

Los poderes del concesionario de servicios públicos locales

Íñigo Sanz Rubiales

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Valladolid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS PODERES DEL CONCESIONARIO FRENTE A LOS USUARIOS: SU TRADICIONAL CONCEPTUACIÓN COMO PODERES DE AUTORIDAD. III. ES POSIBLE ENTENDER QUE LOS PODERES DE LOS CONCESIONARIOS NO CONLLEVEN EJERCICIO DE AUTORIDAD PÚBLICA. 1. Según el Derecho comunitario, las concesiones de servicio público no implican ejercicio de poderes de autoridad. 2. Estos poderes no implican formalmente el ejercicio de potestades ejecutorias por el concesionario. IV. ANÁLISIS DE LOS PODERES DEL CONCESIONARIO. 1. El ejercicio de «funciones delegadas». 1.1. El criterio tradicional: el concesionario dicta actos administrativos por delegación. 1.2. El nuevo Reglamento General de Contratos deroga la «delegación» de potestades públicas en los concesionarios y el correspondiente «recurso de reposición». 1.3. Naturaleza jurídica de los poderes de «policía prestacional». A. Son poderes imprescindibles para la prestación del servicio. B. Son poderes idénticos a los de cualquier organización privada, atribuidos por la Administración en cuanto *dominus* del servicio, pero no en cuanto *potentior persona*. C. *Qui recipit ad modum recipiendum recipitur*. La capacidad jurídico-privada constituye un límite a la actuación pública. 2. La utilización de la vía de apremio. 2.1. El ejercicio de la vía de apremio, como una función indudablemente autoritaria. 2.2. Descripción del mecanismo de utilización de esta vía en el RSCL: la actuación del concesionario es meramente auxiliar. 2.3. En resumen, el concesionario es un mero beneficiario de la utilización de la vía de apremio. 3. Otras supuestas «potestades públicas»: el concesionario como simple beneficiario de expropiación forzosa y de ocupación del dominio público. V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

La gestión indirecta —más propiamente, la concesión— constituye un punto de encuentro de las diversas tendencias, bien intervencionistas, bien privatizadoras de la actividad prestacional; en efecto, frente a la gestión directa de actividades públicas por la Administración, por una parte, y frente a la actividad de titularidad privada, por otra, se sitúa la gestión indirecta, que otorga un importante papel a los particulares en la prestación de servicios de titularidad pública. La concesión, que ha jugado un importantísimo papel en la historia económica y jurídica del servicio público en nuestro país, constituye también una técnica netamente actual, hasta el punto de que no han faltado autores

que le auguran «una evolución expansiva que no ha hecho sino empezar»¹.

Esta especial conjunción de características hace de la concesión una institución especialmente apta para analizar los límites (específicamente, el ejercicio de poderes de autoridad pública) de la actividad privada frente al poder público. En efecto, la figura de la concesión de servicios públicos constituye un banco de pruebas privilegiado para analizar el alcance de la intervención pública en los servicios públicos, en la medida en que la gestión indirecta —«privatización de la gestión»— tiene el límite infranqueable del ejercicio de poder de autoridad, del que no debe desprenderse la Administración. Esta limitación a la amplia discrecionalidad administrativa sobre la elección de los modos de gestión de los servicios públicos tiene igualmente una indudable utilidad para determinar el alcance de los poderes del concesionario en la prestación del servicio.

II. LOS PODERES DEL CONCESIONARIO FRENTE A LOS USUARIOS: SU TRADICIONAL CONCEPTUACIÓN COMO PODERES DE AUTORIDAD

La concesión, como contrato para la gestión indirecta de servicios públicos, crea un derecho a la prestación del servicio público, del modo y con los límites fijados por la Administración titular del servicio.

La Ley de Contratos de las Administraciones públicas (Texto Refundido aprobado por RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio —LCAP—) y la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local (LBRL), prohíben al concesionario el ejercicio de poderes de autoridad. En concreto, así lo establece el artículo 155.1 LCAP: «*En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos*» y el artículo 85.2 LBRL: «*En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad*»². Pero lo cierto es que el viejo Regla-

¹ F. SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, 4.ª edic., Civitas, Madrid 1999, p. 68.

² El Proyecto de Ley de Medidas para la modernización del Gobierno Local (BOCCGG, Congreso de los Diputados, n. 157-1, de 13 de junio de 2003) modifica el art. 85 y establece la misma prohibición, aunque con un alcance mayor, en el nuevo párrafo 3.º: «En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta ni mediante sociedad mercantil de capital exclusivamente local los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad», con lo que impide igualmente la gestión directa por sociedad mercantil de servicios que conlleven ejercicio de autoridad.

mento de Contratos de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955 (RSCL, todavía no derogado de forma expresa) prevé que los concesionarios puedan ejercer poderes que, en principio, parecen asimilables a los de «autoridad»³, en la medida en que se pueden considerar prerrogativas públicas⁴, como se verá a continuación.

En concreto, y dentro del capítulo V, sección 2.^a («De la concesión»), el artículo 126.3 RSCL señala que «*Los actos de los concesionarios realizados en el ejercicio de las funciones delegadas serán recurribles en reposición ante la Corporación concedente, frente a cuya resolución se admitirá recurso jurisdiccional con arreglo a la Ley*»; a mayores, el artículo 128.4 RSCL establece que «*La Corporación concedente podrá otorgar al concesionario: 2.º Utilización de la vía de apremio para la percepción de las prestaciones económicas que adeuden los usuarios por razón del servicio*». Finalmente, también puede «*recabar de la Corporación los procedimientos de expropiación forzosa, imposición de servidumbres y desahucio administrativo para la adquisición del dominio, derechos reales o uso de los bienes precisos para el funcionamiento del servicio*» (art. 128.3.4.º).

Estas tres disposiciones del RSCL (arts. 126.3, 128.4 y 128.3, regla 4.^a) contienen previsiones de poderes que se atribuyen al concesionario y que tienen, aparentemente, naturaleza de actuaciones típicas de la autoridad pública.

La doctrina se ha apercibido de la profunda contradicción que contiene el RSCL cuando, por una parte, prohíbe la gestión indirecta de servicios que conlleven ejercicio de autoridad (en la misma línea que las leyes citadas: «*Serán atendidos por gestión directa sin órgano especial los servicios que impliquen ejercicio de autoridad*»: art. 69.1 RSCL), mientras que por otra atribuye, o prevé la eventual atribución de poderes autoritarios (poli-

³ Así lo entiende, entre otros, J.F. MESTRE DELGADO, «Las formas de prestación de los servicios públicos locales. En particular, la concesión», en VV.AA. (dirigido por S. MUÑOZ MACHADO), *Tratado de Derecho Municipal*, II, 2.^a edic., Civitas, Madrid 2003, p. 1447; en el mismo sentido, E. BORDÓN IGLESIAS y C. MOLINA PÉREZ, *Introducción a los servicios locales. Tipos de prestación y modalidades de gestión*, MAP, Madrid 1991, p. 226.

