Seminario público y privado en la atención social a los mayores.

Las nuevas formas de gestión de los servicios públicos

Francisco José Villar Rojas,
Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de La Laguna.

Ayuntamiento de Madrid, 18 de octubre de 2018.

ESQUEMA DE LA EXPOSICIÓN

(1) **Formas de gestión hasta** la **nueva Ley** de Contratos: cuadro.

---

(2) Apunte sobre los **servicios públicos**: decisiones esenciales.

(3) **Gestión** de los servicios públicos**: concepto** y **modalidades.**

---

(4) **Formas de gestión con** la **nueva Ley** de Contratos: cuadro.

(5) Gestión **directa** por la Administración a través de sus **órganos**; en particular, la colaboración privada.

(6) Gestión **directa** por la Administración mediante **entidades interpuestas**; en particular, encargos a medios propios.

(7) Gestión **indirecta** por terceros ***mediante contrato público*** (*contrato de servicios* y *concesión de servicios),*

(8) Gestión **indirecta** por terceros ***mediante fórmulas no contractuales*** (en particular, *acción concertada*).

(9) Gestión **interadministrativa**: ***convenios de prestación conjunta de servicios públicos***.

---

(10) **Balance** sobre las nuevas formas de gestión de servicios públicos (sociales).

(1) FORMAS DE GESTIÓN SERVICIOS PÚBLICOS HASTA NUEVA LEY DE CONTRATOS

Referencia: artículo 85.2 Ley de Bases de Régimen Local de 1985.

Los **servicios públicos de competencia local** habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación:

A) **Gestión directa** (medios propios de la Administración):

a) Gestión por la propia Entidad Local (*Áreas de Gobierno y Distritos Ayuntamiento Madrid*).

b) Organismo autónomo local (*Agencia Tributaria de Madrid, Salud Madrid*).

c) Entidad pública empresarial local.

d) Sociedad mercantil local, cuyo capital sea de titularidad pública (*Empresa municipal de Transportes de Madrid, S.A., Empresa municipal vivienda y suelo de Madrid, S.A., Madrid Destino Cultura, Turismo, Negocio, S.A*).

Las modalidades c) y d) cuando sean más sostenibles y eficientes que a) y b).

B) **Gestión indirecta** (medios ajenos) mediante contrato de gestión de servicios públicos:

a) Concesión (*recogida residuos, escuelas infantiles, ayudas a mayores, pabellones deportivos …*).

b) Gestión interesada.

c) Concierto.

d) Sociedad de economía mixta (*Empresa mixta mercados centrales abastecimiento de Madrid, S.A., Madrid Calle 30, S.A.*).

¿QUÉ ES Y CUÁL ES EL FUNDAMENTO DE LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS?

(2) APUNTE SOBRE LOS SERVICIOS PÚBLICOS: DECISIONES ESENCIALES.

Lo que sean los servicios públicos, más allá de su declaración legal, pasa por cuatro cuestiones esenciales:

(1) Su cobertura: quiénes tienen derecho (usuarios).
(2) Su alcance: cuáles son las prestaciones garantizadas (obligaciones de hacer exigibles por usuarios; no es fomento actividades privadas).
(3) Su coste y, por tanto, su financiación: quién paga y cómo (contribuyente versus usuarios, impuestos versus tarifas).
4) Su prestación: planificada y programada por la Administración versus libertad de elección del usuario (con garantía pública).

Balance: la *gestión* se sitúa en el apartado de la *prestación o ejecución* de lo que constituye el servicio público. La gestión presupone la previa resolución de las otras cuestiones esenciales.

(***Técnicamente***: la obligación, antes de contratar, de establecer el régimen jurídico del servicio público, declarando que la actividad es asumida por la Administración, concretando las prestaciones y regulando los aspectos jurídicos, económicos y administrativos básicos; actual art. 284.2 y 312.a Ley Contratos Sector Público 2017, LCSP).

(3) GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS: CONCEPTO Y MODALIDADES.

