

A XESTIÓN DOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCAIS

Faustino Martínez Fernández

Doutor en dereito e ciencias políticas e socioloxía.
Secretario da Excma. Deputación de Lugo

1. Introducción

1.1. A actividade económica dos entes públicos

Na evolución histórica das actividades dos entes públicos, como é de sobra coñecido, pasouse dun Estado liberal, abstencionista, que concibía a sociedade como algo natural e que contaba coas súas propias regras, as cales tiñan que ser respectadas escrupulosamente, a un estado intervencionista, que xa non acepta a sociedade como un dato, como algo natural e intanxible, senón que, cuns postulados previos de xustiza, pretende intervir nela, para configurala de acordo con esa ideoloxía previa. A última fase dese modelo intervencionista está representado polo Estado como dador de bens ó mercado, como unha empresa máis, en competencia coas empresas privadas.

Neste contexto social, a Constitución española (en adiante, CE), como non podía ser menos, recolle unha serie de principios de política económica, tales como o principio de igualdade, tanto respecto das rendas persoais como na súa vertente interterritorial, a unidade de mercado, defensa do consumidor... etc., que mereceron a atención profunda da doutrina

científica máis salientable¹. Pero é sobre todo o artigo 128.2 da CE o que contén uns principios inspirados na política económica, cando di que se recoñece a iniciativa pública na actividade económica. *Mediante lei poderáselle reservar ó sector público recursos ou servicios esenciais, especialmente no caso de monopolio e así mesmo acorda-la intervención de empresas, cando así o esixise o interese xeral*. Como di Sosa Wagner², cando reitera a posición da doutrina sobre o tema, estamos, pois, ante un típico instrumento de política económica, que significa un dos sinais máis distintivos do Estado social de dereito.

O precepto fai referencia fundamentalmente por un lado a unha simple actividade económica, e por outra banda a unha actividade cualificada, polo que se lles reserva ó sector público recursos ou servicios esenciais.

Pola referencia á simple actividade económica, enténdese o recoñecemento da iniciativa pública, na actividade económica, de tal forma que, como di Gómez Ferrer³, *a CE non consagra o principio de subsidiariedade no mundo económico, no sentido de que o Estado non pode actuar cando existe a iniciativa privada, pero entendo, continúa o dito autor, que o deber xenérico dos poderes públicos de actuar para a consecución da efectividade dos dereitos económicos e sociais pode converterse nunha obriga de tales principios, non se produce polo libre xogo social*.

A Sentencia do Tribunal Supremo do 14 de febreiro de 1990 dinos que o artigo 128.2 recoñece a iniciativa pública na actividade económica, coexiste o sector público e o privado, e apártase a nosa Constitución do sistema anterior no que primaba o principio de subsidiariedade.

A actividade económica cualificada pola reserva de recursos ou servicios esenciais fai referencia a que determinados recursos ou servicios merecen unha especial protección. Por iso os recursos ou servicios esenciais, así como a situación de monopolio, esixen algunha pequena precisión:

a) **Recursos.** Tales recursos ós que alude a CE son os naturais, cousas ou bens en sentido xurídico, a enumeración dos cales lle corresponde á lexislación sectorial, de acordo con criterios técnicos, económicos ou políticos.

b) **Servicios.** Poden ser servicios xa establecidos ou que se deben establecer, pero esenciais, sobre os que existen dúas acepcións, unha ampla que se refire ás actividades mercantís ou industriais, das que derivan prestacións vitais ou necesarias para a vida; outro sentido estricto, un servicio non é esencial tanto pola natureza da actividade como polo resultado; para que un servicio público sexa esencial, haberán de selo tamén

¹ MARTÍN MATEO, *Derecho Público de la Economía*, Madrid, 1985.

² SOSA WAGNER, *La Gestión de los Servicios Públicos Locales*, Ed. Civitas., Madrid, 1994, 21 ed.

³ GÓMEZ FERRER, "La reserva al sector público de recursos o servicios especiales", *Homenaje a G.E.*, tomo V.

os bens ou intereses satisfeitos. A esencialidade é así un concepto xurídico indeterminado, os servizos son moi amplos⁴, e é imposible de definir a priori a esencialidade dun servizo ou recurso⁵.

c) Monopolio. Como causa habilitante da reserva pode ser tamén a existencia dun monopolio, que non é máis que unha alteración sensible do libre xogo da oferta e a demanda que o poder público decide intervir para corrixi-la situación. É o monopolio de feito.

A reserva non prexulga o modo de xestión. Pero ademais tal actividade de reserva esixe que se faga por lei, sobre a que poderíamos realiza-las seguintes precisións:

a) É posible a colaboración de regulamentos e a través doutras actividades complementarias da Administración, e polo tanto é defendible a flexibilidade no concepto de lei, non identificable coa lei formal, en contra da tese radical, que só podería aplicarse a novos recursos ou servizos, sen descartar medidas regulamentarias e simples actuacións da Administración.

b) A lei a que alude o artigo 128.2 da CE tamén pode ser unha lei das comunidades autónomas.

c) Nas corporacións locais, a reserva legal ten especial relevancia. A Lei de bases do réxime local contén unha lista de servizos reservados que enumera o artigo 86 e que son: augas, residuos, gas, matadoiros, mercados, lonxas centrais, transporte público de viaxeiros (suprímense os servizos mortuorios [artigo 23 do Decreto-lei 7/1996, do 7 de xuño]).

A municipalización con monopolio por simple acordo do Consello de Ministros, sen lei, que contén o artigo 48. e) do Regulamento de servizos (en adiante, RS) haberá que estimala derogada. Só son obxecto de reserva, pois, os servizos antes aludidos.

d) Na Administración local, pois, a reserva legal xa se produce pola Lei de bases do réxime local (en adiante, LBRL), e polo tanto calquera modificación ten que facerse por lei formal, no sentido que vimos anteriormente, tal e como fixo, aínda que fose para levanta-la reserva, o Real decreto-lei 7/1996, do 8 de xuño, cos servizos funerarios.

1.2. Lexislación aplicable á contratación do servizo público local

O título de referencia non tería contido digno de mención, e incluso podería considerarse como intranscendente, se nos referisemos só á Administración central ou autonómica, pero a cuestión complícase se temos en conta que a Lei 13/1995, do 18 de maio, de contratos das administracións públicas (en adiante, LCAP) supuxo unha gran modificación no

⁴ GÓMEZ FERRER, *op. cit.*

⁵ ARINO, vol. col. *El modelo económico de la Constitución*, Madrid, 1981.

sistema de fontes para tales contratos realizados polos entes que consti-túen a Administración local.

Se se tratase da substitución do título II da Lei de contratos do Estado (en adiante, LCE) anterior polo título II da Lei 13/1995, do 18 de maio, de contratos das administracións públicas (dos artigos 155 ó 171), como nos di Lavilla Ruvira⁶, a nova regulamentación dada ó contrato de xestión dos servizos públicos caracterízase sobre todo pola súa continuidade; as modificacións introducidas non son suficientemente significativas para que a impresión xeral da continuidade se esvaeza.

Só, e tamén baixo o signo da continuidade, podemos destaca-la disposición derogatoria única, no número 1.a) derroga, sen máis, o Decreto 923/1965, do 8 de abril, e disposicións modificativas deste, que aproba o texto articulado da LCE, mentres que no parágrafo 1. b) ó derroga-lo Regulamento xeral de contratación aprobado polo Decreto 3.410/1975, do 25 de novembro, e as modificacións a este, faino só en canto tales disposicións se opoñan ó establecido *nesta lei*, polo que o regulamento antedito (RXCE), segue vixente, no que non se opoña á lei, e ten a categoría normativa de Regulamento de execución da LCAP.