⁴ De «prerrogativas típicamente públicas» los califica G. ARIÑO ORTIZ [«El servicio público como alternativa», REDA n. 23 (1979), p. 549], entre las que incluye las facultades de policía que podía delegar la Administración en el empresario, según el art. 203 del viejo RGCE, la utilización de la vía de apremio (art. 130 RSCL), el derecho de ocupación del dominio público para el establecimiento y prestación del servicio (art. 31 LEF, art. 128 RSCL, etc.), el beneficio de la expropiación forzosa y la imposición de servidumbres en su favor, e incluso, el desahucio administrativo. Ahora bien, como puede observarse a primera vista, este autor incluye poderes que puede ejercer el concesionario junto con poderes que no puede ejercer (aunque sí se beneficia de ellos) como la expropiación o el desahucio.

cía, vía de apremio) a los concesionarios de servicios públicos⁵. De hecho, muchos autores han pasado de puntillas frente a tan espinoso tema y que prefieren no entrar a cuestionar la aparente incoherencia reglamentaria, aunque —con todo— las interpretaciones doctrinales sobre esta (al menos, aparente) contradicción se multiplican.

Con carácter general —en referencia al *status* del concesionario— entre la doctrina española se ha dado una diversidad de interpretaciones; la tesis que parece hoy por hoy mayoritaria parte de la posibilidad de ejercicio de poderes de autoridad por los concesionarios⁶. Los matices se hacen *a posteriori*, limitando de una u otra forma dichos poderes.

Parten estos autores de la base de que si, por una parte, hay una prohibición de ejercicio de poderes de autoridad, por otra, el concesionario ejerce efectivamente este tipo de poderes sobre los usuarios⁷. Ahora bien, si esto fuera así, el RSCL incurriría en una flagrante ilegalidad y, por lo tanto, debería ser calificado como Nulo de Pleno Derecho, tal y como establecen los artículos 51 y 62.2 LAP (con un vicio que podría calificarse como insanable⁸). Esa es la sanción que prevé el ordenamiento jurídico ante las disposiciones administrativas contrarias a las leyes. Pero —y esto es importante— en ningún momento se ha reconocido jurisprudencialmente la invalidez de dicho reglamento (y ya ha cumplido cuarenta y ocho años) a pesar de su posible ilegalidad sobrevenida (especialmente desde la entrada en vigor de la LBRL y de la LCAP). En definitiva, en coherencia con la seguridad jurídica, debe buscarse la interpretación que permita integrar ley y reglamento.

Por lo tanto, es necesario arbitrar una solución interpretativa que conjugue la prohibición de ejercicio de poderes de autoridad con la existencia de esas prerrogativas en manos del concesionario. Según los partidarios de reconocer

⁵ Entre otros, con claridad, J.F. MESTRE DELGADO, «Las formas...», cit., p. 1446-1447.

⁶ Aunque no faltan autores críticos con ese planteamiento: J.A. CARRILLO DONAIRE expone un elenco de autores cuyas posiciones son, precisamente, contrarias a la posibilidad de que el concesionario ejerza potestades públicas: G. ARIÑO, F. GARRIDO FALLA, R. PARADA, E. MALARET, F. ALBI: en general, la argumentación gira en torno al carácter técnico de la prestación del servicio, junto con la prohibición de ejercicio de poderes soberanos: en *El derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, Marcial Pons, Madrid 2002, p. 525.

⁷ J.F. MESTRE DELGADO, «Las formas ...», cit., pp. 1445-1446. F. SOSA WAGNER, «La gestión propia y el Organismo Autónomo como formas de prestación de los servicios públicos locales», en *Actualidad y perspectivas del Derecho público a fines del s. XX. Homenaje al Profesor Garrido Falla*, Ed. Complutense, Madrid 1992, p. 836; *vid.*, igualmente, del mismo autor, *La gestión de los servicios públicos locales*, 5.ª edición, Civitas, Madrid 2002, pp. 80-81.

⁸ Puede consultarse, al respecto, la estupenda monografía de G. DOMÉNECH PASCUAL, *La invalidez de los reglamentos*, Tirant lo blanch, Valencia 2002, pp. 247 y 403.

poderes de autoridad al concesionario, esta interpretación tiene que apoyarse, necesariamente, en un concepto flexible del poder de autoridad: sólo desde esa visión flexible de la autoridad es posible aceptar la privatización de actividades próximas al núcleo duro de la función administrativa⁹.

Este planteamiento flexible, que concilia proposiciones ciertamente contrarias, puede concretarse en la interpretación restrictiva de la prohibición legal, de tal forma que ésta sólo se referiría a las funciones públicas *sensu stricto* (que no podrían ser objeto de concesión), pero no a aquellas funciones públicas vinculadas con actividades prestacionales. El motivo es claro: aquellas funciones o potestades públicas vinculadas a las actividades prestacionales *son poderes contingentes y compartidos*, porque la Administración no los enajena en su totalidad, aunque se trata de auténticos poderes de *imperium* (VILLAR PALASÍ)¹⁰.

En todo caso, la necesaria flexibilización del concepto de autoridad hecha desde esta perspectiva, no logra, sin embargo, salvaguardar otros aspectos del principio de seguridad jurídica, en cuanto que impide determinar dónde está el límite de la actividad pública no susceptible de gestión privada.

III. ES POSIBLE ENTENDER QUE LOS PODERES DE LOS CONCESIONARIOS NO CONLLEVAN EJERCICIO DE AUTORIDAD PÚBLICA

Frente al planteamiento —mayoritario en la doctrina— según el cual los concesionarios ejercen auténticos poderes de autoridad, cabría plantear la opción justamente contraria: la de que los poderes del concesionario —vinculados, lógicamente, a la prestación del servicio— no constituyen ejercicio de autoridad pública. De esta forma, quedaría salvada la legalidad del *status* del concesionario.

1. Según el Derecho comunitario, las concesiones de servicio público no implican ejercicio de poderes de autoridad

El Tratado de la Comunidad Europea contiene una clara excepción a la libertad de establecimiento y libre prestación de servicios; así lo establece el artículo 45:

⁹ F. SOSA WAGNER, «La gestión propia...», cit., p. 837.

¹⁰ J.L. VILLAR PALASÍ, «Concesiones administrativas», cit., pp. 700-701.

«Las disposiciones del presente capítulo [Derecho de establecimiento] no se aplicarán, en lo que respecta al Estado miembro interesado, a las actividades que, en dicho Estado, estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio de poder público».

El Tribunal de Justicia ha preferido no definir el concepto de autoridad pública de modo abstracto, pero las diversas sentencias que se refieren al mismo vienen a identificar el ejercicio de «poder público» del artículo 45 TCE con el de los poderes inherentes a la autoridad pública¹¹, en la línea trazada por el Abogado General Mayras en el as. *Reyners*, 2/74, que utiliza un concepto ciertamente restrictivo, vinculado al *poder de coerción*, y según el cual «la autoridad pública es aquélla que deriva de la soberanía del *imperium* del Estado; implica, para el que la ejerce, la facultad de usar prerrogativas que exceden del Derecho común, privilegios de poder público, *poderes coercitivos que se imponen a los ciudadanos*»¹².

