

El control municipal de las concesiones administrativas: el caso de los servicios e instalaciones deportivas

RESUMEN/ABSTRACT:

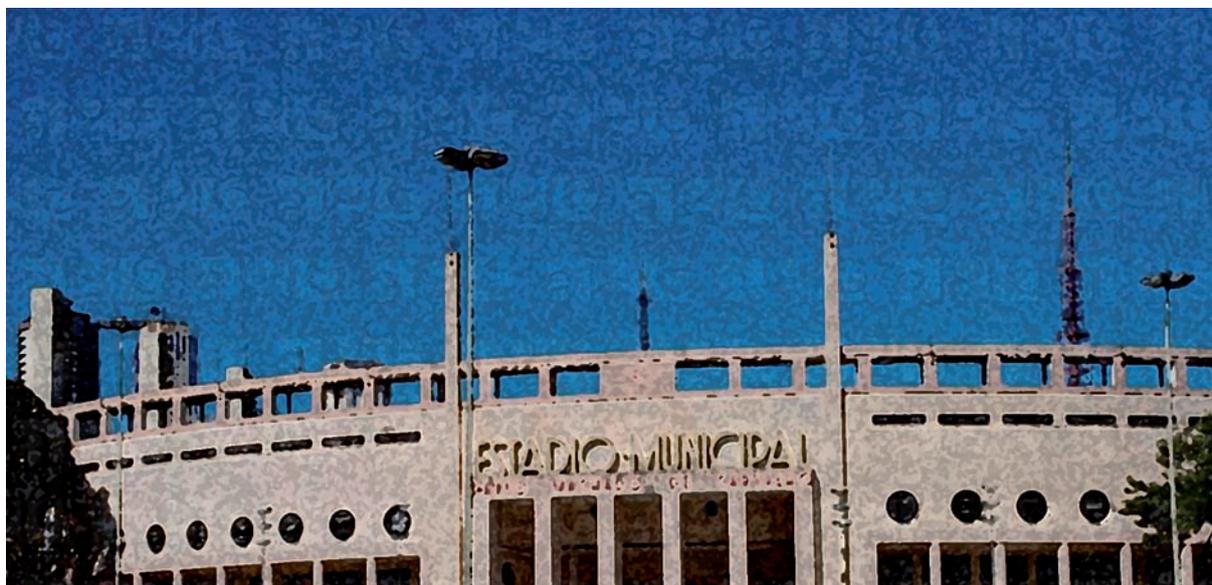
El presente artículo, tras definir las concesiones administrativas y poner de manifiesto el protagonismo que la Unión Europea, con la reciente aprobación de una directiva sobre concesiones administrativas, le asigna a los concesionarios en la prestación de servicios públicos, tiene como finalidad estudiar los medios legales de que dispone la Administración pública para vigilar y controlar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario y las responsabilidades que se pueden derivar tanto para la Administración como para los funcionarios, como consecuencia de su incumplimiento, siendo esta función de control clave para conseguir que el concesionario preste un buen servicio público a los ciudadanos. Se aborda también el importante papel que en esta tarea cumplen las condiciones y obligaciones que se establecen en las reglamentaciones de los servicios y en los pliegos de condiciones administrativas y técnicas, realizando además una serie de recomendaciones prácticas para un control más eficaz en el caso de las concesiones administrativas de servicios e instalaciones deportivas.

After defining the administrative concessions and highlight the role that the European Union assign to licensed in the provision of public services because of the recent adoption of a directive on administrative concessions, this article aims to study the legal means available to the public administration in order to monitor and control the performance of the concessionaire's obligations and responsibilities that can be derived for both the Administration and for civil servant as a result of the breach. This control function is the key to getting the operator provides a great public service to citizens.

Another important role to consider in this task is the conditions and obligations set out in the regulations of the services and in the schedule of administrative and technical requirements, Finally, a set of practical recommendations are performed for a more effective control in the case of administrative service concessions and sports facilities.