Pero a cuestión na Administración local ten unha transcendencia maior. O artigo 5. c) da Lei 7/1985 de bases do réxime local dinos que as entidades locais se rexen, en primeiro termo, pola presente lei, ademais, en canto ás concesións e demais formas de prestación de servizos públicos.

a) Pola lexislación do Estado, e de se-lo caso, a das comunidades autónomas, nos artigos 149.1.18 da CE.

b) Polas ordenanzas de cada entidade.

A primeira fonte, pois normativa, para a regulamentación da concesión e demais modos de xestión dos servizos públicos é *esta lei*, ou sexa a Lei 7/1985, RBRL.

A lei, no título VI, dedica o capítulo II a actividades e servizos (artigo 84 ó 87), mentres que o capítulo III o dedica á contratación, incluíndo a xestión dos servizos públicos no capítulo II e non no terceiro, que se dedica á *contratación*. Non é de estrañar, polo tanto, que os profesionais da Administración local estean un pouco desconcentrados, máxime se temos en conta que así como o Regulamento de contratación das corporacións locais de 1953 foi derrogado expresamente, non así o Regulamento dos servizos públicos tanto directos como indirectos. En definitiva, é tradicional estudar na Administración local conxuntamente os modos de xestión dos servizos públicos, tanto na doutrina tradicional⁷ como na

⁶ LAVILLA RUBIRA, *El contrato de Gestión de los Servicios Públicos. Comentarios a la LCA*.

⁷ ALBI F., *Tratado de los modos de gestión de los Servicios Públicos*, Madrid, 1960.

actual⁸, e que o Regulamento de servicios conteña a regulamentación dos modos de xestión tanto directos como indirectos.

A Lei do réxime local de Galicia do 22 de xullo de 1997, Lei 5/1997, inclúe as formas de xestión dos servicios públicos, nun apartado especial dedicado ós servicios, máis coherente co contido e coa tradición doutrinal e lexislativa da Administración local, e abandona a inclusión da concesión e demais formas de xestión nun texto de contratación, o que contribúe a unha maior seguridade ós axentes encargados de aplica-la lexislación.

Polo tanto podemos clasifica-los modos de xestión dos servicios públicos en dous grandes grupos (artigos 85 LBRL, 295 Lei 5/1997 e 67 RSCL):

A. Xestión directa

- a) Sen órgano especial
- b) Con órgano especial
- c) Organismo autónomo
- d) Sociedade mercantil da que o capital pertenza íntegra ou maioritariamente á entidade

B. Xestión indirecta

- a) Concesión
- b) Arrendamento
- c) Concerto
- d) Sociedade mixta

A iso hai que engadir que a Lei de contratos das administracións públicas é básica, co cal pasa a situación dun primeiro plano, xunto coa Lei de bases do réxime local, desprazando o TRRL (Real decreto 781/1986), desprazado á súa vez pola Lei 5/1997, do réxime local de Galicia, como así o entende a doutrina máis recente⁹, e ademais a lexislación estatal en materia contractual referente á Administración local, deixou de ser subsidiaria para converterse en norma de aplicación preferente. Nós estimamos que ha prevalece-lo establecido no Regulamento de servicios das corporacións locais, no que non se opoña ás leis 7/1985, 13/1996 e 5/1997, con prevalencia sobre o Regulamento xeral de contratos do Estado, porque tamén é un regulamento estatal, e porque ademais é unha norma especial, que ha de prevalecer sobre a xeral.

Ó mellor, como veremos no seu momento, as diferencias e contradicións que puideran existir entre as diversas fontes na realidade tampouco o son tanto se temos en conta que a nova regulación está marcada polo signo da continuidade, e que ademais a miudeza da Lei de contratos das administracións públicas contrasta, en moitos casos, co exhaustivo da re-

⁸ SOSA WANER, *La gestión de los Servicios Públicos Locales*, Ed. Civitas, Madrid, 1994.

⁹ FONT I LLOVET, *La nueva Ley y la contratación en la Administración Local. Comentarios a la LCAP*, Ed. Civitas, Madrid, 1996.

gulamentación dalgúns contratos da Administración local, como a concesión, que sen opoñerse á lei, contribúe a precisar de forma notable a regulamentación do contrato.

As diferencias poden concretarse así:

a) Entre as modalidades de contratación, non se inclúe o arrendamento que si prevé o artigo 85.4 da Lei de bases do réxime local e a Lei 5/1997 do réxime local de Galicia, e que desenvolve o Regulamento de servicios. Sectores da doutrina¹⁰, e nós mesmos, opinamos a prol da prevalencia da Lei de bases do réxime local e do Regulamento de servicios ante o artigo 157 da LCA, aínda que teña carácter de básico, porque non deben considerarse os modos de contratación como *numerus clausus* nin tampouco considerar que a lexislación básica impida engadir outros xeitos de xestión do servizo público.

b) Exclúese da xestión do servizo público de forma indirecta, e polo tanto do sistema contractual, non só cando a sociedade teña integramente capital da entidade local [artigo 85. 3. c)], senón tamén cando o teña maioritariamente.

É polo tanto a forma de xestión indirecta e, por conseguinte, con aplicación da técnica e normas contractuais, nos supostos de sociedade mercantil ou cooperativas legalmente constituídas o capital das cales só parcialmente, e non maioritariamente, pertenza á entidade.

Os prazos elévanse a 75 anos, como di o artigo 158 da LCA, norma básica, sobre os 50 do TRRL e 10 nos contratos de arrendamentos do RSCL.

CAPÍTULO I

O contrato de xestión. Concepto e natureza

De conformidade co artigo 155 da Lei de contratos das administracións públicas o contrato de xestión do servizo público está constituído por aquel mediante o cal as administracións públicas lle encomendan a unha persoa natural ou xurídica a xestión dun servizo público.

Trátase, polo tanto, dunha forma de xestión dos servizos públicos, aínda que se inclúa nunha norma contractual como é a LCA, e non nunha norma de xestión de servizos públicos, como era tradicional na Administración local.

Con todo debemos atopar na norma a referencia ós modos de xestión dos servizos públicos; e así o artigo 155.2 refírese a varias formas de xestión directa como son:

¹⁰ FONT I LLOVET, *op. cit.*

- a) Ente público destinado ó fin do servizo público.
- b) Xestión por medio dunha entidade privada da que o capital sexa exclusiva ou maioritariamente de participación da Administración ou ente público dela.

c) A elas haberá que engadir, como parece lóxico, a prestación do servizo pola propia Administración e, como di o Regulamento de servizos, a Administración asumirá e exercerá, sen intermediarios e de modo exclusivo, tódolos poderes de decisión e xestión, e realizará o servizo mediante funcionarios do cadro de persoal e obreiros retribuídos con fondos do presuposto ordinario.

Como dicimos, estas formas de xestión quedan excluídas do ámbito do contrato de xestión de servizos, por non existir dúas partes, necesarias para a existencia de contrato.

A xestión indirecta dos servizos públicos é a que se fai mediante contrato. Iso implica que a titularidade do servizo público a segue a ter a Administración e a xestión corresponderalle ó contratista. A natureza contractual da xestión é unánime na doutrina¹¹, e incluso algunha sentenza do Tribunal Supremo, como a do 21 de outubro de 1989, di que a concesión de servizos ofrece un mercado, aínda que non exclusivo, talante contractual, pois tal negocio ten a súa orixe nunha oferta ó público que formula a Administración e nunha simétrica proposta dos particulares, estrutura bilateral e ademais sinalagmática que, unha vez perfeccionada substantiva e formalmente crea unha complexa armazón de dereitos subxectivos e obrigas recíprocas.