Como señala la *Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho comunitario* (n. 3.1.5)¹³, la jurisprudencia ha venido interpretando la excepción del artículo 45 TCE de forma restrictiva, de tal forma que se limite a lo estrictamente necesario para salvaguardar los intereses estatales. Por ello, debe limitarse a aquellas actividades que por su propia naturaleza impliquen de manera *directa y específica* un ejercicio del poder público (STJCE de 21 de junio de 1974, as. *Reyners*), no siendo suficiente la participación meramente eventual¹⁴. En definitiva, el criterio del Tribunal es que cuando las actividades esenciales son de autoridad pública, y no de naturaleza económica, el tratamiento global que hay que dar al organismo correspondiente es el de poder público dotado de prerrogativas y exento de las reglas de la competencia¹⁵.

Ahora bien, a la luz de todo lo anterior, ¿la concesión de servicios públicos conlleva por sí misma el ejercicio «directo y específico» de poder público coercitivo? No parece, al menos en condiciones normales¹⁶; úni-

¹¹ Véanse las ya citadas conclusiones de los Abogados Generales Mayras en el as. *Reyners* o Tesauro en el as. *Eurocontrol*. Cfr. L. TRUCHOT, «Arts. 43 à 45», en VV.AA., (bajo la dirección de P. LÉGER), *Commentaire article par article des Traités UE et CE*, Bruylant, Bruxelles 2000, pp. 404-405.

¹² Conclusiones del Abogado General Tesauro en el as. C-364/92, «*Eurocontrol*», n. 9.

¹³ DOCE, n. C 121, de 29/04/2000.

¹⁴ Apartado 47 de la sentencia; cfr. S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado, I (Los fundamentos)*, Civitas, Madrid 1998, pp. 157-158

¹⁵ S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público...*, cit., p. 163.

¹⁶ A esa misma línea apunta J.A. CARRILLO DONAIRE, cuando señala que una cosa es la prohibición de gestión indirecta de servicios que impliquen ejercicio de autoridad pública y otra bien distinta

camente conllevará ese poder cuando la actividad transferida o contratada sea, en sí misma, una actividad cuyo contenido *exclusivo y principal* consiste en el ejercicio de poderes de autoridad (recaudación de tributos, retirada de vehículos de las vías públicas, etc.)¹⁷.

La Comunicación de la Comisión lo señala con claridad: «así pues, las actividades realizadas en virtud de una obligación o de una exclusividad establecida por ley o calificada por las autoridades nacionales de servicio público no quedan incluidas automáticamente en esta excepción»¹⁸. «Es cierto que cualquier actividad delegada por las autoridades públicas tiene, en principio, una connotación de utilidad pública, pero no significa que esta actividad esté necesariamente relacionada con el ejercicio de poder público» (3.1.5).

De acuerdo con estos principios, el Tribunal de Justicia ha ido delimitando el concepto de poder de autoridad; así, ha incluido actividades como *la administración general y fiscal, la justicia, la seguridad y la defensa nacional*¹⁹; y —como señala expresamente la Comunicación de la Comisión (3.1.5)— ha descartado en diversas ocasiones la aplicación de la excepción del artículo 45 TCE cuando *la autoridad pública mantiene el control de las actividades* transferidas y dispone de medios para garantizar la protección de los intereses que estaban a su cargo (STJ 15.3.88, en as. 147/86, *Comisión. c. República Helénica*). Igualmente, tampoco sería aplicable dicha excepción cuando las actividades transferidas a sujetos privados son de *carácter técnico* y, por consiguiente, ajenas al ejercicio del poder público (as. C-3/88 y 272/91, *Data Processing y Lotomatica*)²⁰.

Por lo tanto, en principio, a la luz del Derecho comunitario, las concesiones de servicios públicos, tal y como se regulan en el ordenamiento interno, no conllevan ejercicio de poderes de autoridad.

2. Estos poderes no implican formalmente el ejercicio de potestades ejecutorias por el concesionario

Según la tesis de ALBI, los preceptos del RSCL deben interpretarse en el sentido de que no conceden, en ningún caso, la posibilidad de ejercer

«que el concesionario pueda, en el marco de la gestión técnica o material de un servicio, ejercitar una cierta actividad jurídica que conlleve ejercicio de prerrogativas»: en *El Derecho...*, cit., p. 527.

¹⁷ *Ibidem*, p. 530.

¹⁸ De acuerdo con las Conclusiones del Abogado General Mischo en el as. 3/88, *Dataprocesing* (STJCE de 5 de diciembre de 1989).

¹⁹ Conclusiones del Abogado General Tesoro en el as. C-364/92, n. 9.

²⁰ Comunicación interpretativa de la Comisión, n. 3.1.5.

poderes de autoridad por parte de los concesionarios; no habría traspaso de poderes, y ni siquiera, de facultades, por lo que la autoridad pública permanecería incólume en manos de la Administración contratante. Los motivos que aduce este autor son claros (se apuntan a continuación, aunque someramente, a la espera de profundizar en ellos posteriormente, cuando se analicen los principales poderes que el RSCL pone en manos de los concesionarios de servicios locales): por una parte, el ejercicio de esas funciones no es exclusivo del concesionario, sino también de otros sujetos privados (es el caso de los beneficiarios de la expropiación, p. ej.); por otra, los concesionarios no son, en realidad, titulares de un derecho, sino simples beneficiarios de un procedimiento legal: «en ningún caso —señala este autor— cabe admitir la posibilidad de que un concesionario, por sí mismo, adopte resoluciones o realice actos relacionados con las prerrogativas del poder público que signifiquen decisión ejecutoria o acción de oficio; las supuestas atribuciones traspasadas no llevan implícita su ejecutoriedad por parte del concesionario; la utilización de estas ventajas requiere, en cada caso, el correspondiente acto administrativo emanado de la autoridad competente»²¹.

Por lo tanto, el diseño de las atribuciones del concesionario por el RSCL salvaguardaría, en todo caso, el ejercicio de la autoridad en manos de la Administración. En este sentido, el RSCL no sería contrario a la prohibición contenida en la LCAP y en la LBRL (y, todo hay que decirlo, en el propio RSCL) de ejercer poderes de autoridad a través del contrato de concesión.

A una línea, en buena medida, similar, apuntaba el *Conseil d'État* francés, con ocasión del interesante *avis* de 23 de junio de 1991 (no publicado), en el que tuvo ocasión de pronunciarse sobre la existencia de poderes de autoridad como límite de las concesiones públicas, con referencia al viejo artículo 55 TCE; el *Conseil* remarcó que «mientras el concesionario asegura la ejecución del servicio, el concedente conserva la responsabilidad sobre éste y ejerce, por este motivo un control sobre el concesionario». Así se consagra la distinción entre funciones totalmente diferentes: por una parte, la dirección estratégica del servicio público, en manos de la Administración; por otra, las demás funciones de gestión o de ejecución, que corresponden al concesionario²².

²¹ F. ALBI, *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Aguilar, Madrid 1960, p. 527. En el mismo sentido, J. BARCELONA LLOP, *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Universidad de Cantabria, Santander 1995, p. 131.

²² G.J. GUGLIELMI y G. KOUBI, *Droit du service public*, Montchrestien, Paris 2000, p. 186.

