese establecimiento de cafetería-restaurante con el personal

<sup>51</sup> Hoy art. 5-2-b LCAP antes transcrito.

<sup>52</sup> La actual Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio), no establece criterio alguno al respecto (el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones públicas (art. 2-b), debiendo estarse, por tanto, a lo dispuesto en la LCAP.

sanitario de dicho centro hospitalario redundando de manera directa y trascendente en la mejor prestación de ese servicio público de sanidad, participando de algún modo en el contenido propio de este servicio».

Puede apreciarse en las dos sentencias expuestas que el mismo criterio, la accesoriadad o vinculación a un servicio público (transportes en un caso, sanidad en otro), llevan a tipificar de forma distintiva supuestos prácticamente idénticos (gestión de servicios públicos y contrato administrativo especial, respectivamente).

— El TS, sentencia de 2 de enero de 1987, Arz. 1707, califica como concesión de servicio público el contrato de determinadas dependencias de la Casa Consistorial —cocina, habitaciones, local de taberna y fonda denominada taberna del consejo—. Según la sentencia apelada, aceptada por el TS, del contenido del pliego de condiciones que sirvió de base a la adjudicación «viene a inferirse que la finalidad perseguida por la cesión de las dependencias antes aludidas de la Casa Consistorial, era, la de poner a disposición de los habitantes de la Villa de Berástegui un local de esparcimiento y hospedaje —taberna, casa de comidas y fonda—, pues ello así se deduce de las indicaciones que se hacen en el pliego...» «por lo que venía a constituirse a partir de la adjudicación, entre el Ayuntamiento de Berástegui y el adjudicatario, una relación jurídico-administrativa para la *prestación de un servicio público municipal*, que llevaba implícito el uso privativo de un bien de dominio público, por disposición legal —art. 155 LRL de 1956—, en cuanto *dicha finalidad era encuadrable en los amplios términos del art. 101-2 letra k)* <sup>53</sup> *de la Ley de Régimen Local como servicio tendente a la satisfacción de las necesidades generales del Municipio...*» <sup>54</sup>.

— El TS, sentencia de 16 de marzo de 1988, Arz. 2176, en base a la competencia municipal de satisfacer las necesidades generales y aspiraciones de la comunidad municipal (art. 101-k LRL —hoy art. 25-1 LBRL) considera que el bar ubicado en un estadio municipal de deportes es un bien de dominio público «*afecto a un servicio público*, como el conjunto de sus instalaciones», de donde se deduce su carácter administrativo aunque no lo califica de forma expresa finalmente.

<sup>53</sup> Hoy, art. 25-1 LBRL.

<sup>54</sup> Aceptado dicho considerando por el TS, no obstante en cuanto a la forma concreta de prestar el servicio, frente al criterio del tribunal de primera instancia que lo consideró arrendamiento de instalaciones en base al art. 138 RSCL, el TS declaró que se trataba de una concesión administrativa en base a las cláusulas del pliego refiriéndose a «los derechos del concesionario, el canon a satisfacer por el mismo y a la caducidad de la concesión».

— El TS, sentencia de 19 de febrero de 1996, Arz. 972, califica el arrendamiento de un bar y habitaciones ubicadas en el edificio de la Casa Consistorial como administrativo, también sin especificar, considerando que ello comporta que el objeto del arrendamiento no son sólo los locales sino también el negocio que en él se encuentra instalado, concluyendo a la vista del pliego que *«en estas condiciones es evidente que el convenio celebrado entre los litigantes tiene por objeto la satisfacción de un fin público (atender a la demanda de comidas que en el municipio se pueda producir, estableciendo a tal efecto un horario de apertura de 12 horas, todos los días, y excluyendo la coincidencia del período vacacional con las fiestas locales). Si a la circunstancia anterior, se añade la naturaleza de los bienes sobre los que recae el negocio celebrado que es la de ser bienes de dominio público resulta indudable la naturaleza administrativa del negocio celebrado»*.

