

Tema 26. Modos de Gestión

Sumario: PRINCIPIO DE LIBERTAD DE ELECCIÓN: Introducción. Clasificación. TEORÍA DE LA GESTIÓN PÚBLICA: Gestión pública directa. Gestión pública indirecta. TEORÍA DE LA GESTIÓN DELEGADA. Habilitación administrativa. Concesión de servicio público. Arrendamiento de servicio público. Contrato de gerencia. Concierto.

PRINCIPIO DE LIBERTAD DE ELECCIÓN

A. CONCEPTO

§1132. **Planteamiento** — El principio, en materia de elección de los modos de gestión de los servicios públicos es la libertad, pues el margen de apreciación por parte de la Administración Pública es considerable, a pesar de ciertas limitaciones.

Sin embargo, las reglas que enmarcan la elección de la persona pública que tiene la responsabilidad de garantizar la misión de servicio público, pueden ser fijadas por la ley para un servicio en particular, o resultar del conjunto de la legislación. De ahí que lo primero que debemos analizar es el principio de la libertad de determinación o de la libertad de elección de los modos de gestión, dentro de la teoría de la gestión del servicio público.

§1133. **Contenido** — La libertad de elección es doble: (i) la autoridad administrativa tiene libertad para elegir confiar a un tercero por delegación la gestión de un servicio público, más que conservar a este último en gestión directa (“*régie*”) y (ii) una vez elegido el modo de delegación, el contratista es elegido *intuitu personae*, salvo excepción, si bien hoy día ya no es absoluta, al estar enmarcada en numerosos procedimientos administrativos destinados a garantizar la transparencia y la igualdad en la celebración de los diversos contratos de delegación.

B. CLASIFICACIÓN

§1134. **Planteamiento** — El principio de libertad de elección de los modos de gestión, cuando este no le es impuesto por la ley a la persona pública responsable, se encuentra en el plano jurídico dentro de los límites siguientes: (i) la gestión directa o no y (ii) un gestor público o privado. Pero, a partir de ahí, las modalidades posibles de gestión del servicio público hoy son variadas y alternativas. Sin embargo, esta diferenciación comporta ciertos equívocos.

§1135. **Clases** — La doctrina distingue entre los modos de gestión de los servicios públicos así: (i) la teoría de la gestión pública y (ii) la teoría de la gestión delegada de los servicios públicos. Desde este punto de vista, cabe la posibilidad de hacer una clasificación moderna de los modos de gestión del sistema de prestación de los servicios públicos.

TEORÍA DE LA GESTIÓN PÚBLICA

§1136. **Concepto** — La gestión pública se produce cuando la Administración Pública cumple, ella misma, una actividad o gestiona un servicio público utilizando prerrogativas exorbitantes al Derecho común que posee en su condición de *puissance publique*; o de manera más general, cuando emplea un Derecho especial que no se da, o que no tiene paralelo en el ámbito de la actividad de las personas sometidas al Derecho privado.

§1137. **Clases** — La doctrina distingue dentro de los modos de la gestión pública, a su vez: (i) las indiferenciadas (es decir, la gestión directa *strictu sensu*) y (ii) las diferenciadas, atendiendo al hecho de que el gestor público tenga o no personalidad diferenciada.

Finalmente, la doctrina española (GARCÍA DE ENTERRÍA) propuso distinguir en los modos de gestión directa entre: (i) las indiferenciadas (gestión directa *strictu sensu*) y (ii) las diferenciadas, fuera esta puramente orgánica, patrimonial o mixta. Este esquema sigue siendo, en términos sustanciales, válido en nuestro país.

A. GESTIÓN PÚBLICA DIRECTA

§1138. **Concepto** — La gestión pública directa es aquella en la que la Administración Pública asume el servicio público por sus propios medios. En este caso, se elimina todo tipo de actividad privada en el servicio público y, especialmente, se suprime la figura del concesionario.

§1139. **Clases** — Dentro de la gestión pública directa se distinguen a su vez los modos siguientes: (i) el órgano indiferenciado y (ii) el órgano especial.

§1140. **Gestión pública por órgano indiferenciado (centralizado)** — Esta modalidad aparece como sinónimo de gestión pública y como modo normal de ejecución del servicio público por la persona pública.

Esto es, a través de cualquiera de sus órganos preexistentes, la Administración Pública asume la gestión del servicio público sin que ello suponga alteración alguna de la estructura ordinaria, ni diferenciación de los demás órganos que no gestionan servicios públicos, sino funciones públicas o servicios

administrativos o burocráticos, como puede ser el caso de que se encomiende a una unidad o dependencia administrativa (por ejemplo, una dirección dentro de la estructura de un ministerio).