IV. ANÁLISIS DE LOS PODERES DEL CONCESIONARIO

1. El ejercicio de «funciones delegadas»

1.1. *El criterio tradicional: el concesionario dicta actos administrativos por delegación*

Es sin duda alguna el artículo 126.3 RSCL el que con más claridad alude a los poderes delegados en el concesionario por parte de la Administración titular del servicio. «*Los actos de los concesionarios realizados en el ejercicio de las funciones delegadas serán recurribles en reposición ante la Corporación concedente, frente a cuya resolución se admitirá recurso jurisdiccional con arreglo a la Ley*». Tradicionalmente se ha venido entendiendo que la previsión de este recurso de reposición contra los actos de los concesionarios ante el Municipio concedente responde al poder originario de la Administración de controlar el servicio y hacer que se preste en las condiciones reglamentarias, porque el servicio sigue siendo público aunque exista concesión²³.

La previsión de un recurso administrativo —como es la reposición— frente a los «actos» del concesionario sugiere que nos encontramos ante actos de naturaleza administrativa, porque la reposición se interpone contra los actos administrativos que ponen fin a la vía administrativa (arts. 107.1 y 116.1 LAP)²⁴, aunque no faltan autores que, como GARRIDO, entienden, con razón, que ni siquiera en estos casos se puede hablar de «actos administrativos de los particulares», porque el acto surge únicamente al resolver la Administración el correspondiente recurso o reclamación²⁵; en definitiva, esta resolución administrativa vendría a ser una espe-

²³ Sobre el poder de control, véase F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, 10.ª edic., Tecnos, Madrid 1992, p. 364.

²⁴ En este sentido, J.A. GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Los actos administrativos*, Civitas, Madrid 1986, p. 121; igualmente, J. SALAS HERNÁNDEZ, «Sobre la naturaleza...», cit., p. 44. El Reglamento catalán de servicios, aprobado por Decreto de 1995, establece en su art. 244.3: «Los actos de los concesionarios realizados en el ejercicio de las funciones otorgadas serán susceptibles de recurso ordinario ante el órgano que corresponda de la corporación concedente». En buena lógica, después de la modificación del régimen de recursos operada por la Ley estatal 4/1999 (que establece nuevamente el recurso de reposición, ahora potestativo) debe entenderse que el recurso «ordinario» será el de reposición, y no el de alzada; lo contrario supondría atribuir competencia para dictar actos administrativos (incluso al margen de la delegación) al concesionario, y situar a éste en el plano de la organización jerárquica de la corporación, porque únicamente cabía el recurso denominado entonces ordinario (equivalente a la alzada) contra actos dictados por órganos que no agotasen la vía administrativa.

²⁵ F. GARRIDO FALLA, «El concepto...», cit., p. 36. Señala este autor que la existencia de recursos o reclamaciones de los usuarios contra los comportamientos irregulares de los concesionarios, aun-

cie de intervención arbitral de la Administración en las relaciones entre particulares²⁶.

Ahora bien, la situación jurídica de los usuarios de un servicio público es, fundamentalmente, una situación estatutaria, regulada por leyes y reglamentos, tal y como recuerda el artículo 155.2 LCAP, que establece: «*Antes de proceder a la contratación de un servicio público, deberá haberse determinado su régimen jurídico básico que atribuya las competencias administrativas, que determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados y que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma*». Por su parte, y en el específico ámbito local el artículo 106 del Texto Refundido de Régimen Local (TRRL) insiste en la misma idea, al señalar que «*los actos de gestión del servicio en sus relaciones con los usuarios estarán sometidos a las normas del propio servicio y, en su caso, a la legislación del Estado y de la Comunidad Autónoma que regule la materia*» (cfr., igualmente, el art. 33 RSCL)²⁷.

En efecto, la relación entre concesionario y usuarios, aunque establecida formalmente con base en un contrato, no es una relación sometida única y exclusivamente al Derecho privado; antes bien, se puede calificar como una relación de naturaleza mixta: por un lado, contractual; por otro, reglamentaria o estatutaria²⁸. Ahora bien, la existencia de una situación reglamentaria no significa que la relación concesionario-usuario tenga que ser necesaria y únicamente jurídico-administrativa: sólo existirá una relación administrativa cuando la empresa concesionaria actúe como delegada de la Administración, es decir, cuando ejerza poderes administrativos delegados²⁹. Frente a

que «ha dado lugar a que algún sector doctrinal hable de «actos administrativos de los particulares», no hay tal; el acto administrativo se ha formado precisamente —y exclusivamente— por la intervención administrativa al resolver la reclamación o el recurso del particular».

²⁶ Cfr. E. RIVERO YSERN, *El Derecho Administrativo y las relaciones entre particulares*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla 1969, p. 134.

²⁷ Cfr. F. LLISSET BORRELL y J.A. LÓPEZ PELLICER, *Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales*, 2.ª edic., El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid 2002, p. 422.

²⁸ J. SALAS HERNÁNDEZ, «Sobre la naturaleza jurídica de las relaciones entre los usuarios de servicios públicos y las empresas concesionarias», *REDA* n. 4 (1975), pp. 42 y ss. Esta tesis pondera los criterios de los partidarios de calificar esa relación como jurídico-privada (p. ej., GARCÍA DE ENTERRÍA) y de los partidarios de calificarla como jurídico-pública (p. ej., E. RIVERO YSERN); en sentido similar, G. ARIÑO ORTIZ, *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Marcial Pons, Madrid 1993, p. 348. Una síntesis de los diversos planteamientos doctrinales puede verse en J.M. GARRIDO LOPERA, *El servicio público de abastecimiento de agua a poblaciones*, IEAL, Madrid 1973, pp. 271-275, y en J. SALAS HERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 30-36.

²⁹ J. SALAS HERNÁNDEZ, «Sobre la naturaleza...», *cit.*, p. 43.

las demás actuaciones del concesionario podrían, en su caso, interponerse reclamaciones —que no recursos— ante la Administración; reclamaciones que (en términos de SALAS) no «administrativizan» propiamente la relación concesionario-usuario, que sigue siendo privada, sino que otorgan a la Administración la oportunidad de pronunciarse sobre determinados aspectos del servicio público de los que ella es responsable (a través de la emisión de los correspondientes actos administrativos) y, en consecuencia, la jurisdicción contencioso-administrativa podrá ejercer el correspondiente control sobre la decisión administrativa (expresa o presunta) resolutoria de la reclamación³⁰.

En todo caso, la denominada «delegación de funciones» en el concesionario no opera, a diferencia de lo que dispone la norma general básica (art. 13 Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas —LAP—, nn. 1, 3, 6), mediante acto administrativo del órgano delegante, sino que se escapa de esta regulación y se somete a un régimen flexible y *sui generis*: en efecto, tal y como recuerda SALAS, la atribución de los poderes que pasa a ejercer la empresa concesionaria (suministradora, en el caso concreto al que se refiere él) se puede llevar a cabo, «mediante delegación, en el acto concesional del servicio de que se trate, o por el ordenamiento regulador de éste». Ahora bien, lo más frecuente actualmente es la atribución normativa, porque hoy en día «los servicios públicos (en sentido estricto) están prácticamente «ordinamentalizados», de modo que la concesión, como acto singular, funciona, en realidad como una técnica de ingreso de la empresa (concesionaria) en una situación reglamentada de modo casi exhaustivo»³¹. De esta constatación se puede deducir que, en este último caso, no estaremos ante una delegación de funciones *sensu stricto*, sino más bien ante una atribución normativa de la correspondiente competencia.