— Sin embargo, el TS, en la sentencia de 20 de noviembre de 1996, Arz. 8225, declara la naturaleza privada del arrendamiento de los servicios de bar-cafetería en las instalaciones municipales destinadas a tal fin en el Teatro Romea, como le corresponde al arrendamiento de industria, dado *«el carácter de bien patrimonial del objeto arrendado, la consideración de ingresos privados de sus rentas y la no condición de servicio público del bar-cafetería del Teatro Romea, propiedad del Ayuntamiento y que constituye tal objeto locatio, sin que a ello se oponga el que en el contrato suscrito se califique a éste de administrativo, pues las cosas son lo que son y no lo que se denomina»*.

Adviértase, no obstante, que, más correctamente, la sentencia de 13 de febrero de 1990 anteriormente transcrita, considera los teatros bienes de servicio público.

— La JCC, en su informe de 25 de septiembre de 1964, mantuvo el criterio de que el servicio de cafetería instalado en el edificio de un ministerio no es un servicio público y que el contrato para su explotación es de Derecho privado, y la entonces Dirección General de lo Contencioso del Estado en informe de 30 de junio de 1984, manteniendo igualmente el carácter de Derecho privado de estos contratos, sostuvo que trataba de una figura contractual compleja, en la que, por una parte, existen los elementos de un contrato de arrendamiento de cosas (cesión mediante precio del uso de un local <sup>55</sup>) y, por otra, los propios del contrato de gestión de servicios públicos (el cesionario del local se obliga a prestar en el mismo el

<sup>55</sup> No obstante, ello es también una característica del arrendamiento administrativo (arts. 138 y ss. RSCL).

servicio de cafetería con sujeción a los precios y demás condiciones que fija la Administración).

— La JCC, informe 33/ 74, de 20 sept. de 1974, calificó el contrato de bar-restaurante en aeropuerto como una concesión de servicio público porque «forman parte *integrante* del concepto general de servicio público no sólo aquellos elementos esenciales o trascendentes para su funcionamiento sino también aquellos factores de apoyo para su pleno rendimiento», y en concreto respecto al caso contemplado indica que «los servicios de bar-restaurante, no obstante su aparente accesoriedad, son instalaciones *incorporadas* al servicio público aeroportuario, imprescindibles para su adecuada funcionalidad y para ofrecer a los viajeros el cuadro completo de atenciones que necesitan».

— Con posterioridad, aplicando al caso —dada su fecha— la LCAP, la JCC, en informe de 5/1996 de 7 de marzo, califica de contrato administrativo especial los servicios de cafetería y comedor en los que la Administración, sin pagar un precio por ello, contrata estos servicios en favor de usuarios distintos de la Administración, como por ejemplo funcionarios, estudiantes o público en general.

El órgano consultante, que era la Universidad hasta entonces, lo calificaba contrato administrativo especial, y se planteaba si ahora podía serlo porque parecía muy forzado considerarlos vinculados a actividades propias de la Universidad (docencia) y menos aún para satisfacer de forma directa e inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella (servicio público de educación superior) como exige el art. 5-b LCAP.

La JCC hace una interpretación amplia de la expresión «giro o tráfico administrativo» siguiendo el criterio del TS en la sentencia de 17 de julio de 1995 —antes transcrita— y de la doctrina dominante que, partiendo del «*interés general del contrato —no de su objeto— afirma el carácter público de todos aquellos en que intervenga la Administración como contratante, siempre que no se persiga un fin eminentemente lucrativo*».

Finalmente, señalar, por su analogía, que el Consejo de Estado, dictamen 378/1993, de 20 de mayo, calificó el contrato de alojamiento y manutención de la policía desplazada a Sevilla con motivo de la Exposición Universal como contrato administrativo especial (art. 4-2 LCE) por su vinculación a un servicio público, considerando que la referencia al servicio público no debe entenderse en sentido técnico, sino genérico, en

cuanto denote una conexión directa, aunque sea instrumental, con el ejercicio de una función pública <sup>56</sup>.

No podemos detenemos aquí en analizar todos los posibles supuestos o materias, pero para finalizar me referiré a un contrato típico del ámbito municipal: actividades con motivo de las fiestas patronales.