§1141. Gestión por órgano especial: principio de desconcentración — De conformidad con el Art. 31 de la LOAP, con el objetivo de acercarse a las personas y mejorar el servicio público prestado, la Administración Pública podrá adaptar su organización a determinadas condiciones de especialidad funcional y territorial, transfiriendo atribuciones de sus órganos superiores a sus órganos inferiores, mediante acto normativo de conformidad con la LOAP (principio de desconcentración).

En estos casos, la persona jurídica, en cuyo nombre actúe el órgano desconcentrado, será responsable patrimonialmente por el funcionamiento del servicio público correspondiente, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a los funcionarios públicos que integren el órgano desconcentrado y se encuentren encargados de la gestión del servicio público correspondiente (Art. 31, LOAP). Esta adaptación se refleja fundamentalmente en la autonomía de los elementos siguientes: administrativa, financiera, presupuestaria y de gestión, como puede ser el caso de los servicios desconcentrados (Art. 93 de la LOAP).

§1142. Servicios desconcentrados sin personalidad jurídica — Con el propósito de obtener recursos propios, producto de su gestión, para ser afectados al financiamiento de un servicio público determinado, el Presidente de la República, mediante el reglamento orgánico respectivo, en Consejo de Ministros, podrá convertir unidades administrativas en órganos desconcentrados (Art. 93, LOAP).

Sin embargo, la LOAP condiciona la creación de los mismos solo a los supuestos de prestación de servicios públicos a cargo del Estado que permitan, efectivamente, la captación de recursos propios para ser afectados a la prestación de un servicio (Art. 93, *eiusdem*).

§1143. Administración de misión — Esta forma de Administración Pública es distinta de la Administración Pública de gestión estructurada y permanente, puesto que frente a necesidades en principio permanentes (justicia, correos, educación, salud, etc.), las denominadas Administraciones de misión responden a la preocupación de atender un ámbito dado, con un objetivo bien definido, y una vez alcanzado la organización administrativa creada a tal fin debe desaparecer. Tal modalidad de Administración Pública de misión, encargada de la realización de un objeto preciso al momento de su creación, tiene, naturalmente, vocación a desaparecer un vez alcanzado el objetivo.

B. GESTIÓN PÚBLICA INDIRECTA

§1144. **Concepto** — El Derecho positivo consagra el principio de descentralización funcional, en el sentido de que los titulares de la potestad organizativa pueden crear entes descentralizados funcionalmente para la realización de actividades sociales o empresariales, cuando el mejor cumplimiento de los fines del Estado así lo requiera, en los términos y condiciones previstos en la Constitución (Art. 300, *eiusdem*) y en la LOAP (Art. 29, *eiusdem*).

§1145. **Clasificación** — La forma de gestión pública indirecta admite la intervención de un ente descentralizado funcionalmente que da lugar a la clasificación siguiente: (i) con forma de Derecho público (por ejemplo, un instituto autónomo) o (ii) con forma de Derecho privado (por ejemplo, la empresa del Estado).

§1146. **Gestión por ente descentralizado con forma de Derecho público** — La noción de establecimiento público, creada a finales del siglo XIX, se fundamenta en la noción de personería jurídica y la misión de servicio público. Con esta denominación fueron conocidos en nuestro país, tanto en nuestra doctrina como en la legislación común (Art. 19 del CC), si bien en este caso, sin precisión sobre las consecuencias jurídicas de tal denominación.

Esta modalidad está referida a la gestión descentralizada o descentralización funcional mediante entes dotados de personalidad jurídica propia y diferenciada, denominados hoy día por el Derecho positivo como institutos públicos, consistentes estos en personas jurídicas de Derecho público de naturaleza fundacional, dotadas de patrimonio propio, con las competencias determinadas en la ley (Art. 96, LOAP), así como los institutos autónomos (Arts. 142 de la C, y 101 de la LOAP).

§1147. **Gestión por ente descentralizado con forma de Derecho privado** — Finalmente, hay que señalar que la tendencia a darle un mayor carácter empresarial a la gestión de los servicios públicos, ha originado otra forma de gestión indirecta a través de sociedades mercantiles: las empresas públicas o denominadas por el Derecho positivo como empresas del Estado, cuyo amplio tratamiento se hizo en el Tema 15.

TEORÍA DE LA GESTIÓN DELEGADA

§1148. **Introducción** — Además de la gestión pública se plantea lo que se conoce como la teoría de la gestión delegada o delegación de servicios públicos.

El término se utiliza, por primera vez, en la doctrina (J. M. AUBY), luego receptada por las circulares administrativas y después por la jurisprudencia

administrativa (Véase CE, de fecha 15 de mayo de 1994, fallo *Syndicat inter-communal des transports publics de la région de Douai*, Re., tables, p. 1033.) y, por último, por la literatura jurídica y financiera francesa.

§1149. Concepto — La gestión delegada se da cuando la Administración Pública confía o (para emplear un término más técnico) delega la ejecución o gestión de un servicio público a un establecimiento público o a una persona de Derecho privado (CHAPUS).