1.2. *El nuevo Reglamento General de Contratos deroga la «delegación» de potestades públicas en los concesionarios y el correspondiente «recurso de reposición»*

Con una lectura atenta del nuevo Reglamento General de Contratación de las Administraciones públicas (RGLCAP, aprobado por RD 1098/2001, de 12 de octubre), el problema planteado por la denominada «delegación»

³⁰ J. SALAS HERNÁNDEZ, «Sobre la naturaleza...», cit., p. 45; F. GARRIDO FALLA, «El concepto de servicio público en Derecho español», *RAP* n. 135 (1994), p. 36.

³¹ J. SALAS HERNÁNDEZ, «Sobre la naturaleza...», cit., p. 43.

de facultades en el concesionario y del subsiguiente recurso de reposición ante la Corporación, queda solventado (aunque se crean otros): en efecto, el artículo 184 RGLCAP establece:

«1. En la concesión administrativa de servicios públicos el órgano de contratación podrá *atribuir* al concesionario *determinadas facultades de policía*, sin perjuicio de las generales de inspección y vigilancia que incumban a aquél.

2. Contra los actos del concesionario en el ejercicio de tales facultades podrá *reclamarse* ante la Administración concedente».

La redacción del nuevo Reglamento modifica sustancialmente la regulación que plasmaba el Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, derogado por aquél, cuyo artículo 203 preveía la delegación administrativa de facultades de policía en el concesionario y la posibilidad de recurrir los actos de éste en ejercicio de dichas facultades³².

Para el nuevo Reglamento, las facultades de policía («determinadas», esto es, seleccionadas, escogidas) son susceptibles de atribución (ya no delegables: la delegación se convierte en lo que siempre debió ser, la transferencia del ejercicio de competencias entre órganos administrativos de la misma o de distinta Administración (cfr. art. 13 LCAP).

Pero lo más importante es el párrafo 2.º: frente a los actos del concesionario dictados en ejercicio de las facultades atribuidas, «*podrá reclamarse*» ante la Administración competente. No es casual la sustitución del concepto «recurso de reposición» por el de «reclamación». En efecto, el recurso de reposición, tal y como lo regulan las leyes administrativas (básicamente, la LAP, art. 116) se refiere a actos administrativos, y en algún sentido, como hemos visto, implica la naturaleza administrativa del acto del concesionario; sin embargo, la «reclamación» se diferencia netamente de los recursos administrativos ordinarios³³; integra una variedad heterogénea de actuaciones, carece de regulación general, y confirma el carácter no administrativo de los actos de los concesionarios, incluso de los dictados en ejercicio de poderes de policía³⁴.

³² «En la concesión administrativa de servicios podrá *delegar* el órgano de la administración facultades de policía en el empresario, pero sin que ello perjudique los poderes generales de inspección y vigilancia que incumban a aquél. Contra los actos dictados por el empresario ejerciendo tales facultades podrá *recurirse* en todo caso ante la Administración concedente».

³³ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, II, cit., pp. 96-97.

³⁴ Este precepto está en la línea de las previsiones de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, de contratación en los llamados «sectores excluidos», por la que se incorporan al ordenamiento español las Directivas 93/38, de 14 de junio de 1993 y 92/13, de 25 de febrero de 1992: de acuerdo con las

Esta reclamación se aproximaría —como apuntaba SALAS con referencia a las reclamaciones frente a actos privados del concesionario— a una especie de queja por la que se solicita de la Administración que decida sobre un conflicto *inter-privatos*³⁵. Entiendo que sería así porque las facultades de policía no están «delegadas», sino «atribuidas»; no se otorga el mero ejercicio de los poderes de policía, sino la «facultad»: en definitiva, el título por el que la Administración puede resolver las reclamaciones contra los actos derivados del ejercicio de esas facultades no es la *exclusiva* «titularidad» actual de las mismas (cosa que ocurriría en el caso del recurso de reposición contra actos del delegado), sino la responsabilidad última en la prestación del servicio, manifestada —entre otras potestades— en su regulación y en los privilegios de *ius variandi*, decisión ejecutoria, interpretación unilateral, etc. de los contratos de gestión de dichos servicios públicos.

Esta previsión del Reglamento viene a confirmar además las críticas que ALBI —y después de él, otros autores— hizo del artículo 126.3 RSCL, en el sentido de que, en rigor, en la concesión no hay auténtica «delegación» de competencias a favor del concesionario, porque no se puede admitir que éste pueda adoptar actos administrativos en ejercicio de una pretendida delegación³⁶.

En definitiva, no es inocuo el cambio de terminología del Reglamento General de Contratación, porque supone negar la naturaleza de «acto administrativo» a las decisiones que dicte el concesionario en relación con los usuarios, en ejercicio de potestades de policía necesarias o imprescindibles para la gestión del servicio público. De hecho, la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, aunque alude al posible ejercicio de potestades públicas por los concesiona-

Directivas comunitarias, la contratación de aquellas empresas públicas o privadas que disfruten de derechos exclusivos en el ejercicio de determinadas actividades relacionadas con el agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones se somete a las prescripciones de esta Ley (cfr. arts. 2 y 3); en el caso de los concesionarios (como en los demás), corresponde a la Administración de tutela o concesionaria la resolución de las *reclamaciones* que se presenten por la infracción de la regulación legal en la adjudicación de contratos (art. 51); estas resoluciones de la Administración concesionaria (actos administrativos típicos) son susceptibles de control contencioso-administrativo (art. 64).

³⁵ J. SALAS HERNÁNDEZ, «Sobre la naturaleza...», cit., p. 44.

³⁶ F. ALBI CHOLBI, *Tratado...*, cit., p. 527; en idéntico sentido, J.A. LÓPEZ PELLICER y J.L. SÁNCHEZ DÍAZ, *La concesión administrativa en la esfera local. Servicios, obras y dominio público*, IEAL, Madrid 1976, p. 28, que, unas páginas adelante dicen exactamente lo contrario, al recordar que, en virtud del art. 126.3 RSCL, las actuaciones del concesionario (es decir, del delegado) gozan de las prerrogativas propias de la actividad administrativa, porque no actúa propiamente como concesionario, sino como agente delegado de la Administración delegante (pp. 134-135).

rios de servicios públicos, no se atreve a calificar ni las actuaciones de éstos como «actos administrativos» ni las potestades atribuidas como «delegadas»: son «*actos dictados en el ejercicio de potestades administrativas conferidas a los mismos*».

Ni que decir tiene que el artículo 184 del nuevo Reglamento General de Contratos, por su carácter básico (cfr. DF.^a 1.^a) se impone a todas las Administraciones y deroga la previsión del artículo 126.3 RSCL, que deberá interpretarse en los términos del Reglamento general³⁷. No puede olvidarse que ninguna Ley general alude al recurso de reposición contra actos del concesionario; se trataba de una previsión reglamentaria hoy felizmente derogada.