Siguiendo la línea expuesta, dos sentencias del TS, no muy lejanas en el tiempo, confirman la distinta calificación:

— El TS, 27 de enero de 1992, Arz. 636, califica de contrato de gestión de servicios públicos la organización y realización de festejos taurinos con motivo de fiestas patronales en plaza de toros portátil, por satisfacer las necesidades de la comunidad vecinal, afirmando que:

«todo contrato administrativo comporta que entra en juego el interés público. El contrato referido celebrado entre el Ayuntamiento de Valdemorillo y D. Demetrio G. G. es expresión de una actividad municipal justificada por razones específicas de interés público. Dicho contrato versa sobre la organización y realización de festejos con motivo de las fiestas patronales, *es actividad que merece la calificación de actividad de servicio público por cuanto a través de la misma se satisfacen aspiraciones de la comunidad vecinal*. El contrato entre la Corporación Local y el empresario particular para llevar a cabo la realización de los festejos, *merece la calificación de contrato administrativo: la actividad a desarrollar por el contratista —que el contrato le llama adjudicatario— está vinculada al desenvolvimiento normal de dicha actividad de servicio público*. Tal actividad tiene un contenido económico, susceptible de ser prestado por empresario particular, por cuanto no implica ejercicio de poderes soberanos; por ello dado el contenido y alcance del art. 112 del Real Decreto Legislativo núm. 781/1986, de 18 de abril, Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, en relación con el art. 63 <sup>57</sup> de la Ley de Contratos del Estado, texto articulado aprobado por Decreto núm. 923 /1965, de 8 de abril, la Corporación municipal puede *gestionar indirectamente* <sup>58</sup> mediante contrato, dicho concreto y específico servicio» <sup>59</sup>.

— El TS, 23-2-95, Arz. 1280, sin embargo, considera contrato administrativo especial la contratación de fuegos artificiales con motivo de fiestas de San Sebastián en base al criterio funcional, como ejercicio de competencia de fomento del turismo (art. 25-2-m LBRL):

<sup>56</sup> Tras la LCAP parece clara su consideración como contrato de servicios (arts. 197-3 y 207 LCAP).

<sup>57</sup> Referido al contrato de gestión de servicios públicos.

<sup>58</sup> La cursiva es nuestra, para resaltar que el TS declara no sólo su naturaleza administrativa sino su tipificación como gestión de servicios públicos.

<sup>59</sup> Sobre la crítica a esta sentencia me remito a las consideraciones finales.

«Por lo que se refiere a la tesis de que la Administración demandada actuó en régimen de Derecho privado al organizar las fiestas de San Sebastián, en cuyo ámbito se contrataron los fuegos de artificio, que se afirma dieron lugar al resultado lesivo, lo mismo ha de ser analizado a la luz de lo dispuesto en el artículo 4-2 de la Ley de Contratos del Estado, artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción y arts. 85 y 25-2-m) de la Ley de Bases de Régimen Local que atribuye al Municipio competencias en materia de turismo, actividades culturales y tiempo libre, no existiendo duda que *la organización de las actividades programadas para la celebración de la Semana Grande de San Sebastián tiene un claro contenido de fomento del turismo, en tanto que el art. 4-2 de la Ley de Contratos del Estado califica como administrativos los contratos de la Administración directamente vinculados al desenvolvimiento regular de un servicio público*

Es necesario, en consecuencia, concretar lo que ha de entenderse por servicio público, a los efectos de lo establecido en el citado precepto del Reglamento de Contratos del Estado y, en este punto, es doctrina pacífica que ha de entenderse *como actividad desarrollada en el ejercicio de una propia competencia funcional*, y como tal ha de entenderse el ejercicio de actividades encaminadas al fomento turístico de San Sebastián máxime cuando el art. 85 de la Ley de Bases de Régimen Local establece que *son servicios públicos locales cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las Entidades Locales, precepto que, puesto en relación con el citado artículo 25-2-m) del mismo Cuerpo Legal, no parece dejar lugar a dudas.*»<sup>60</sup>.

Denótese que el argumento de la finalidad del fomento del turismo (art. 25-2-m LBRL), que en la sentencia transcrita determina la calificación del contrato como administrativo especial (1280/1990), en otras ha servido de base al TS para considerarlo gestión de servicios públicos (v. gr., 9689/1997).