Por iso, o parágrafo 3 do artigo 156 da Lei de contratos das administracións públicas sinala que *En todo caso, a Administración conservará os poderes de policía necesarios para asegurar-la boa marcha dos servizos de que se trate.*

Así mesmo o artigo 116.2 do Regulamento de servizos sinala que serán nulas as cláusulas polas que unha corporación concedente renunciara a fiscaliza-lo servizo, etc.

Ademais da súa natureza contractual, que tamén a ten o contrato de servizos, que regula a mesma Lei 13/1996, diferéncianse en que no contrato de xestión de servizos a xestión se despraza do titular ó xestor, e se presta ós usuarios, e no contrato de servizos a destinataria é a propia Administración.

A Xunta Consultiva de Contratación (Dictame 4/1996, do 7 de marzo) dinos que a Lei 13/1995 do 18 de maio, de contratos das administracións públicas, ó igual que a anterior lexislación de contratos do Estado, diferencia nitidamente o contrato de xestión do servizo público, regulado no

¹¹ SOSA WAGNER, *op. cit.*

título II do libro II, e os contratos de servizos prestados á Administración, regulados, xunto cos de consultora, e asistencia e os traballos específicos e concretos non habituais, no título IV do libro II. Das respectivas definicións destes contratos resulta que nos primeiros un servizo público titularidade da Administración se traslada ó contratista que xestiona o servizo para a súa utilización por parte dos particulares. Polo contrario, no puro contrato de servizos é o contratista o que lle presta o servizo á Administración e non ós particulares.

Diferencia co contrato de concesión de obras públicas

O artigo 159 da lei dinos que todo contrato de xestión de servizo público irá precedido da elaboración e aprobación administrativa do anteproxecto de explotación e das obras precisas no seu caso. En tal suposto serán de aplicación os preceptos establecidos nesta lei para a concesión de obras públicas.

Tal remisión obríganos a analiza-lo artigo 130 da mesma lei que considera contrato de concesión de obras públicas aquel no que a contraprestación a favor do adxudicatario consiste no dereito de explora-la obra ou no dito dereito acompañado do de percibir un prezo.

Tal contrato queda suxeito ás normas do contrato de obras.

A primeira vista, polo tanto, cando se produce unha concesión, na que o concesionario teña que realizar obras, o contrato réxese polas normas do contrato de concesión de obras, e non polos de contratación de xestión de servizos, e iso, con tódalas consecuencias.

Sen embargo, tales supostos hai que analizalos á luz do artigo 6 da propia lei que establece que cando un contrato administrativo conteña prestacións correspondentes a outro ou outros contratos administrativos de distinta clase, atenderase para a súa cualificación e aplicación das normas que o regulen ó carácter de prestación que teña máis importancia desde o punto de vista económico.

O que quere, pois, resaltar o artigo 6 é que nos contratos mixtos a prestación máis importante desde o punto de vista económico determina a aplicación total das normas que definen o seu réxime xurídico, sen que caiba acudir a outro tipo de contratos.

Esta é a interpretación que prevaleceu na Xunta Consultiva de Contratación (Dictame 24/1996, do 30 de maio), e que por outra banda é o único posible, sen pena de deixa-lo contrato de xestión sen contido ningún.

Obxecto do contrato. O servizo público

O obxecto do contrato ha de se-la xestión do servizo público. Non é o intre de analiza-las acepcións, pero si de dicir que a Lei de contratos das administracións públicas escolleu a noción ampla do servizo público,

como equivalente a interese ou fin público. Comprende tódolos servicios que tenden á consecución dos fins sinalados como da competencia da entidade pública.

Non é necesario que o servicio público estea declarado como tal, basta con que se dirixa á consecución dun fin de competencia do ente.

Suposta a amplitude de concepto, sen embargo a lei esíxelles ós servicios contratados dúas condicións indispensables:

a) Que se trate de servicios que non impliquen o uso de autoridade (artigo 156.1, último inciso), previsión que aínda que inspirada no artigo 63 da Lei de contratos do Estado, derogada, que aludía á necesidade de que o servicio non implicara *exercicio de poderes soberanos*, cremos que a inspiración pola identidade do texto lle vén do réxime local, cando o artigo 43.1 do Regulamento de servicios di que serán atendidas necesariamente por xestión directa as funcións que impliquen exercicio de autoridade ou máis concretamente, o artigo 69.1 cando precisa que non só serán atendidas por xestión directa, senón que o han de facer sen órgano especial ningún.

b) Os servicios han de ser ademais de contido económico que os fagan susceptibles de explotación por parte dos empresarios particulares.

Réxime xurídico

O artigo 156.5 di que o contrato de xestión e servicios se rexerá en primeiro lugar pola presente lei, con excepción dos artigos 96, 97, 103 e 111, e polas disposicións especiais do servicio, en canto non se opoñan a ela.

Os preceptos exceptuados refírense: á demora na execución, resolución por demora e prórroga dos contratos, suspensión dos contratos e cumprimento, e recepción dos contratos. Hai que engadir ademais dúas cuestións:

a) Que tampouco lle son aplicables as causas de resolución (artigo 112 da LCAP) das letras e) e f), referentes á demora no cumprimento dos prazos, e a falta de pagamento por demora da Administración por tempo superior a 8 meses.

b) A regulación por normas especiais do servicio; cando estas sexan das comunidades autónomas haberá de prevalece-la LCAP por básica. Pero tal solución ten que se-la contraria cando a normativa sexa estatal, por medio de lei formal, pois sendo especial para un servicio, haberá de prevalecer sobre a xeral.

Formas de adxudicación

De conformidade co artigo 160 da LCAP só existen dúas formas de adxudicación, o concurso, mediante procedemento aberto ou restrinxido, e o procedemento negociado. O primeiro é o procedemento xeral, ó que

alude a LCAP como *ordinariamente* se adxudicarán, e o segundo é un procedemento excepcional ó primeiro, pois non outro significado ha de tela frase do artigo 160.2 *só poderán ter lugar*. Iso ilústranos xa como a primeira consecuencia das anteriores afirmacións, é que o procedemento xeral, nas súas formas aberta ou restrinxida, é o ordinario, polo que o negociado só pode utilizarse nos casos previstos na LCAP e concretamente no artigo 160.2.

A. Concurso

Non contén o concurso ningunha especificación con respecto ó procedemento xeral de concurso, regulado na LCAP con carácter xeral, salvo a remisión ós prazos do artigo 79.

Polo tanto sonlle aplicables os criterios para a adxudicación do concurso, a que se refire o artigo 87, que ó noso xuízo:

- Haberán de ser obxectivos, e a enumeración que se fai no artigo 87.1 non ha de entenderse exhaustiva.
- Han de incluírse no prego de condicións.
- Han de indicarse por orde decrecente de importancia, e pola ponderación que se lles atribúa.

Especial consideración merece a alusión que, como primeiro criterio, sinala a lei referíndose ó prezo. Iso suscitou o problema da legalidade de incluír, como criterios de valoración, sumas de diñeiro, aboables á Administración no intre da formalización do contrato.