1.3. *Naturaleza jurídica de los poderes de «policía prestacional»*

A. Son poderes imprescindibles para la prestación del servicio

Es importante dejar claro que estas facultades de policía que se atribuyen al concesionario constituyen poderes reconocidos en el reglamento regulador del servicio para hacer cumplir a los usuarios los mismos reglamentos que regulan el servicio, esto es, poderes que se pueden calificar en la práctica como «imprescindibles», necesarios para la correcta prestación del servicio³⁸, sin los cuales difícilmente podría éste prestarse (órdenes, denuncias, etc.), lo cual deja fuera las prerrogativas administrativas en sentido estricto, que constituyen poderes exorbitantes no necesarios (aunque puedan ser convenientes) que se pueden atribuir al concesionario, como la utilización de la vía de apremio. Difícilmente puede aceptarse que una empresa privada (aunque gestione un servicio público) esté ejerciendo «autoridad pública» cuando actúa los poderes de policía normales para el desenvolvimiento del servicio al igual que lo haría cualquier otra empresa privada (y desvinculada de la Administración) en el ámbito de su actividad.

Por otra parte, desde la perspectiva del contenido, lo que se califican como facultades «de policía» que se atribuyen al concesionario, son pode-

³⁷ La Disposición derogatoria única del RGLCAP señala que conservará su vigencia, en cuanto no resulten modificadas por el Reglamento, «el Título III del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, en cuanto no se oponga a lo establecido en la Ley y en este Reglamento» (n. 1 f). En este caso, la derogación de la posibilidad de recurso de reposición es clara, habida cuenta de la incompatibilidad entre las previsiones del RSCL y del RGLCAP.

³⁸ Cfr. J.A. CARRILLO DONAIRE, *El Derecho...*, cit., pp. 526-527.

res vinculados a la actividad prestacional, inseparables de ésta, y que no pueden calificarse de públicos porque se ejercen por un sujeto privado. De hecho, cualquier empresario privado no-concesionario dispone de la capacidad jurídica para ejercerlos respecto de los usuarios, si así se prevé en el contrato correspondiente y de acuerdo con la legislación aplicable; ahora bien, si las facultades de los empresarios privados respecto de los usuarios en actividades no concedidas se encuentran determinadas en el correspondiente contrato y limitadas fundamentalmente (vinculación negativa) por el marco normativo externo constituido por la legislación sectorial correspondiente, lo cierto es que en el caso de la gestión indirecta de servicios públicos, las facultades y limitaciones del empresario se imponen (en lo que se refiere a la actividad reservada) con vinculación positiva por el «reglamento» del contrato (p. ej., en la medida en que se le «impone» la continuidad en el servicio, la igualdad en el acceso, etc.). Estas facultades del concesionario, imprescindibles para la prestación del servicio, por intensas que sean —siempre tendrán unos límites infranqueables: el principio de autoridad y la forma jurídico-pública— no se ejercen según procedimientos jurídico-administrativos sino en régimen de Derecho privado.

- B. Son poderes idénticos a los de cualquier organización privada, atribuidos por la Administración en cuanto *dominus* del servicio, pero no en cuanto *potentior persona*

Otro argumento que ayuda a desvirtuar la naturaleza autoritaria de los poderes del concesionario es el que surge de la comparación entre los poderes de los prestadores de servicios públicos y de servicios privatizados; en ambos casos se les reconoce el ejercicio de una serie de facultades para asegurar la prestación del servicio, digamos facultades «necesarias» que son similares en uno y otro supuesto. Pues bien, si, además, se compara el régimen de un servicio público antes y después de su privatización, podrá observarse que los poderes del sujeto autorizado son similares, si no idénticos, a los del antiguo concesionario (p. ej., denegación de acceso al servicio en caso de impago). Incluso participan del beneficio de idénticos privilegios (ocupación del dominio público, expropiación forzosa, etc.). Si los poderes son los mismos y las empresas son en ambos casos sociedades mercantiles de titularidad privada, no podemos concluir que en el caso de la concesión ejercen potestades administrativas y en el de la autorización, privadas. Se trata, por lo tanto, en ambos casos, de ejercicio de poder privado, necesario para poder llevar a término dicha actividad. El hecho de que la titularidad del servicio corresponda en un caso a la Administración y en otro a los sujetos particulares no incide en modo alguno en la natura-

leza y contenido de los poderes reconocidos al gestor para asegurar dicha prestación; únicamente afectaría, en su caso, a los poderes de la Administración en relación con la ejecución de las prestaciones.

Lo que sí supone potestad administrativa no es, por lo tanto, el ejercicio de funciones de policía frente a los usuarios, sino la posibilidad —previa reclamación— de que la Administración titular se pronuncie sobre determinados aspectos de la actuación del concesionario.

En definitiva, los mismos poderes necesarios para la prestación, de los que dispone la Administración no en cuanto *potentior persona*, sino en cuanto *dominus* del servicio, los tienen los empresarios prestadores de servicios privados en las materias no reservadas. Son poderes jurídico-privados que pueden ser realmente incisivos³⁹. En modo alguno pueden ser calificadas como de «autoridad pública» porque responden a esquemas compartidos también por las organizaciones privadas en la prestación de servicios y se incluyen en el servicio, como elemento esencial de la prestación.

En este sentido, la Administración «desgaja» algunas de las facultades no autoritarias, las *necesarias* —susceptibles, por lo tanto, de ejercerse mediante procedimientos privados— y conserva las autoritarias, de las que no puede desprenderse en modo alguno, salvo que preste el servicio en gestión directa, bien por los propios órganos administrativos, bien mediante una Entidad pública.

C. *Qui recipit ad modum recipiendum recipitur*. La capacidad jurídico-privada constituye un límite a la actuación pública

Como señala el viejo principio filosófico, el que recibe, recibe al modo del recipiente (*qui recipit ad modum recipiendum recipitur*). Los poderes que, para el buen funcionamiento del servicio, se confieren a los sujetos privados concesionarios, los reciben éstos como poderes privados, los ahorman según su peculiar «capacidad», que es «capacidad de recibir». En la medida en que son poderes susceptibles de ser ejercidos por sujetos privados y por sujetos públicos, cada uno los ejercerá en función de su propia capacidad jurídica, de sus características y limitaciones. Es decir, que los poderes del concesionario vinculados a la prestación se pueden califi-

³⁹ Buena prueba de ello lo constituyen las previsiones de la legislación de protección de consumidores y usuarios, que regula relaciones *inter privatos* cuyos conflictos (en el caso de que enfren-ten a empresarios privados «prestadores» y a usuarios de los servicios) no se someten habitualmente a la vía contencioso-administrativa.

car como públicos únicamente por el origen, pero no por la naturaleza. De tal forma que, si los ejerce un sujeto público, podrían (excepcionalmente) formalizarse como actos administrativos, pero si los ejerce un sujeto privado (concesionario o no), se formalizarán como actos privados ⁴⁰.

Entre otros muchos, se puede aportar aquí un dato normativo que puede ser interesante: es el que se refiere al tercer canal de televisión, de acuerdo con la regulación llevada a cabo por la Ley 4/1980, de 10 de enero, del Estatuto de la Radio y la Televisión y por la denominada Ley 46/1983, de 26 de diciembre, del Tercer Canal de Televisión; ambas normas autorizaban al Gobierno para entregar en concesión a las Comunidades Autónomas un tercer canal de televisión de titularidad estatal (art. 2.2. ERT ⁴¹, art. 1 LTCT ⁴²). Se preveía que la gestión de dicho tercer canal por las Comunidades Autónomas se regiría por las leyes estatales mencionadas y por las Leyes que las Comunidades Autónomas puedan establecer por razón de sus competencias en la materia (art. 2.3. ERT ⁴³ y arts. 6.1 y 8 LTCT). De tal forma que el servicio concedido será regulado por un bloque normativo en el que —curiosamente— se incluyen las normas con rango de ley emanadas de la propia Entidad concesionaria.