Aunque nuestro objeto de estudio no es la delimitación entre contratos administrativos y privados, no podemos terminar sin hacer referencia a los informes de la JCC 31 y 35, ambos de 30 de mayo de 1996, reiterados en informe 41/1996, de 22 de julio y 4/1998, de 2 de marzo, respecto a la contratación de festejos taurinos, compañías musicales (31/96) y grupos musicales o artistas (35/96).

En el primer caso, el órgano consultante es un Ayuntamiento (31/96) y en el segundo la Consejería de Educación y Cultura de una Comunidad Autónoma (35/96), si bien nos referiremos a este último, por su mayor detalle.

Se somete a consulta si los contratos de actuaciones musicales y teatrales que incluyen en su programa actuaciones culturales, y que se realizan directamente o a través de representantes de artistas, compañías, grupos,

<sup>60</sup> La cursiva es nuestra, para resaltar.

etc., tienen la consideración de contratos privados de la Administración o, por el contrario, pueden ser clasificados como contratos administrativos.

La JCC lo califica de privado en base a las siguientes consideraciones: «Ninguna dificultad existe para descartar que el objeto de los contratos a los que se refiere la consulta coincida con el de los contratos típicos, pues a los artistas, compañías y grupos que se contratan no se les encomienda la ejecución de una obra ni la gestión de servicio público alguno, ni la entrega de bienes o productos, ni las prestaciones que son objeto de los contratos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales, tal y como vienen definidas y caracterizadas en el artículo 197 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y resulta de sus antecedentes normativos constituidas por Decreto 1005/1974, de 4 de abril, y el Real Decreto 1465/1985, de 17 de julio.

Tampoco existe dificultad alguna para afirmar que en los contratos a que se refiere la consulta no concurren las características previstas en el art. 5-21 de la Ley, pues resulta evidente que las actuaciones musicales y teatrales *no aparecen vinculadas al giro o tráfico específico de la Administración contratante, ni satisfacen de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla, ni existe ley que declare el carácter administrativo de estos contratos.*»

Disiento del parecer de la JCC porque, a mi juicio, no hay duda que entran dentro del tráfico o giro administrativo de un Ayuntamiento o de la Consejería competente en materia de cultura (art. 5-2-b LCAP), y siguiendo el criterio dominante en la doctrina y jurisprudencia de atender a la finalidad pública para calificar los contratos como administrativos (TS, sentencias 13 de febrero de 1990, Arz. 1430; 30 de octubre de 1990, Arz. 8400; 17 de julio de 1995, Arz. 5856; y 19 de febrero de 1996, Arz. 972, entre otras). Criterio lato a favor de los contratos administrativos que mantiene la propia JCC sólo unos días antes, en concreto, en informe 5/1996, de 7 de marzo, al que hemos aludido en este trabajo, donde utiliza un concepto amplio de giro o tráfico administrativo para calificar de administrativo especial el supuesto que analiza y descartar su naturaleza privada.

A lo que hay que añadir que si la Consejería de Cultura, como indica en su escrito de consulta, incluye en su programación de actividades culturales actuaciones musicales y teatrales, ¿puede decirse que dichas actividades no están vinculadas directamente a una finalidad cultural de su competencia?, ¿no entra dentro de su tráfico administrativo?

Y por lo que respecta al Municipio, si, como acabamos de exponer, el TS ha declarado la naturaleza administrativa de la contratación de los festejos taurinos y fuegos artificiales con motivo de las fiestas patronales, ¿es posible defender que la contratación de grupos musicales en tales casos (fiestas patronales) o similares (actos culturales, etc.) es un contrato privado?, ¿no es la misma la finalidad? Recuérdese, además, que entre los fines de la competencia municipal, según dispone el art. 25-2-m, se encuentran las actividades culturales, ocupación del tiempo libre y turismo, fines que reiteradamente han determinado la naturaleza administrativa de la contratación.

He cuestionado la falta de precisión del TS para delimitar el contrato de gestión de servicios públicos y administrativos especiales, pero lo que está claro —en la mayoría de los casos— es su naturaleza administrativa <sup>61</sup>.