Sobre iso tivo ocasión de pronunciarse a Xunta Consultiva de Contratación no informe 44/1995 do 21 de decembro ó considerar irregulares tales cláusulas por entender que as ofertas se fan con base no presuposto de licitación, sen que poidan ser alteradas por proposicións dos concursantes, e en realidade as chamadas *primas de adxudicación ou achegas voluntarias en metálico* poden linda-la actuación delictiva. En calquera caso supoñen unha alteración dos principios de libre concorrencia e adxudicación obxectiva dos contratos públicos.

Serían tamén un modo irregular de financiamento das entidades locais, tendo en conta as disposicións legais sobre a materia.

B. Procedemento negociado

Como dicíamos anteriormente, é un procedemento excepcional ordinario, motivado porque se excepcionan os principios básicos de publicidade e concorrencia (artigo 111 da LCAP).

Algún sector da doutrina¹² entende que aínda que o artigo 160.2 di que o procedemento negociado *poderá ter lugar*, o verbo *poderá* é equi-

¹² REVIRA RUBIRA, *op. cit.*

valente a deberá nos supostos das letras a), b) e c) e é facultativa para a Administración a súa utilización nos parágrafos d) e e).

Por último, reitera o artigo 160.2, consecuente co carácter de procedemento excepcional, que a utilización ha de ir precedida dunha xustificación razoada no expediente. Afirmación superflua, posto que xa con carácter xeral o artigo 76.2 da mesma lei dixera que en todo caso a elección de procedemento deberá xustificarse no expediente.

Os supostos de utilización de procedemento negociados son os seguintes:

a) Aqueles servicios nos que non sexa posible promover-la concorrencia, superando o artigo 69.1 da Lei de contratos do Estado, derogada, en minoración de discrecionalidade ó substituí-la frase de que *non conveña promover* pola de que *non sexa posible promover*.

b) Os supostos de imperiosa urxencia, cando acontecementos imprevisibles para o órgano de contratación, e non imputables a el, demanden unha rápida execución, e non se poida conseguir co procedemento de urxencia regulado no artigo 72.

c) Refírese este parágrafo a tres supostos:

■ Expedientes secretos ou reservados (Lei 48/1978, do 7 de outubro), ampliándose ós reservados con relación á lexislación anterior.

■ Cando a execución debe ir acompañada de medidas de seguridade especiais de acordo coa lexislación vixente:

■ Cando o esixa a protección dos intereses esenciais da seguridade do Estado.

d) Os contratos de xestión de servicios públicos dos que o presuposto de gastos de primeiro establecemento se preveza inferior a 3.000.000 de pesetas e o seu prazo de duración sexa inferior a 5 anos. A Administración local o 5% de gastos de primeiro establecemento do artigo da Lei de réxime local haberá que estimalo reducido ó 2% pola disposición adicional 9ª da Lei de contratos das administracións públicas, aínda que se omite o contrato de xestión de servicios.

e) A última letra refírese a aqueles contratos que, anunciados os seus respectivos concursos, non chegaran a adxudicarse por falta de licitadores, ou por declara-las proposicións presentadas non admisibles.

En calquera caso, neste último suposto é preciso que non se modifiquen de forma substancial as condicións orixinais do contrato, e que a adxudicación se efectúe por un prezo non superior ó que fora obxecto da licitación.

Dereitos e deberes das partes

Os deberes do contratista determínanse no artigo 161 e 162 da Lei de contratos das administracións públicas.

No artigo 161 sinálase o deber xeral de executa-las obras e de organización do servicio con estricte suxeición ás características establecidas no contrato e dentro dos prazos sinalados neste.

O artigo 162 enumera as obrigas xerais do contratista da seguinte forma:

- a) Presta-lo servicio coa continuidade convida e garantirlles ós particulares o dereito de que vai utiliza-lo servicio nas condicións convidadas, mediante o pagamento, chegado o caso da contrapartida económica.
- b) Coidar da boa orde do servicio.
- c) Indemniza-los danos e as perdas que se lles causen a terceiros, agás cando sexa por causas imputables á Administración.
- d) Respecta-lo principio da non discriminación por razón de nacionalidade respecto das empresas de estados membros da Comunidade Europea, etc.

De conformidade co artigo 167, se do incumprimento por parte do contratista se derivase perturbación grave e non reparable por outros medios no servicio público, e a Administración non decidise a resolución do contrato, poderá acorda-la intervención del ata que aquela desapareza.

En todo caso, o contratista deberá aboarlle á Administración os danos e as perdas que efectivamente lle irrogou.

Os dereitos do contratista enúnciao o artigo 163 da Lei de contratos das administracións públicas, que son fundamentalmente dous:

- a) Dereito ás contraprestacións económicas previstas no contrato.
- b) Revisión destas, de se-lo caso, nos termos que o propio contrato estableza.

Pode presentarse o problema, se só o contratista ha de ter dereito, se así se prevé no contrato, ou se polo contrario ten dereito en aplicación das normas xerais, aínda que o contrato haberá de fixa-lo *quantum*.

Non obstante, quizais o problema non teña lugar practicamente nunca, porque o artigo 104.3 esixe que o prego de condicións deberá detalla-la fórmula ou sistema aplicable, e, en resolución motivada, poderá establecerse a improcedencia dela, que igualmente deberá facerse constar no dito prego.

Modificación do contrato

De conformidade co artigo 164, a Administración conserva o *ius variandi*, por razóns de interese público as características do servicio contratado e, as tarifas que han de ser aboadas polos usuarios.

Cando existan modificacións do réxime económico, compensarase o contratista de maneira que se manteña o equilibrio do servicio.

Cumprimento do contrato

De conformidade co artigo 165, ó finaliza-lo prazo contractual o servizo reverterá na Administración, e o contratista deberá entrega-las obras e instalacións a que estea obrigado conforme o contrato, e estado de conservación e funcionamento axeitados.

A Administración, antes de finaliza-lo prazo, e durante un período prudencial, que se fixará no prego, poderá adopta-las medidas necesarias para que a entrega de bens se realice nas condicións axeitadas.

Resolución

Son causas, ademais das do artigo 112 da LCAP, agás os parágrafos e) e f), as que enumera o artigo 168 da mesma lei:

- a) A demora superior a 6 meses por parte da Administración na entrega ó contratista da contraprestación ou dos medios auxiliares a que se obriga no contrato.
- b) Rescate do servizo.
- c) Supresión do servizo.
- d) Imposibilidade da explotación do servizo, como consecuencia dos acordos adoptados pola Administración con posterioridade ó contrato.

O prazo xeral de cumprimento de 8 meses que sinala o artigo 100.6 báixase a 6 meses. A explicación quizais haxa que busca en que o contratista non estea lexitimado para proceder á suspensión pola demora de 4 meses na entrega por parte da Administración das contraprestacións ou medios ós que se obriga (dereito que teñen os demais contratistas, artigo 100.5 LCAP). Á súa vez a inexistencia do dereito de suspensión no contrato de xestión resulta de inaplicabilidade a este do artigo 103 da LCAP conforme o establecido polo artigo 156.3 deste e fúndese nos principios xerais de continuidade de xestión dos servizos públicos.

No caso de morte ou incapacidade sobrevida do artigo 169.1, a Administración poderá acorda-la continuidade cos herdeiros, salvo disposición expresa en contrario das normas do servizo.

O rescate prodúcese para xestiona-lo servizo directamente.

Cesión e subcontratación

A cesión réxese polo artigo 115, que regula a cesión dos contratos, sen excepción ningunha, e sinala o artigo 171 que a subcontratación só pode recaer en prestacións accesorias.