⁴⁰ Como señala ESTEVE PARDO, «resulta inconcebible que un concesionario pueda disponer de potestades legislativas sobre la concesión. Sin embargo, debe tenerse en cuenta, una vez más, que el concesionario siempre ha sido un sujeto privado, obviamente desprovisto de potestades legislativas, y para este tipo de sujetos está ideada la figura de la concesión, tomando en cuenta sus características, posibilidades y limitaciones»; «nunca se había dado el caso de que un concesionario pudiera dictar leyes porque, hasta ahora, ningún concesionario tenía atribuida esta potestad» (J. ESTEVE PARDO, *Régimen jurídico-administrativo de la Televisión*, INAP, Madrid 1984, p. 219).

⁴¹ «El Gobierno podrá conceder a las Comunidades Autónomas, previa autorización por Ley de las Cortes Generales, la gestión directa de un canal de televisión de titularidad estatal que se cree específicamente para el ámbito territorial de cada Comunidad Autónoma».

⁴² «Se autoriza al Gobierno para que tome las medidas necesarias para la puesta en funcionamiento de un tercer canal de televisión de titularidad estatal y para otorgarlo, en régimen de concesión, en el ámbito territorial de cada Comunidad Autónoma, previa solicitud de los órganos de gobierno de éstas, y en los términos previstos en los respectivos Estatutos de Autonomía, en el Estatuto de la Radio y la Televisión, en sus disposiciones complementarias de orden técnico y en la presente Ley».

⁴³ «La organización y el control parlamentario del tercer canal regional previsto en el párrafo anterior, así como de la radiodifusión y televisión en el mismo ámbito territorial, se articulará orgánica y funcionalmente de acuerdo con los criterios establecidos en los arts. 5.º a 12 y 26 del presente Estatuto, y según Ley de la Comunidad Autónoma». Este precepto ha sido modificado por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden social; la redacción vigente es la siguiente: «La organización, la atribución y definición de la función de servicio público y el control parlamentario del tercer canal regional previsto en el párrafo anterior, así como de la radiodifusión sonora y televisión en el mismo ámbito territorial, se articulará orgánica y funcionalmente de acuerdo con los criterios establecidos en los artículos 5 a 12 y 26 del presente Estatuto, y según Ley de la Comunidad Autónoma».

No se produce aquí —en contra de lo que entiende algún autor— una «atribución de potestad legislativa en vía concesional»⁴⁴, sino la atribución legal del ejercicio de potestades propias de la capacidad jurídica (pública) del concesionario, en una materia estatal pero concedida. Pero lo aparentemente sorprendente es que el contenido de la concesión (realizada por acto administrativo) sea parcialmente regulada en su ejecución por normas con rango de ley emanadas del propio concesionario (siempre dentro del ámbito de regulación acotado por la Ley estatal). Esta sorpresa no es tal si se tiene en cuenta que los concesionarios, normalmente, son sujetos jurídico-privados, sin capacidad jurídico-pública normativa o de gestión, mientras que las Comunidades Autónomas disponen de todas las potestades públicas superiores salvo la jurisdiccional.

2. La utilización de la vía de apremio

2.1. *El ejercicio de la vía de apremio, como una función indudablemente autoritaria*

La vía de apremio constituye uno de los medios de ejecución forzosa de los actos [«apremio sobre el patrimonio»: art. 96.1 a) LAP] y constituye ejercicio de una potestad coactiva, autoritaria, de imposición por la fuerza de una decisión previa. Es, por lo tanto, una manifestación del privilegio de autotutela ejecutiva que, si resulta difícilmente justificable desde el punto de vista constitucional cuando se aplica a la Administración, más dificultad tiene aún su aplicación a un sujeto privado (desde la perspectiva de la exclusividad judicial para «juzgar» y «hacer ejecutar lo juzgado»).

Constituye, sin duda alguna, una manifestación del poder de autoridad: la Administración puede ejercitar potestades públicas decisorias, ejecutorias *per se*, que se desarrollan según el cauce de un procedimiento administrativo y que se plasman en actos administrativos.

⁴⁴ J. ESTEVE PARDO señala que «esta facultad para dictar una Ley reguladora de la organización y control parlamentario... supone otro sorprendente atentado contra el sistema ortodoxo de la concesión al *otorgar potestades legislativas* al concesionario» (op. cit., p. 219). Obviamente, la concesión no otorga potestades legislativas —que están, *in genere*, reconocidas estatutariamente— sino que es la Ley estatal la que dispone que la Comunidad Autónoma pueda ejercitar sus competencias legislativas sobre el servicio concedido. Se trataría, por lo tanto, bien del reconocimiento de unas potestades ya asumidas por las Comunidades Autónomas, bien de una transferencia extraestatutaria de competencias legislativas mediante ley ordinaria, pero en una materia de competencia estatal «concedida» y bajo las previsiones normativas estatales (*ibidem*, p. 222).

Parece, de todas las facultades otorgadas al concesionario por el RSCL, la más contundente⁴⁵. Supuso, en su momento, la posibilidad de otorgar un importante poder a los concesionarios (algunos de los cuales tenían negada la facultad de apremio de forma expresa)⁴⁶, aunque puede resultar contradictoria con la prohibición general del ejercicio de poderes de autoridad por el concesionario⁴⁷.

2.2. Descripción del mecanismo de utilización de esta vía en el RSCL: la actuación del concesionario es meramente auxiliar

Esta posibilidad no está implícita en el contenido de la concesión, pero la Administración concedente «podrá» otorgarla al concesionario, tal y como establece el párrafo 4.º del art. 128 (la percepción o cobro de las tarifas no comprende, en principio, la posibilidad de recaudarlas en vía de apremio)⁴⁸. Por su parte, el art. 130 RSCL dispone que, caso de que la Corporación otorgue este poder, deberá concretar el concepto o conceptos a los que se aplicará (párr. 1.º), así como los Agentes habilitados para llevar a cabo dicha ejecución: bien «Agentes ejecutivos de la Corporación», bien «Agentes ejecutivos particulares», propuestos por el concesionario, con idéntica capacidad e idoneidad que los de la Corporación que, además, los nombrará y podrá revocarlos si se extralimitan en sus funciones (párr. 2.º).

Ahora bien, aunque se otorga un poder, lo cierto es que el otorgamiento se lleva a cabo con fuertes limitaciones; los actos jurídicos deben ser adoptados por la Administración: la providencia de apremio sólo puede dictarla el Presidente de la Corporación local (art. 130.4 RSCL), al igual que corresponde a ésta el nombramiento de los agentes, sean propios o ajenos (art. 130.2 RSCL)⁴⁹. Como recuerda J. BARCELONA, «la eventual

⁴⁵ Debido a la posible utilización, por parte de los concesionarios, de los poderes exorbitantes vinculados a esta vía de apremio, algunos autores han llegado a calificar la relación entre concesionarios y usuarios como jurídico-pública. Cfr. J.M. GARRIDO LOPERA, *El servicio público...*, cit., p. 275; y los autores citados por J.A. CARRILLO DONAIRE, *El Derecho...*, cit., p. 528.