### C. Consideraciones finales

A la vista de lo que ha quedado expuesto, el TS ha configurado un amplio campo de aplicación del contrato de gestión de servicios públicos, convirtiéndolo en una categoría etérea, incluyendo algunos supuestos en los que, con rigor, es cuestionable dicha calificación.

Pero, además, se ha recurrido o utilizado el mismo criterio (interés público o general, la cláusula general de capacidad para satisfacer las aspiraciones de la comunidad vecinal y fines relacionados con las competencias del Municipio) para calificar supuestos prácticamente idénticos, indistintamente como contrato de gestión de servicios públicos y/o contratos administrativos especiales, sin olvidar las sentencias que los consideran privados.

En otras ocasiones, el TS se ha limitado a señalar la distinción entre contratos administrativos y contratos privados sin precisar, la mayoría de las veces, el tipo de contrato en concreto y, en fin, en otras se acepta sin más la calificación dada por la Administración contratante, sin entrar en su consideración.

<sup>61</sup> No obstante, en el anteproyecto de modificación de la LCAP se introduce en el art. 5-3, como contratos privados, entre otros, relacionados con este asunto, los que tengan por objeto la interpretación artística y los de espectáculos (aunque respecto a su adjudicación se remite a lo dispuesto en el Título IV del Libro II relativo a los contratos de servicios, por exigencia de la Directiva 92/50). Novedad que *a sensu contrario* puede reforzar su naturaleza administrativa actual.

La conclusión que se desprende de este estudio es la necesidad de una mayor precisión del ámbito que abarca el contrato de gestión de servicios públicos.

Es verdad que la evolución de la realidad social ha de primar en la interpretación de las normas, pero ello no puede suponer que cualquier actividad de interés público o social en dicho momento pueda considerarse servicio público, pues es indudable que deben mantenerse sus notas esenciales. Ni cabe tampoco, por las mismas razones, incluirse toda actividad prestacional mediante una interpretación excesivamente amplia basada sólo en su conexión con los fines de competencia municipal, ¿qué actividad no está relacionada con ellos de una u otra forma?

El contrato de gestión de servicios públicos viene referido, como es sabido, a actividades de carácter prestacional, pero exige su *publicatio*, no en su sentido inicial de reserva, sino que su gestión sea responsabilidad de la Administración, que puede gestionarlo en libre concurrencia <sup>62</sup>.

No deben olvidarse tampoco las notas de continuidad y regularidad del servicio público, aceptado unánimemente por la doctrina y jurisprudencia (30 de enero de 1987; 18 octubre de 1994 <sup>63</sup>), llegando a afirmarse que «constituye la propia esencia del servicio público» <sup>64</sup>.

No hace falta reducir la noción de servicio público, a efectos del contrato de gestión de servicios públicos, a los servicios mínimos o imprescindibles, como propugnan los que sostienen que la *publicatio* implica reserva o atribución de titularidad excluyendo la iniciativa privada, pero tampoco la autonomía municipal puede declarar servicio público actividades que no reúnen sus características intrínsecas.

Dicho esto, hay que atender caso por caso, realizar un análisis sustantivo, y en base al mismo determinar su naturaleza y tipificación concreta como contrato de gestión de servicios públicos o no.

---

<sup>62</sup> Sobre los límites actuales al régimen de monopolio en base a los principio de la Unión Europea, véanse los diversos trabajos de la obra colectiva citada con anterioridad, *El nuevo servicio público*.

<sup>63</sup> El TS, sentencia de 18 de octubre de 1994, dice así: «La esencia institucional del contrato de gestión de servicios públicos se encuentra en la continua y regular prestación del servicio contratado durante el tiempo que se estipula en el contrato, no siendo su objeto un fin que se agote con el desarrollo de la actividad del contratista, sino que, vencido su término o plazo, la misma actividad, en cuanto servicio público, debiera continuarse prestando por la Administración titular del servicio o por terceras personas a través de los medios previstos en la normativa administrativa para la gestión indirecta de los servicios públicos».

<sup>64</sup> VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA, obra citada, pág. 335.