CAPÍTULO II

Formas de xestión dos servizos: xestión directa

De conformidade co artigo 157, e sen que supoña cambio ningún respecto da lexislación anterior (artigo 66 da Lei de contratos do Estado, [derrogada]), os modos de xestión son os seguintes: concesión, xestión interesada, concerto e sociedade de economía mixta.

Seguindo os artigos 85.4 da Lei 7/1985 e 295 da Lei 5/1997, da Administración local de Galicia, e 113 do Regulamento de servizos das entidades locais, podemos clasificar as formas de xestión dos servizos públicos en dous grandes grupos: xestión directa e xestión indirecta.

Coincide exactamente coa enumeración que das formas de xestión indirecta dos servizos locais realiza o artigo 295 da Lei 5/1997 da Administración local de Galicia, o artigo 85.4 da Lei 7/1985, e o artigo 113 do Regulamento de servizos, ó que haberá que engadirlo arrendamento.

Xestión directa

A xestión directa consiste na prestación dos servizos da competencia das entidades locais por si mesmas ou mediante organismos dependentes delas. Ademais podemos clasificar as formas da seguinte maneira:

a) *Sen órgano especial*

De conformidade co artigo 68 do RSCL, a xestión directa sen órgano especial consiste na asunción por parte da entidade local do seu propio risco e exercerá sen intermediarios e de modo exclusivo tódolos poderes de decisión e xestión, e realizará o servizo mediante funcionarios do cadro de persoal e obreiros retribuídos con fondos do presuposto ordinario. O presuposto é o da entidade.

Prestaranse necesariamente desta forma os servizos que impliquen exercicio de autoridade. É unha excepción tradicional o noso dereito local (artigo 85.2 da Lei 7/1985, artigo 156.1 da LCAP e artigo 95 do Real decreto 781/1986).

Pero pódese atopar algunha sentenza na que se permita a colaboración dos particulares en funcións públicas soberanas, como a do 13 de outubro de 1997 (Sala 3ª da Sección 3ª):

Cando o poder público acode á empresa privada para pedir a colaboración no exercicio dunha función pública, xurde entre eles un vínculo, a natureza do cal está moi próxima á natureza contractual. Podería incluírse nos convenios de colaboración do artigo 2º.7 da Lei de contratos do Estado.

b) *Con órgano especial*

Poderán prestarse por medio desta forma tódolos servicios locais, con excepción dos que impliquen o uso de autoridade.

A xestión directa cun órgano especial estará a cargo dun Consello de Administración e dun xerente.

O Consello de Administración asume o goberno e a xestión superior do servicio. Nomearao a corporación respectiva, e os seus membros serán polo menos a metade máis un, membros da corporación que os crea. O presidente será un concelleiro ou un deputado pertencente ó concello.

O consello propón un xerente, por tempo limitado, e as súas funcións serán as de executa-los acordos, dirixir e inspecciona-los servicios, ordena-los pagamentos e asistir ó consello con voz e sen voto, e as demais que lle confire o consello.

c) *Organismos autónomos locais*

Son entidades de dereito público, con personalidade xurídica propia, e patrimonio propio, creadas polas corporacións locais para a xestión descentralizada dos seus intereses.

Tales organismos teñen os seus antecedentes máis inmediatos nas chamadas fundacións públicas do servicio, dirixidas polo Regulamento de servicios das corporacións locais.

Rexeranse polo seu propio estatuto, aprobado pola entidade local, que determinará os fins que se lles asignen e os bens e recursos económicos afectados ó seu cumprimento, a organización xeral e réxime de funcionamento e o sistema de designación dos órganos e persoal directivo, así como as facultades de tutela que aquela se reserve.

A pesar da súa personalidade distinta e das súas especialidades, a lei prescribe, seguindo un pouco o modelo da Lei 50/1997, do 27 de novembro do Estado, que as materias presupostarias, persoal e contratación, procurarán adapta-los estatutos do organismo autónomo ós do ente creador.

d) *Sociedade mercantil da que o capital social lle pertenza integramente á entidade local*

A lei reproduce exactamente o artigo 85.3 c) da Lei 7/1985 de bases do réxime local, e o 103 do Real decreto 781/1986; con posterioridade a Lei de contratos das administracións públicas (artigo 152.2) excluíu do contrato de xestión dos servicios públicos aqueles en que a dita xestión se lle atribúe a unha sociedade de dereito privado, con capital exclusivo ou maioritario da Administración pública.

A ámbolos dous supostos se refire tamén o artigo 302 da lei; e así mesmo o artigo 197 dinos que para a prestación de servicios dos cales o contido non implique exercicio de autoridade, e que afecten os intereses de dúas

ou máis administracións públicas, poderán constituírse sociedades anónimas, das que o capital pertenza total ou maioritariamente ás entidades afectadas.

En definitiva, cremos que a referencia que o artigo 295.3.c) fai da sociedade mercantil á que o capital social pertenza totalmente, haberá que entendela referida ós supostos en que a Administración pública participe con capital maioritariamente.

CAPÍTULO III

Formas de xestión dos servizos: xestión indirecta

Concesión. *Concepto e natureza*

Dise que a concesión é unha forma de xestión dos servizos pola cal o empresario xestiona o servizo a risco e ventura (artigo 157 da Lei de contratos das administracións públicas), mantendo a titularidade do servizo da Administración.

Como nos di a Sentencia do Tribunal Supremo do 20 de outubro de 1995 (Sección 2ª da Sala 3ª - presidente: Ruíz-Jarabo Ferrán), é a forma máis típica de xestión indirecta. A través dela a Administración permanece como titular do servizo, e encoméndalle a súa explotación a un particular que corre cos riscos económicos da empresa.

Caracteres: *risco e ventura*

Seguindo a liña xurisprudencial marcada, entre outras pola Sentencia do Tribunal Supremo do 20 de xaneiro de 1998 (Sección 3ª da Sala 3ª - presidente: Escusol Barra), na concesión dun servizo público transfírense a favor do concesionario as facultades necesarias para a súa xestión.

A Administración conserva a facultade de controla-las tarifas de utilización do servizo, e en consecuencia o concesionario non pode modificalas por si, xa que necesita o consentimento da Administración.

A concesión considerouse sempre como un contrato que tería por finalidade prestar un servizo. O artigo 126 do RSCL di que a ordenación xurídica da concesión terá como principio básico que o servizo concedido siga posuíndo en todo momento a cualificación de servizo público, e diferenciarase o servizo obxecto dela e a retribución económica da concesión. En definitiva, o importante e fundamental é a prestación do servizo. Esta teoría era pacífica tanto na doutrina como na xurisprudencia.

Pois ben, o artigo 157. a) da Lei 13/1995, e que reproduce o artigo 303 da Lei 5/1997, da Administración local de Galicia, comeza dicindo, precisamente, que o contrato de concesión é aquel a través do cal un empresario xestiona o servizo a risco e ventura.

A contradicción existente cremos que ten que ceder ante o principio cardinal de que o importante é que o servizo se preste, e polo tanto teñen plena vixencia as disposicións do RSCL.

Así o confirmou a Sentencia do Tribunal Supremo do 21 de febreiro de 1998 (Sala 3ª da Sección 3ª).

Aínda cando o principio de risco e ventura é máis propiamente aplicable ás vicisitudes da execución dos contratos administrativos, fundamentalmente do de obras, tamén incide na contraprestación recibida polo concesionario dun servizo público, en canto, se ben a corporación concedente debe mante-lo equilibrio financeiro da concesión e compensar a aquel da ruptura da economía desta que pode producirse, sucede iso cando as instancias sobrevidas e imprevisibles o determinaren.