⁴⁶ Así, la Orden de 28 de febrero de 1955 negaba la facultad de apremio a las empresas concesionarias de los servicios de agua, gas y electricidad, como recuerda J. SALAS HERNÁNDEZ («Sobre la naturaleza...», cit., p. 43).

⁴⁷ Cfr. J.F. MESTRE DELGADO, J.F., «Las formas...», cit., p. 1446.

⁴⁸ Como señala con claridad la STS de 16 de marzo de 1977 (Ar. 1068), que distingue entre los derechos del concesionario y la mera facultad de utilizar la vía de apremio, que se corresponde con una potestad discrecional de la Administración; vid. F. LLISSET BORRELL y J.A. LÓPEZ PELLICER, *Reglamento de Servicios...*, cit., p. 456.

⁴⁹ F. ALBI, *op. cit.*, p. 528; J. BARCELONA LLOP, *Ejecutividad...*, cit., p. 132. En sentido similar, J.M. GARRIDO LOPERA, *El servicio público...*, cit., p. 317.

delegación de potestades a favor de entes privados, que nunca dejan de serlo, no puede llevar aparejada también la transferencia de la máxima expresión de la posición institucional que ocupa la Administración ante los Tribunales, condensada en la noción de *autotutela*. La *autotutela* es propia de la Administración en cuanto persona jurídica y las expresiones más extremas de la misma no pueden transferirse a sujetos que, al fin y al cabo, no se integran propiamente en ella»⁵⁰.

Además, debe señalarse que esta «habilitación administrativa» de los Agentes se lleva a cabo mediante la emisión de un acto administrativo unilateral de nombramiento (previa comprobación de la capacidad e idoneidad), y constituye una actuación distinta del contrato (el contrato concesional no «habilita» al concesionario para la ejecución forzosa, aunque crea las condiciones para que la habilitación se pueda llevar a cabo) y, en cierto sentido, convierte a los Agentes ejecutivos privados en Agentes de la Administración, con lo que las potestades coactivas, *realmente*, son ejercidas por la propia Corporación⁵¹.

Es importante dejarlo claro: no se está produciendo ninguna «delegación» de potestades coactivas en el concesionario porque éste carece de capacidad para ejercerlas: se está «funcionarizando» (capacitando, habilitando) al personal encargado de la ejecución, mediante la aprobación del nombramiento o, mejor dicho, mediante el nombramiento (es la Corporación la que los nombra, una vez comprobada su idoneidad, dado que el concesionario, según el art. 130.2 debe únicamente «proponerlos»; igualmente, la Corporación podrá revocarlos, en su caso).

Por ello, las actuaciones emanadas de estos Agentes «habilitados» son referibles a la propia Administración (sin perjuicio de que la providencia de apremio la dicte la Administración). De ahí la prohibición establecida en el artículo 20 b) LJCA, que establece que «no pueden interponer recurso contencioso-administrativo contra la actividad de una Administración públicas los particulares cuando obren por delegación o como meros agentes o mandatarios de ella»; no pueden, porque cuando dictan los actos correspondientes, y sólo entonces, son Administración.

Finalmente, no está de más recordar que, como señala Javier BARCELONA, aunque la sustanciación del procedimiento de apremio podría llevarse

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 132-133.

⁵¹ En contra, J.F. MESTRE DELGADO elude los matices para afirmar que, en este caso, el RSCL reconoce al concesionario «el ejercicio, por sí, de funciones que, sin duda, son típicas de autoridad»: en «Las formas...», cit., p. 1446.

a cabo por los agentes ejecutivos propuestos por el concesionario, existe siempre un control administrativo que impide hablar de autonomía del concesionario en el proceso⁵².

2.3. *En resumen, el concesionario es un mero beneficiario de la utilización de la vía de apremio*

Por lo tanto, de la redacción de la normativa estatal se deduce sin lugar a dudas que el concesionario es únicamente beneficiario de la vía de apremio, pero no la ejerce en modo alguno (a pesar de la literalidad del párrafo segundo), porque la actuación de la empresa concesionaria se termina en la determinación y notificación del descubierto al interventor.

3. **Otras supuestas «potestades públicas»: el concesionario como simple beneficiario de expropiación forzosa y de ocupación del dominio público**

Esta previsión del RSCL no plantea realmente problemas, porque no conlleva auténtico ejercicio de potestades públicas o de autoridad, sino más bien la posibilidad de instar —en interés propio— a la Corporación para que ejerce una serie de potestades administrativas realmente incisivas⁵³. De tal forma que el concesionario puede ser calificado como beneficiario del ejercicio de estas potestades (p.ej., expropiación), pero no como titular, ni siquiera como ejerciente⁵⁴.

El *Conseil d'État* francés mantiene este mismo planteamiento al señalar que la potestad expropiatoria la retiene el Estado porque la declaración de utilidad pública o la declaración de los bienes a expropiar le sigue correspondiendo al Estado, sin perjuicio de que se pueda calificar al concesionario de beneficiario de la expropiación o, incluso, de «expropiante».

En efecto, a pesar de lo apuntado por algunos autores, la titularidad de potestad expropiatoria sigue correspondiendo en todo caso exclusivamen-

⁵² J. BARCELONA LLOP, *Ejecutividad...*, cit., p. 132.

⁵³ En contra, GARCÍA-TREVIJANO ponía esta situación como un ejemplo de la posibilidad (excepcional) de que el beneficiario particular dicte actos administrativos: J.A. GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Los actos...*, cit., p. 121.

⁵⁴ En idéntico sentido, F. ALBI, *Tratado...*, cit., pp. 525 y 527; J. BARCELONA LLOP, *Ejecutividad...*, cit., p. 129; J.F. MESTRE DELGADO, «Las formas...», cit., p. 1502; J.A. CARRILLO DONAIRE, *El Derecho...*, cit., p. 528.

te al poder público: sólo la Ley (o, en su caso, la Administración) puede declarar la utilidad pública de una obra (art. 10 LEF) y únicamente la Administración puede declarar la necesidad de ocupación de los bienes objeto de expropiación (art. 15 LEF). Además, la LEF dispone también la posible existencia de beneficiarios de la expropiación, que pueden ser sujetos públicos y privados sin potestad expropiatoria (art. 2.1 y 2.2).

Estamos, por lo tanto, ante un ejemplo más de desdoblamiento entre beneficiario (en este caso, empresa privada que gestiona un servicio público) y Administración expropiante: el otorgamiento del beneficio expropiatorio no supone, ni mucho menos, atribución de la potestad expropiatoria, si se tiene en cuenta que el procedimiento está incoado, dirigido y resuelto por los órganos administrativos.

V. CONCLUSIÓN

De todo lo dicho, se puede concluir que las denominadas «prerrogativas» del concesionario no están en los «poderes de autoridad» que puede ejercer sobre los usuarios, sino en los «beneficios» (que no conllevan ejercicio de potestades públicas) y, sobre todo, en la exclusividad en el ejercicio de la actividad (que tampoco implica el ejercicio de potestades).