Consciente de que no siempre es fácil esta tarea, no obstante, con carácter general, a mi juicio, debe hacerse hincapié en la distinción entre estar «incorporado» al servicio público y estar «vinculado» al mismo, términos utilizados sin la suficiente precisión por la jurisprudencia y, en consecuencia, origen de contradictorias clasificaciones. Distinción que si bien no es la solución a todos los problemas sí esclarece algunos de los supuestos que hemos analizado. Cuando el objeto directo (art. 5-2-a LCAP) del contrato no sea un servicio público en sentido técnico o no esté incorporado al mismo, no será obviamente un contrato de gestión de servicios públicos; sin perjuicio de su calificación en unos casos, como contrato de servicios <sup>65</sup> (arts. 5-2-a y 197-3 LCAP) porque realmente el servicio en sentido amplio se preste a la Administración <sup>66</sup>; y en otros sea un contrato administrativo especial (art. 5-2-b- LCAP) por su vinculación directa, aunque sea instrumental, con un fin público o actividades del ámbito de la competencia funcional de la Corporación.

Es descartable, en tales casos, su naturaleza privada defendida en alguna sentencia e informe de órganos consultivos que hemos citado, en base a la naturaleza patrimonial del bien sin atender a la finalidad del contrato. Considero evidentemente más acertada la doctrina reflejada en la sentencia del TS de 31 de octubre de 1995 (reiterando la de 15 de junio de 1976, 28 de noviembre de 1981 y 8 de marzo de 1986), que advierte de la especial importancia que tiene el criterio finalista si se trata de bienes de propios, calificando de administrativo «el contrato cuyo objeto recae sobre bienes de propios, cuando se dirijan a satisfacer un fin público incluyendo dicho fin público en la causa del contrato».

La LCAP ha confirmado la tendencia expansiva del contrato administrativo frente al contrato privado, apareciendo este último como categoría residual («en los restantes contratos» dice el art 5-3 al definirlos) <sup>67</sup>, *vis*

<sup>65</sup> Recuérdese que, aunque los contratos de gestión de servicios públicos y contrato de servicios son contratos administrativos típicos, existen diferencias también en el orden formal: en el contrato de gestión de servicios públicos no se exige clasificación del contratista, no está sujeto a publicidad en el Diario Oficial de la Comunidad Europea, no admite la figura del contrato menor, y la duración de ambos contratos difiere sustancialmente.

<sup>66</sup> Cuando la Administración contrata un *catering*, la organización de una exposición o fiestas.

<sup>67</sup> Al respecto indican RUIZ OJEDA y J. GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS que «de la misma manera que el art. 8-3 del RCE habla de una presunción a favor de la privacidad de los contratos celebrados por la Administración, podríamos concluir que, con la nueva LCAP, se ha invertido la carga de la prueba en favor del carácter administrativo de los contratos de la Administración», *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y a su reglamento de desarrollo parcial (doctrina, jurisprudencia y concordancias)*, Civitas, 1996, pág. 66.

*atractiva* que venía estableciendo la jurisprudencia en caso de dudas <sup>68 69</sup>.

Como recuerda el Consejo de Estado en dictamen n.º 1.100/1995, de 11 de octubre, analizando ya la nueva LCAP, aunque el objeto directo no sea un servicio público, si persigue un fin público que se erige en su causa y, en consecuencia, en elemento esencial del mismo (art. 1261 del Código Civil), será administrativo.

---

En el mismo sentido, PARADA VÁZQUEZ indica que la presunción del art. 8 RCE a favor de los contratos privados resulta contradictoria con la amplia extensión de los criterios legales favorables a los contratos administrativos, obra citada, pág. 334.

<sup>68</sup> Tendencia expansiva mantenida con anterioridad por DE LAS SOLAS RAFECAS, obra citada, pág. 67.

<sup>69</sup> Así, volviendo al ejemplo de la explotación de bares y/o cafeterías no es lo mismo, a mi juicio, destinar un edificio público a comedor social o a atender la demanda de comidas en pequeños Municipios, que la cafetería de una dependencia administrativa.



### **III. Jurisprudencia**