- a) A Administración dispón dun poder orixinario para controla-lo servizo concedido.
- b) O persoal adscrito non é funcionario.
- c) O concesionario ten poderes delegados nas súas relacións cos usuarios.
- d) A Administración conserva o control das tarifas.
- e) É temporal.
- f) O concesionario pode beneficiarse das prerrogativas da Administración.
- g) A Administración dispón de potestade sancionadora.

Noutro lugar xa nos referimos á súa natureza, e ás fontes de regulación en materia de réxime local, diferenciadas en relación co réxime estatal pola existencia do Regulamento de servizos vixente naquilo que non se opoña á Lei de contratos das administracións públicas, que como sabemos lles adica ás modalidades de xestión dous artigos.

Procedemento

Na Administración central, e de conformidade co artigo 156.2 da Lei de contratos das administracións públicas que se aplica ós contratos de xestión dos servizos públicos e polo tanto á concesión, sinalada tamén no artigo 297.2 da Lei 5/1997 da Administración local de Galicia, antes de proceder á contratación dun servizo público deberá determinarse o seu réxime xurídico básico, que atribúa as competencias administrativas, que determine o alcance das prestacións a favor dos administrados, e que declare expresamente que a actividade de que se trata queda asumida pola Administración respectiva.

Na Administración local o trámite de contratación das concesións é rigorosamente formalista baixo pena de nulidade. Sinálase que para o non disposto no Regulamento de servizos se atenderá ó disposto no Regula-

mento de contratos das corporacións locais, hoxe derogado, polo tanto, como dicíamos noutro lugar, o primeiro que se aplica agora na lexislación de contratos (Lei de contratos das administracións públicas e Lei de bases do réxime local) e no non previsto o Regulamento de servicios.

Por iso temos que comezar por analizar aqueles casos nos que se pode producir unha iniciación por instancia de parte, para a contratación da concesión dun servicio.

Así, sinala o artigo 117 do Regulamento de servicios que *cando algún particular solicitara un servicio deberá presentar memoria sobre o que se tratara de establecer e na que xustifique a conveniencia de prestalo en réxime de concesión.*

A corporación: a) pode admiti-lo trámite ou b) rexeitalo de cheo por petición.

Se acepta, pode ou ben encargarlles ós seus técnicos a redacción do proxecto ou convocar un concurso de proxectos, e se optare por esta solución nas bases do concurso poderá ofrecer:

- a) Adquiri-lo proxecto mediante o pagamento de certa suma.
- b) Obrigarlle ó que resultara adxudicatario da execución daquel a pagalo seu importe.
- c) Dereito de tanteo sobre a adxudicación a teor do preceptuado no artigo 123.2.

Aprobado o proxecto redactado por particulares ou pola mesma corporación convocarase a licitación.

Antes da licitación fixaranse as cláusulas conforme as cales se outorgase e como mínimo as seguintes:

1. Servicio obxecto da concesión e características deste.
2. Obras e instalacións que tivese que realiza-lo concesionario e que quedarán suxeitas a reversión, e obras e instalacións ó seu cargo pero non comprendidas naquelas.
3. Obras e instalacións da corporación das que o gozo se lle entregará ó concesionario.
4. Prazo de concesión, que por aplicación do artigo 158 da Lei de contratos das administracións públicas será como máximo de 75 anos.
5. Situación respectiva da corporación e do concesionario durante o prazo de vixencia da concesión.
6. Tarifas que tivesen que percibirse do público, con descomposición dos seus factores constitutivos, como base de futuras revisións.
7. Clase, contía, prazos e formas de entrega da subvención ó concesionario, se se outorgase.
8. Canon ou participación que tivera que satisfacer, se é o caso, o concesionario á corporación.

9. Deber do concesionario de manter en bo estado as obras e instalacións.
10. Outras obrigas e dereitos recíprocos da corporación e do concesionario.
11. Relacións cos usuarios.
12. Sancións por incumprimento da concesión.
13. Réxime de transición no último período da concesión, en garantía da reversión ou devolución se é o caso das instalacións, bens e materiais (prevese no artigo 165.2 da LCAP).
14. Casos de resolución e de caducidade.

A continuación prodúcese a contratación na forma xeral prevista na lexislación sobre contratación, á que nos referimos anteriormente.

Obrigas do concesionario

Son obrigas do concesionario, segundo o artigo 128 do Regulamento de servizos:

1. Exercer por si mesmo a concesión e non cedela ou traspasala a terceiros sen anuencia da corporación, que só poderá autorizala nos casos previstos nos artigos 115 e 171 da LCAP.
2. Presta-lo servizo segundo o disposto na concesión ou ordenado posteriormente pola corporación, de forma continuada, e sen máis interrupcións que as que se producisen pola xestión directa municipal. A non supresión do servizo recóllese no artigo 162.a) da LCAP, como vemos.
3. Admiti-lo gozo do servizo a toda persoa que cumpra os requisitos dispostos regulamentariamente, que tamén recolle o artigo 162.a) da LCAP.
4. Indemnizarlles a terceiros os danos que se produzan polo funcionamento do servizo, salvo que se producisen por cláusulas impostas pola Administración, con carácter ineludible que recolle tamén o artigo 162.c) da LCAP.
5. Non allear bens afectos á concesión que houberan de reverter na entidade concedente, salvo autorización expresa da concesión.

Dereitos do concesionario

Dous grandes grupos podemos facer cos dereitos que o Regulamento de servizos lle dá ó concesionario.

- A. Dereito á protección e á utilización de bens de dominio público e gozo de potestades.

B. Dereitos económicos.

Dentro do primeiro apartado podemos incluír:

1. O dereito concedido polo artigo 127.2.1 do Regulamento de servios de que a Administración ten que outorgarlle ó concesionario a protección axeitada para que poida presta-lo servio debidamente.

2. O dereito a propor melloras do servio, a utiliza-los bens de dominio público necesarios para o servio; a solicitar da corporación os procedementos de expropiación forzosa, imposición de servidumes, desafuzamento administrativo, para a adquisición de dominio, dereitos reais ou uso dos bens precisos para o funcionamento do servio, e vía de constrinximento para cobra-las débedas dos usuarios.

Dentro dos dereitos económicos podemos incluír:

1. *Retribución do concesionario*

A esencia da concesión, como vimos mantendo, consiste en entregarlle a xestión dun servio público a un contratista mediante unha subvención; este asumirá o risco (gañar ou perder) mediante o pagamento desa retribución.

Ben é verdade que a partir da Primeira Guerra Mundial, e co impacto da suba dos prezos do carbón (*arrêt de gar* de Burdeos, 30 de marzo de 1916) que fixo pasar do principio de risco e ventura ó de cobertura suficiente e como consecuencia a mutuabilidade contractual.

O Regulamento de servios xa recolle estas técnicas de retribución no seu artigo 129, no cal se di que o concesionario percibirá como retribución:

- a) As contribucións especiais que se percibirán para o establecemento do servio, salvo cláusula en contrario.
- b) As taxas con cargo ós usuarios, segundo a tarifa aprobada.
- c) Subvencións que poderá substituír xunto con algún concepto anterior, ou toda a retribución, cando o servio fora gratuíto.

2. *Contía*

De conformidade co artigo 129.3 a retribución prevista para o concesionario deberá ser calculada de xeito que permita, mediante unha boa e ordenada administración, amortizar durante o prazo de concesión o custo de establecemento do servio e cubri-los gastos de explotación e unha marxe normal de beneficio industrial.