Gestión: **concepto**.

Gestionar es una tarea que consiste en *organizar medios* –materiales, personales, económicos- en orden a la *efectiva prestación, ejecución o materialización* de aquello en que consiste el *servicio público* (transportar, suministrar, atender a las personas…).

Gestión de servicios públicos: **modalidades.**

-Gestión **directa:**

La Administración, por si o por persona interpuesta, presta el servicio, normalmente con *medios propios*, asumiendo el *riesgo y ventura* de la actividad y ejerciendo de modo exclusivo todos los *poderes de decisión y de gestión* (artículos 41 y 68.1 RSCL).

-Gestión **indirecta**:

La Administración encomienda la prestación a un *tercero,* que *aporta* todos o parte de los *medios* necesarios, *trasladándole* el *riesgo y ventura* y los *poderes de decisión* sobre el servicio; sin perjuicio de ostentar siempre los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha del servicio público (artículos 126.1 y 127.1.2ª RSCL).

-Formas de gestión indirecta (atendiendo necesidad o no de seleccionar prestador):

. ***Mediante contrato público*** (selección).

. Por ***formas no contractuales*** (todos operadores aptos, eligen usuarios).

NUEVAS FORMAS DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

(4) FORMAS DE GESTIÓN SERVICIOS PÚBLICOS TRAS NUEVA LEY DE CONTRATOS

-REFERENCIA ARTÍCULO 85.2 LBRL-

A) ***Gestión directa*** *(por la Administración con medios propios):*

a) Gestión por la propia Administración pública (Entidad Local).

b) Organismo autónomo (local).

c) Entidades pública empresarial (local).

d) Sociedad mercantil (local), capital titularidad pública.

Las modalidades c) y d) cuando sean más sostenibles y eficientes que a) y b).

Las modalidades b), c) y d) cuando el servicio se encomienda por acto o acuerdo de creación de la entidad.

B) ***Gestión indirecta*** *(por un tercero y medios ajenos):*

a) ***Mediante contrato público*** *(supresión contrato gestión servicio público)****:***

a) Concesión de servicios, con riesgo operacional.

b) Contrato de servicios, sin riesgo operacional.

b) ***Mediante fórmulas no contractuales*** *(todos operadores aptos pueden prestarlos).*

c) ***¿Mediante acuerdos de acción concertada con entidades sin ánimo de lucro?*** (Leyes autonómicas).

C) Gestión institucional, no contractual:

Sociedad de economía mixta.

D) Gestión conjunta:

Convenio de prestación conjunta de servicios públicos.

NUEVAS FORMAS DE *GESTIÓN DIRECTA* DE SERVICIOS PÚBLICOS

(5) GESTIÓN DIRECTA MEDIANTE MEDIOS PROPIOS NO PERSONIFICADOS (I).

-**GESTIÓN DIRECTA** por la propia Administración **a través de sus órganos** administrativos y con medios propios ("*mediante medios propios no personificados*" según LCSP).

-¿Puede contar la Administración con medios privados en la gestión directa?

-COLABORACIÓN DE EMPRESARIO PRIVADOS EN LA GESTIÓN DIRECTA (art. 30 LCSP; antes 24.3 y 4 TRLCSP):

LCSP. Artículo 30. Ejecución directa de prestaciones por la Administración Pública con la colaboración de empresarios particulares o a través de medios propios no personificado.

-VALORACIÓN:

¿**Objeto**? Ejecución o prestación por la Administración, ***compra*** de obras, suministros o servicios.
¿**Formalización colaboración**? ***Contrato de*** obras, suministro o ***servicios*** (art. 308 y ss LCSP).
¿Límites?
¿Se puede utilizar para contratar personal? No, artículo 308.2 LCSP
¿Se puede emplear para atender a los usuarios de forma directa? No, es compra de servicios por y para la Administración (artículo 17 y 308 LCSP).
¿Se puede contratar lo esencial del servicio público: profesores, personal sanitario… o sólo lo accesorio o complementario? Sólo lo complementario (en particular, cuando las prestaciones se corresponden con una profesión o titulación). La colaboración tiene el limite de la ***ejecución por la Administración***.