La participación de personas privadas en la gestión de los servicios públicos no es nueva. Ya durante el siglo XIX las personas privadas que revestían el carácter de sociedades comerciales gestionaban, en virtud de un contrato denominado concesión, actividades que más tarde serán calificadas de servicios públicos industriales y comerciales, luego del mencionado fallo *Sociedad Comercial del Oeste Africano*. Posteriormente, la jurisprudencia francesa admite que se puede confiar a una persona privada la gestión de un servicio público de carácter propiamente administrativo (Véase CE, 13 de mayo de 1938, fallo *Caisse Primaire "Aide et Protection"*, Rec. 417, D. 1939.3.65).

A. HABILITACIÓN ADMINISTRATIVA

§1150. Planteamiento — La gestión de las actividades de servicio público no puede ser confiada sin forma ni condición a cualquier gestor del sistema jurídico. De ahí que el principio básico en la materia es el de la habilitación administrativa.

Si la persona pública responsable del servicio público decide gestionarlo por sí misma, con sus propios elementos personales y materiales, dicha habilitación administrativa no es necesaria. Pero si, por el contrario, la gestión se delega a otra persona, pública o privada, la habilitación administrativa es necesaria. Por tanto, los modos de gestión delegada suponen, obligatoriamente, la existencia de una habilitación administrativa para gestionar el correspondiente servicio público, la cual puede ser: (i) habilitación estatutaria o legal; y (ii) habilitación contractual.

§1151. Habilitación estatutaria o legal — Esta modalidad se caracteriza por lo siguiente: una persona privada, pudiendo ser creada por iniciativa de la persona pública, es unilateralmente encargada, y de manera directa, de la gestión del servicio público. El ejemplo típico es aquel donde el legislador en la ley crea, a la vez, el servicio público y el ente privado encargado de su ejecución.

§1152. Habilitación contractual — Las formas de habilitación contractual son las más antiguas frecuentemente empleadas por el Estado, si bien gozan

de un interés reciente y renovado. En efecto, la gestión del servicio público puede ser delegada por una persona pública (delegante) a otra persona, física o jurídica, pública o privada (delegatario), según surja de la regulación de Derecho positivo, sobre la base de un contrato de la Administración Pública.

Ahora, ese contrato, cualquiera que fuera el procedimiento, la forma, la denominación, las cláusulas, presenta una naturaleza administrativa, porque por su objeto se delega a una persona privada la ejecución directa de una misión de servicio público, lo que implica, en principio, quedar sometidos al régimen jurídico público de los contratos administrativos ya analizados.

§1153. Clasificación — Los modos de gestión delegada son diversos. Sin embargo, uno es preponderante: (i) la concesión de servicio público, en relación con el cual será posible también definir y situar los otros modos de gestión delegada, pues la teoría de los servicios públicos, puede decirse, se ha ido formando al compás de la evolución de la técnica concesional y los demás modos son: (ii) el arrendamiento de servicio público; (iii) el contrato de gerencia y, por último, (iv) el concierto.

B. CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

§1154. Concepto — Pero, ¿qué es, en sí, la concesión de servicios públicos hoy día? Es una categoría específica englobada, a su vez, en la categoría genérica denominada concesión administrativa, y esta hace referencia, sencillamente, a la delegación que realiza una persona pública a otra persona –pública o privada– de una esfera de actuación originariamente administrativa.

En otras palabras, si la concesión administrativa constituye un título jurídico habilitante por el que el gestor puede actuar, por derecho propio, en áreas reservadas a la persona pública. La concesión de servicios públicos es el modo de gestión de servicios públicos según el cual una persona pública (concedente) delega a otra persona –pública o privada– (concesionario), mediante un contrato administrativo celebrado con esta, para hacer funcionar el servicio público mediando una remuneración percibida de los usuarios y determinada por los resultados financieros de la gestión.

§1155. Naturaleza jurídica — La concesión de servicios públicos es, a nuestro juicio, y a diferencia de un sector importante de las doctrina que milita ya sea por la naturaleza contractual o mixta –cuando se pretende con ello calificar la presencia de cláusulas reglamentarias–, una modalidad de gestión de naturaleza unilateral (ARAUJO-JUÁREZ) como lo sustenta un sector, también importante, de la doctrina italiana, si bien debe aclararse que no todos los títulos concesionales tienen el mismo alcance, pues en el curso de la evolución de tal concepto se han precisado algunos tipos o especies de concesiones de

naturaleza contractual que se otorgan mediante convenio o contrato (Véase Sent. del TSJ/SC: 8-12-2000, N^o 1.556).