A razón de ser hai que atopala no que se chama o equilibrio da concesión, que ten a súa orixe pola súa vez na natureza contractual da concesión, pero mentres que tódolos contratos se fan a risco e ventura, tal principio non é aplicable á esfera das concesións, en onde rexe o principio do equilibrio económico da concesión (Sentencia do Tribunal Supremo do 14 de febreiro de 1986 e 21 de febreiro de 1998).

Para algunhas sentencias tal principio ten como razón última a protección do dereito do concesionario, evitando a alteración das condicións que lle servirán de base á concesión (cláusulas *rebus sic stantibus* de dereito privado) ou a reciprocidade económica e real das obrigas bilaterais.

3. Restablecemento do equilibrio

Porque en principio é esencial na concesión, compréndese por unha banda que só pode ser alterado cando o estableza así o ordenamento xurídico, e por outra que o restablecemento deste é esencial para que a concesión poida seguir existindo.

Os supostos de *ius variandi* do artigo 127.1 e do risco imprevisible ou *factum principes* do artigo 127.2.2.b), aínda sen mediar modificación do servizo, circunstancias sobrevidas e imprevisibles, deteminan en calquera sentido a ruptura da economía da concesión e constitúen as causas que poden modificar ese equilibrio.

As técnicas de restablecer tal equilibrio como parece lóxico, teñen relación cos casos anteriores e coas formas de retribución a que se fixo referencia no número 2.

Así a compensación económica, como consecuencia do *ius variandi*, dará dereito a recibir unha compensación por razón das modificacións que lle ordenare introducir no servizo e que incrementaren os custos ou diminuirán a retribución.

A revisión de tarifas ou o outorgamento de subvencións procede nos casos de circunstancias que non puideran preverse ou os feitos do príncipe (artigo 126.2.b) e 128.3.2. do Regulamento de servizos.

A contía non será nunca unha compensación integral, senón en proporción entre a Administración e o concesionario. Só será integral cando sexa consecuencia dunha actuación da Administración.

Extinción da concesión. Reversión

Prodúcese a extinción da concesión polo transcurso do prazo, producíndose a reversión do servizo á Administración pública concedente.

O contratista deberá entrega-las instalacións e obras a que estea obrigado de acordo co contrato e estado de funcionamento axeitados.

O Regulamento de servizos esixe que no prego de cláusulas (artigo 131.1) detallará a situación e o estado de conservación en que haberán de atoparse as obras e o material afectos á concesión no intre da reversión desta.

Con carácter xeral, e polo tanto con aplicación á concesión, di o artigo 165.2 da LCAP que durante *un período prudencial anterior...* á reversión, que deberá fixarse no prego, a Administración adoptará as medidas conducentes a que a entrega de bens se verifique nas condicións convidadas.

Pola súa banda o Regulamento de servicios dinos que con anterioridade á reversión, no prazo que se sinala no prego de condicións e, en todo caso, como mínimo no dun mes por cada ano de duración da concesión, a xestión do servicio regulamentarase do seguinte xeito:

1. A corporación designará un interventor técnico da empresa concesionaria, o cal vixiará a conservación das obras e do material, e informará a corporación sobre as reparacións e reposicións necesarias para mantelas nas condicións previstas.

2. No caso de desobediencia sobre a conservación de obras e instalacións, ou mala fe na execución destas, a corporación poderá dispoñelo secuestro dela.

O secuestro ten como finalidade garanti-la continuidade do servicio (artigo 133. 1 da RSCL) e carece do alcance sancionador que se lle atribúe, tal como di a Sentencia do Tribunal Supremo do 6 de xuño de 1997 (Sala 3ª da Sección 3ª – presidente: Cid Fontán).

Caducidade

Regúlase no artigo 136 do Regulamento de servicios e procederá:

a) Se levantado o secuestro, o concesionario volvera incorrer nas infraccións que o determinasen ou noutras similares.

b) Se o concesionario incorrera en infraccións gravísimas das súas obrigas.

Rescate

O Regulamento de servicios no seu artigo 127.1.51 dispón que a Administración pode rescata-la concesión, que non é máis que unha decisión unilateral da Administración, que se exerce no marco dos poderes da Administración, aínda que os pregos de cláusulas poden limitar ou condicionar esta facultade.

Tamén de conformidade co artigo 127.2.4º a Administración ten a obriga de indemniza-lo concesionario polo rescate da concesión ou supresión do servicio. O *quantum* determinarase ou polo dito no prego ou pola lexislación de expropiación forzosa.

Xestión interesada

A doutrina¹³ soe considerar este modo de xestión como de escaso arraigamento na práctica, e que soe considerar como tal aquela forma de xestión dun servicio público na que o xestor conta por un lado coa colaboración da Administración, doutro cunha remuneración mínima en

¹³ SOSA WAGNER, F. *op. cit.*

forma de interesamento que se concreta nunha cláusula, por razón da cal cando se producen beneficios por riba do mínimo asegurado; e atribúeselle ó xestor unha parte deles, co obxecto de fomentar a prestación eficaz do servizo encomendado.

Non é pois unha explotación a risco e ventura, senón que se lle aseguran ó xestor uns gastos de investimento e actividade.

Aparece no artigo 66.2 da Lei de contratos do Estado, derogada; pásase así ó artigo 85.4.b) da Lei de bases do réxime local, e recólleo novamente a LCAP, que no artigo 157.b) di que a xestión interesada é un modo de xestión segundo o cal a Administración e o empresario participarán nos resultados da explotación do servizo, na proporción que se estableza no contrato. Algún sector chega a propoñer a substitución¹⁴ da institución polas *cláusulas de interesamento*, co que se conseguirá que o suxeito particular se interese polo bo funcionamento da súa actuación, de maneira que canto mellor sexa o funcionamento maiores serán os seus ingresos globais e tamén maior será o beneficio neto que percibe o particular. A Administración terá un servizo eficaz, e podería participar dos beneficios.

Concerto

O concerto recólleo a Lei de bases do réxime local no artigo 85.4.c) así como o artigo 113.c) do Regulamento de servizos. A lexislación estatal recólleo no artigo 66.3º da Lei de contratos do Estado, substituído polo artigo 157.c) da LCAP, que di que o concerto é unha forma de prestación do servizo público cando se realiza cunha persoa natural ou xurídica que veña realizando prestacións análogas ás que constitúen o servizo de que se trate. Refírese a el o artigo 305 da Lei 5/1997 da Administración local de Galicia.

O artigo 143 do Regulamento de servizos dinos que as corporacións locais poderán prestar servizos da súa competencia mediante un concerto con outras entidades públicas ou privadas e cos particulares, utilizando as que unhas e outros tiveran establecidas sen que o concerto orixine unha nova persoa xurídica.

Como se ve, as diferencias de concepto son mínimas e trátase, en calquera caso, dun contrato, que non orixina nacemento dunha nova persoa xurídica e do que os servizos que se contratan están xa en funcionamento.

Así o di o artigo 157.c) *que se veñan realizando* e o 143 do Regulamento de servizos.

O prezo poderá pactarse: a) tanto alzado (146 do RS) ou b) por unidades, pero ha de permanecer inalterable por tempo determinado.

¹⁴ MARTÍN RETORTILLO, L.: De la gestión interesada a las cláusulas de interesamiento, R.A.-P., n.º 36.