(6) GESTIÓN DIRECTA MEDIANTE ENTIDADES PERSONIFICADAS (II).

-Gestión mediante entidades personificadas (organismo autónomo, entidad pública empresarial, sociedad pública):

¿La ***atribución de la gestión a una entidad instrumental*** pública ***es*** un encargo que reúne los caracteres de un ***contrato público*** –encargo, oneroso, poder adjudicador y operador económico-? ¿Contratos-programa, acuerdos-marco, convenios de gestión…?

"Los acuerdos, las decisiones y los demás instrumentos jurídicos mediante los cuales se organiza la transferencia de competencias y responsabilidades para desempeñar funciones públicas entre poderes adjudicadores o agrupaciones de los mismos y que no prevén que se dé una retribución por la ejecución de un contrato, se consideran asunto de organización interna del Estado miembro de que se trate y en este sentido, en modo alguno se ven afectados por la presente Directiva" (art. 1.6 Directiva 2014/24/UE, art. 1.4 Directiva 2014/23).

En consecuencia, la atribución de la gestión mediante acto creación/modificación entidad, pública o privada, **NO** es un contrato.

(6) GESTIÓN DIRECTA: ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS PERSONIFICADOS (III).

-**En particular**, encomiendas a sociedades públicas pasan a "***encargos a medios propios***" (art. 32 LCSP).

-***Requisitos exclusión*** de la legislación de contratos:

-Vínculo interno: poder adjudicador ejerza sobre operador un "*control análogo*" al que ejerce sobre servicios propios.

-Vínculo de actividad: que operador realice más del *80% de su actividad* en cometidos encargados poder adjudicador.

-Vínculo patrimonial: en caso sociedades mercantiles, que *no* exista *participación privada* en capital.

-***Encargos:***

-Documento, no contrato.

-Imposición unilateral instrucciones y tarifas por poder adjudicador.

-En particular, ***control conjunto de medios propios*** (TRAGSA): ¿sin participar en capital? ¿cómo influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas?

NUEVAS FORMAS DE *GESTIÓN INDIRECTA* DE SERVICIOS PÚBLICOS *MEDIANTE CONTRATOS PÚBLICOS*

(7) GESTIÓN INDIRECTA MEDIANTE CONTRATO PÚBLICO: MODALIDADES (I).

(1) SUPRESIÓN CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS (CONCESIÓN, CONCIERTO, GESTIÓN INTERESADA).

(2) NUEVAS MODALIDADES DE GESTIÓN INDIRECTA MEDIANTE CONTRATO:

ARTÍCULO 15. CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS.

1. El ***contrato de concesión de servicios*** es aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, ***la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia***, y cuya contrapartida venga constituida bien por el ***derecho a explotar los servicios*** objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio.
2. ***El derecho de explotación*** de los servicios implicará la ***transferencia al concesionario del riesgo operacional,*** en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo anterior.

ARTÍCULO 17. CONTRATO DE SERVICIOS.

Son contratos de servicios aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el ***desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro,*** incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario. No podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

ARTÍCULO 312. CONTRATOS DE SERVICIOS QUE CONLLEVEN PRESTACIONES DIRECTAS A FAVOR DE LA CIUDADANÍA.

(3) CLASIFICACIÓN MODALIDADES: Concesión de servicios, contrato de servicios ordinario –a la Administración- y contrato de servicios con prestaciones a usuarios (antes concesiones gratuitas o sin riesgo, conciertos, gestión interesada).

(7) GESTIÓN INDIRECTA MEDIANTE CONTRATO PÚBLICO: ELEMENTO DIFERENCIAL (II).

¿Cómo se diferencias concesión y contrato de servicios?

¿Según quién sea el receptor de la prestación: Administración o usuario?

No. Según se traslade o no el RIESGO OPERACIONAL:

¿Y qué es el riesgo operacional?