C. ARRENDAMIENTO DE SERVICIO PÚBLICO

§1156. **Planteamiento** — La figura del arrendamiento de servicio público (*affermage*) es una modalidad de gestión delegada de contornos poco precisos, que tiene por objeto remediar ciertos inconvenientes de la concesión administrativa, al permitir acrecentar los poderes de supervisión del gestor y asegurar la continuidad del servicio público.

El arrendamiento es pues una modalidad de delegación de la gestión de un servicio público que se puede considerar similar a la concesión administrativa.

§1157. **Concepto** — Es un contrato administrativo por el cual la persona pública responsable del servicio público (arrendador) delega en un tercero llamado arrendatario (*fermier*) la administración del servicio público en concreto, eventualmente gracias a obras que le entrega, a cambio del pago a dicha persona pública de una remuneración deducida del canon abonado por los usuarios (GUGLIELMI).

En un principio podía parecer que se trata de un arrendamiento de los servicios de la persona privada cuando en realidad no es así (DE LA CUETARA).

D. CONTRATO DE GERENCIA

§1158. **Concepto** — Existe otro modo de gestión delegada muy cercana a la gestión interesada (*regie*) y que se llama contrato de gerencia, en virtud del cual la persona pública delega el cuidado de gestionar por su cuenta un servicio público a un tercero (gerente).

§1159. **Naturaleza** — La doctrina francesa, cuando se planteó el debate sobre las consecuencias de la remuneración sobre la naturaleza del contrato de gerencia, se demandó si el contrato de gerencia era bien una delegación de servicio público o si constituía un contrato público de suministros.

En tal sentido, el CE francés procedió a calificar el contrato de gerencia como un verdadero contrato público de suministros (Véase CE, de fecha 15 de abril de 1996, fallo *Prefét de la Creuse*, Leb. 611), y más tarde lo confirmó la jurisprudencia (Véase CE, de fecha 7 de abril de 1999, fallo Cne de Guilhaud-Granges, Req. N^o 156008; AJDA, 1999, p. 519).

E. CONCIERTO

§1160. **Concepto** — Por último, tenemos la figura del concierto que aparece regulada tanto en la legislación estatal de los contratos como en el régimen local españoles para hacer frente a los servicios públicos sociales o asistenciales (VILLAR EZCURRA).

De acuerdo con la doctrina española, el concierto es un contrato de gestión de servicios públicos en el que no se crea ninguna persona jurídica nueva y por el que una persona pública y otra persona –pública o privada– que realiza una actividad similar, se ponen de acuerdo en cuanto a los medios y formas de prestación que cada uno aporta para la gestión del servicio público (DE LA CUETARA).

§1161. **Naturaleza** — La figura del concierto le permite a la Administración Pública convenir con una persona -natural o jurídica- la prestación de un servicio público, siempre que esa persona realice como propio de su giro o tráfico las prestaciones caracterizadas de ese servicio público (SOSA WAGNER).

Finalmente, a diferencia de la figura del arrendamiento, en la gestión mediante concierto es la Administración Pública quien aprovecha los bienes o instalaciones que tenga la persona privada para la prestación de la actividad, limitándose aquella únicamente a otorgarle la condición jurídica de gestor del servicio público (VILLAR EZCURRA).

BIBLIOGRAFÍA

ARAUJO-JUÁREZ, J., *Derecho Administrativo General*. Vol. IV *Servicio Público*, Paredes Editores, Caracas, 2010; AA.VV., *Los Servicios Públicos Domiciliarios*, Director. Víctor R. Hernández-Mendible, EJV-CERECO-FUNEDA, Caracas, 2012; BREWER CARIAS, A. R., “Los servicios públicos constitucionales”, en *Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, y *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional venezolano*, T. I, EJV, Caracas, 2004; DE LAUBADÈRE, A., VENEZIA, J. P. y GAUDMET, Y., *Traité de droit administratif*, T. 1, 14^a Ed., LGDJ, París, 1996; ESPLUGAS, P., *Le service public*, Dalloz, Connaissance du droit, París, 1998; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V., “El Régimen de los Servicios Públicos Municipales”, *Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, TSJ, Caracas, 2002; LACHAUME, J. F., *Grands services publics*, Masson, París, 1989; LARES MARTÍNEZ, E., *Manual de Derecho Administrativo*, UCV, XIV Ed., Caracas, 2013, MEILÁN GIL, J. L., *Categorías jurídicas en el Derecho Administrativo*, IUSTEL, Madrid, 2011 y *Progreso tecnológico y servicios públicos*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006; MORENO, L. F., *Servicios públicos domiciliarios. Perspectivas de Derecho económico*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001; ROLLAND, L., *Précis de Droit administratif*, Dalloz, París, 1947; SOSA WAGNER, F., *Plan gestión de los servicios públicos municipales*, Civitas, Madrid, 1992; VILLEGAS MORENO, J. L., *Derecho Administrativo Municipal*, Ed. Sin Límite, San Cristóbal, 2007.