A duración: Regulamento de servicios, 10 anos; Real decreto 781/1986, 50 anos; LCAP, 75 anos, Lei de Galicia, 50 anos¹⁵. A xuízo de Albi, e que nós compartimos, o concerto é unha forma provisional de prestar un servizo público, polo que o prazo de 75 anos non nos parece axeitado á natureza do contrato.

Arrendamento

Non se inclúe no artigo 157 da LCAP pero se no 85.4.d) da Lei de bases do réxime local e no Regulamento de servicios das corporacións locais. Tamén se refire a el o artigo 306 da Lei 5/1997 da Administración local de Galicia.

Apartando o tema da natureza xurídica, o artigo 138 do Regulamento de servicios dinos que as corporacións locais poderían dispoñer a prestación dos servicios mediante o arrendamento das instalacións da súa pertenza. Utilizarase esta forma cando se houberen de ter primordialmente en conta os intereses económicos da corporación co fin de diminuí-los custos ou aumenta-los ingresos. Non se utilizará nos servicios públicos de beneficencia, incendios e establecementos de crédito.

O arrendador, ente local, entregará a instalación e manterá a situación durante o contrato.

O arrendatario terá como obriga a de presta-lo servizo, pagará o prezo e conservará as melloras sen autorización. O prezo é esencial.

O prazo de dez anos hai que elevalo a 50 por TR Real decreto 781/1986.

Sociedade de economía mixta

É unha fórmula moi tradicional de prestar servicios na Administración local. Recóllese no artigo 85.4.c) da Lei de bases do réxime local, e regulábase no Regulamento de servicios (artigo 2 e seguintes) e recóllo no TRRL no artigo 102 e seguintes do Real Decreto 781/1986, e artigos 307 e 308 da Lei 5/1997 de Administración local de Galicia.

A lexislación estatal de contratos recolle a fórmula no artigo 66.41 da Lei de contratos do Estado, e pasa ó artigo 157. d) da Lei de contratos das administracións públicas, onde se di que a Administración poderá prestar servicios mediante a creación de empresa mixta, por si ou por medio dunha entidade pública, en concorrencia con persoas xurídicas.

Quizais a máis completa é a definición que do modo de xestión nos dá a Lei de bases do réxime local e o texto refundido, cando nos din que para a xestión indirecta dos servicios as entidades locais poderán utiliza-

¹⁵ ALBI, F.: Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales, Madrid, 1960.

las formas de sociedade mercantil ou cooperativa cun capital social que só parcialmente lle pertenza á entidade.

Como dixemos noutro lugar, tense que tratar de empresas con capital minoritario, pois senón será unha forma de xestión directa, se ben a Lei de Galicia esixe 1/3 do capital social para a entidade local.

En principio, pode dicir que a utilización desta forma permite a utilización das formas societarias de dereito privado. Pero sobre iso podemos face-las seguintes precisións:

A. Que tales fórmulas permiten excepcióna-lo réxime de contratación, persoal e contabilidade (salvo o disposto no artigo 1.3.b) da LCAP) e 103 do Regulamento de servicios das corporacións locais.

B. Non obstante, sen prexuízo da aplicación básica de dereito privado, o artigo 104.2 do texto refundido (RD 781/1986) establece especialidades internas, que non afecten a terceiros, tanto estruturais como funcionais na medida necesaria para promove-la empresa mixta ou a cooperativa. En definitiva, para asegura-lo necesario control público da forma xurídico societaria. O artigo 308.3 da Lei 5/1997 fai referencia tamén ás súas especialidades.

C. Que son utilizables tódalas formas xurídicas privadas, incluída a sociedade comanditaria por accións (artigo 103 RSCL).

D. Pode utilizarse a forma de sociedade laboral (Lei do 25 de abril de 1986), que admite a participación de entidades públicas, incluso superior ó 20% e chegar ó 49%, e así é posible cumpra-la esixencia de comparti-la xestión social do artigo 104.1 do Regulamento de servicios.

E. Cooperativas (Lei do 2 de abril de 1987) alude ás persoas físicas ou xurídicas, públicas ou privadas, aínda que non alude expresamente ás corporacións locais.

F. O artigo 308 da Lei 5/1997 de Administración local de Galicia esixe 1/3 do capital social para que poida constituírse unha sociedade deste tipo.

Admítese, pois, que unha corporación local pode formar parte dunha cooperativa porque así o preve a Lei de bases do réxime local e o texto refundido, salvo, como é lóxico, aquelas cooperativas pensadas só para persoas físicas, como *traballo asociado, consumidores e usuarios, educacionais*.

É dicir, se pode comparti-la xestión social segundo a obriga que impón o artigo 104.1 do Regulamento de servicios, pode participar nunha cooperativa.

Formas de participación

A. Que a empresa estea constituída.

Adquisición de accións por acordo cos titulares, en bolsa ou expropiación (cando se trate de servicios reservados, aínda que antes se falaba de municipalización).

Cando isto se produza a Xunta Xeral poderá modifica-los estatutos para que se rixan polo Regulamento de servizos.

B. Creación dunha sociedade nova.

Haberá de determinarse se a participación dos particulares haberá de facerse:

a) Por subscrición de accións (artigo 104.2.a) do Regulamento de servizos e 104.2 do texto refundido.

b) Concurso de iniciativas referentes á corporación municipal e á particular da futura sociedade, fixando o modo de constituí-lo capital social e a participación que se reserva na administración da sociedade, e os seus posibles beneficios ou perdas, e demais que figuren na convocatoria.

C. Convenio con empresa única, existente no que se fixará no Estatuto polo que haberá de rexerse no futuro. Todo iso coas limitacións do artigo 104.1 e 105 do Regulamento de servizos.

As entidades locais poderán achega-la concesión (artigo 104.3) debidamente valorada para os efectos de responsabilidade económica e 308 da Lei de Galicia.

Non se trata de aportar unha concesión senón de aporta-la competencia exclusiva en determinadas actividades de interese xeral e en certas áreas territoriais de uso público. Accións de soberanía como as chamaba Albi.

A interpretación correcta debe se-la de achegar unha antiga concesión rescatada.

Privilexios

Como xa dixemos pode haber especialidades internas (artigo 104.2 T.R).

a) artigo 106 do Regulamento de servizos establece que nos estatutos poderá fixarse que o número de votos sexa inferior ó que lle correspondería, salvo os últimos 5 anos,

b) artigo 107.1 fala de determinados acordos cun *quorum* das 3/4 partes, que haberá que engadir á lexislación societaria.

A Lei 5/1997, sinala no seu artigo 308:

1. *Nos casos de xestión indirecta mediante sociedade mercantil con responsabilidade limitada, ou cooperativa, a achega da entidade local poderá ser minoritaria, sen que en ningún caso sexa inferior ó tercio do capital social, e poderá consistir na concesión ou noutra clase de bens e de dereitos que terán a consideración de patrimoniais e numerarios. O capital social será desembolsado completamente no intre da constitución ou da ampliación de capital.*

2. *Os estatutos sociais delimitarán o carácter de empresa mixta en canto órgano xestor dun servizo público ou unha actividade económica e, en especial,*

determinarán as facultades reservadas ó ente público ou ós seus representantes nos órganos directivos da sociedade e as causas de disolución destes. A responsabilidade da entidade local polas obrigas sociais limitarase á súa achega ó capital social.

3. A xestión da sociedade será compartida pola corporación local e os particulares en proporción á participación respectiva no capital social. Non obstante, requirirase a conformidade da entidade local para a modificación do acto de constitución ou dos estatutos da sociedade, a concertación de operacións de crédito e a aprobación das contas e balances. 