"4. El derecho de explotación de las obras, a que se refiere el apartado primero de este artículo, deberá implicar la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se entiende por ***riesgo de demanda*** el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato y ***riesgo de suministro*** el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda.

Se considerará que ***el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación*** de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una ***exposición real a las incertidumbres del mercado*** que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable" (**art. 14.4 LCSP**).

NOTA: El ***traslado del riesgo operacional*** sobre el concesionario va en ***contra*** de la tradicional ***garantía de remuneración suficiente*** del contrato de gestión de servicios públicos (garantía de recuperación inversión, gastos explotación y obtención de un razonable beneficio industrial, art. 129.3 RSCL 1955).

(7) GESTIÓN INDIRECTA MEDIANTE CONTRATO PÚBLICO: SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS (III).

Aspectos comunes: concesión y contrato de servicios con prestaciones directas a la ciudadanía, básicamente, con *el mismo régimen jurídico que el contrato de gestión de servicio público* suprimido.

Utilización de la concesión de servicios: cuando se traslada el riesgo operacional (art. 15 y 284 LCSP).

¿Qué riesgo operacional se puede trasladar en servicios públicos?

Obstáculos: garantía pública de continuidad y regularidad servicios obligatorios, mercado cautivo de usuarios y/o prestaciones, mecanismos de intervención pública (aportaciones financieras, secuestro).

Traslado de riesgo operacional: nunca o con mucha dificultad.

Utilización del contrato de servicios: cuando el servicio público comporta prestaciones directas a la ciudadanía (art. 312 LCSP):

Explicación clásica (suministro agua potable, transporte urbano): relación Administración-contratista, relación contratista-usuario (*póliza de abono*).

¿***Entonces servicios locales sin relación contratista-usuario*** como recogida residuos, limpieza viaria, alumbrado público? ¿se someten al régimen general del contrato de servicios?

El funcionamiento de los servicios públicos impone una *interpretación flexible y amplia* de lo que sean "prestaciones directas a la ciudadanía", utilizando pliegos (libertad de pactos, art. 34 LCSP).

(7) EN PARTICULAR, El CONTRATO DE SERVICIOS CON PRESTACIONES DIRECTAS A LA CIUDADANÍA (IV).

¿Qué modalidad de gestión es la prestación mediante contrato de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía?

(1) La diferencia entre gestión directa y gestión indirecta radica: no la titularidad de los medios, sino en *quien asume riesgo y ventura* y en *quien ejerce potestades de dirección y gestión*.

(2) En el contrato de servicios con prestaciones directas a la ciudadanía *esas facultades-cargas las asume el contratista* (letra b, artículo 312 LCSP). Por su parte, la Administración conserva los *poderes de policía*; en caso de incumplimiento *puede intervenir el servicio –asumiendo su prestación directa-*; y tiene la facultad de resolver el contrato por la fórmula del rescate del servicio público (letras d, e y g artículo 312 LCSP).

(3) La prestación mediante el contrato de servicios con prestaciones directas a la ciudadanía es ***gestión indirecta*** del servicio público.

NUEVAS FORMAS DE *GESTIÓN INDIRECTA* DE SERVICIOS PÚBLICOS MEDIANTE *FÓRMULAS NO CONTRACTUALES*

(8) GESTIÓN INDIRECTA MEDIANTE FÓRMULAS NO CONTRACTUALES (I)

Artículo 11. Otros negocios o contratos excluidos.

6. *Queda excluida* de la presente Ley la *prestación de servicios sociales por entidades privadas*, siempre que esta se realice sin necesidad de celebrar contratos públicos, a través, entre otros medios, de la *simple financiación* de estos servicios o la *concesión de licencias o autorizaciones a todas las entidades que cumplan las condiciones* previamente fijadas por el poder adjudicador, *sin límites ni cuotas,* y que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.

Antecedentes en España:

Turno de oficio abogados, turno de peritos judiciales.

Fundamento exclusión (TJUE):

El contrato público exige la selección de una oferta entre varias; en otro caso, queda fuera de la normativa de contratación pública.

Requisitos exigibles a los operadores (TJUE):

Los equivalentes a la solvencia del licitador, nunca los criterios de adjudicación.
Clave: todos los que cumplan deben poder prestar el servicio en condiciones reglamentadas.

Ámbito de aplicación:

LCSP: prestación de servicios sociales. Directiva 2014/24/UE: servicios sociales, sanitarios y educativos. TJUE: cualquier clase de servicio siempre que se cumplan las condiciones señaladas.

(8) GESTIÓN INDIRECTA MEDIANTE FÓRMULAS NO CONTRACTUALES: ACCIÓN CONCERTADA.

En particular, la **gestión mediante "acuerdos" de acción concertada con entidades sin ánimo de lucro** (leyes autonómicas, Aragón, Asturias, Cataluña, Galicia, Baleares, Murcia, Valencia).

Apunte algunas cuestiones:

-Una batalla recurrente: adjudicación conciertos sanitarios de forma directa a entidades sin ánimo de lucro (también leyes sociales).

-Fundamento: entre los considerandos de las Directivas ("*servicios a las personas*") y la doctrina del TJUE (S. 11/12/2014, C-113/13, exclusión transporte sanitario urgente: solidaridad y eficacia presupuestaria-).

-Naturaleza: ¿No son contratos? ¿Porque no son onerosos? El carácter oneroso no implica "animo de lucro", ni tampoco "ventaja o beneficio económico"; ¿Porque todas entidades pueden suscribir acuerdo? Depende organización servicio sanitario/social.

-Relación con LCSP: categoría no prevista en la Ley básica, que puede ir más allá de las Directivas.

GESTIÓN CONJUNTA DE SERVICIOS PÚBLICOS

(9) GESTIÓN INTERADMINISTRATIVA: CONTRATOS GESTIÓN CONJUNTA DE SERVICIOS PÚBLICOS.

Exclusión normativa de contratos públicos: "***contratos de gestión conjunta de servicios***" entre dos o más poderes adjudicadores (art. 12.4 Directiva 2014/24, art. 6.1 LCSP).

Requisitos para exclusión:

-*Misión de servicio público común* (competencias).

-*Cooperación* guiada por razones de interés público (viabilidad financiera, calidad y regularidad servicios, innovación o mejora ambiental) *distinto mero intercambio oneroso*.

-*Ninguna de las partes* realice *en mercado más del 20%* de las actividades objeto de cooperación.

Restricciones que añade LCSP (art. 6.1):

-Que el contenido de estos convenios –no contratos- no se corresponda con contratos típicos ni especiales.

Doctrina TJUE:

-Cumplimiento convenios gestión conjunta puede encargarse a medio propio.

-Son admisibles transferencias financieras para compensar gastos incurridos.

-Es viable repercutir costes sobre usuarios servicios.

Viabilidad gestión conjunta:

Interpretar LCSP a tenor de las Directivas y de la doctrina TJUE.

BALANCE FINAL SOBRE NUEVAS FORMAS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

(10) BALANCE SOBRE LAS NUEVAS FORMAS DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

Primera idea: ¿una nueva modalidad de gestión?

Gestión directa, gestión indirecta y ¿gestión "concertada"?

-Gestión concertada es gestión indirecta, bien mediante contrato público, bien por fórmulas no contractuales cuando no existe selección.
-La LCSP no recoge posible excepción admitida por TJUE (y, en cierta medida, Directivas 2014).

Segunda idea: ¿nuevas formas de gestión de servicios públicos?

-Gestión indirecta:
-Mediante contrato público: concesión de servicios y contrato de servicios con prestaciones directas a la ciudadanía (diferencia: traslado riesgo operacional).
-Mediante formas no contractuales (no contrato público): sin selección prestador, selección por usuario.

-Gestión conjunta de servicios públicos.

GRACIAS POR LA ATENCIÓN