CONCESIONES, PLIEGOS, CONTROL, CONDICIONES, SERVICIOS DEPORTIVOS
CONCESSIONS, SPECIFICATIONS, CONTROL, CONDITIONS, SPORTS SERVICES

PALABRAS CLAVE/KEYWORDS:



1. INTRODUCCIÓN

Los planes de ajuste que la mayoría de los ayuntamientos tuvieron que aprobar como condición indispensable para acogerse al mecanismo de pago a proveedores, regulado en el Real decreto ley 4/2012, de 24 de febrero, supusieron el inicio de un proceso de reorganización de los servicios públicos municipales, que la recientemente aprobada Ley de racionalización y sostenibilidad financiera de la administración local (LRSFAL) ha venido a instituir de forma obligatoria, al imponer a los ayuntamientos el artículo 85 de la Ley reguladora de bases de régimen local (LRBRL) -según la nueva redacción dada por la LRSFAL- el deber de gestionar los servicios públicos de competencia local, de la forma más sostenible y eficiente, de entre las que se relacionan en el citado artículo.

Una de las formas de gestión con mayor arraigo en la tradición local lo constituyen las concesiones administrativas, como lo prueba la exhaustiva regulación que de aquellas hace el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RSCL) de 1955, que mantiene su vigencia en los preceptos referidos a este contrato administrativo.

En el contexto actual, caracterizado por la escasez de recursos públicos como consecuencia de un ciclo económico marcado por la crisis económica, con un endeudamiento de las administraciones públicas en España cercano al cien por cien del producto interior bruto, la apelación al sector privado es cada vez más intensa en las administraciones públicas para hacer viables los servicios públicos, tal como sostiene Corrales (2009). Una prueba de la afirmación anterior, lo constituye la aprobación por el Parlamento Europeo, con fecha 15 de enero de 2014, de

una directiva sobre contratos de concesión administrativa de obras y servicios, en la que se proclama que aquellos constituyen un instrumento muy importante para el desarrollo estructural a largo plazo de las infraestructuras y los servicios estratégicos en la Unión Europea y que, además, contribuyen al desarrollo de la competencia en el mercado interior, permitiendo con ello que se aprovechen las competencias del sector privado, lo que contribuye a lograr eficiencia y a aportar innovación.

Tanto la recientemente aprobada LRSFAL como la referida directiva reconocen a la Administración libertad para decidir la mejor forma de gestionar la ejecución de obras o la prestación de servicios, pudiendo optar por realizar sus funciones de interés público con recursos propios o en colaboración con otras autoridades o confiarlas a operadores económicos, si bien la legislación nacional exige que se elija la forma que resulte más eficiente y sostenible.

En este nuevo contexto normativo, las concesiones administrativas, si se acredita mediante las memorias económicas y técnicas correspondientes que son la opción, en cada caso, más ventajosa para la Administración y para los usuarios de los servicios públicos, pueden contribuir a un menor gasto público y también al logro de la obligada sostenibilidad de los servicios municipales. Pero para conseguir estos resultados, deberán, como afirma Gayle Allard (2009), prepararse adecuadamente y realizarse un seguimiento continuo por la Administración sobre el cumplimiento de las obligaciones que le corresponden al concesionario.

El concesionario, tal como lo concibe nuestro ordenamiento jurídico y así lo constata el Tribunal Supremo,

entre otras sentencias en la de 5 de junio de 2001, “viene a desempeñar el papel de colaborador de la Administración, colaboración en la que lo primordial es el mantenimiento del servicio público en las mejores condiciones posibles”. Es justamente el funcionamiento del servicio público en cuestión, lo que justifica, la existencia de los contratos de concesión administrativa, como bien dice Martínez Marín (1990), que constituye, también, la razón fundamental por la que el ordenamiento jurídico reconoce a la Administración una serie de potestades que le permiten realizar un seguimiento de la ejecución del contrato por parte del concesionario para garantizar con ello el buen funcionamiento del servicio encargado por aquella.

Los pliegos de condiciones administrativas y técnicas son el documento contractual que regula toda la vida del contrato, por lo que se convierten en una pieza clave para el control eficaz de la Administración sobre el concesionario, pues es en estos documentos donde deben recogerse las condiciones de prestación del servicio así como las obligaciones del concesionario y los mecanismos de inspección, vigilancias y control que establece la Administración para comprobar el cumplimiento de las obligaciones que tanto la legislación como los pliegos le imponen al concesionario. De su adecuada preparación y redacción dependerá en gran medida el éxito o el fracaso de este modo de gestión que implica al operador privado en la tarea de prestar servicios a los ciudadanos y ciudadanas.

Por otra parte, conviene llamar la atención sobre el papel que desempeña la función de control de la Administración sobre los concesionarios, pues se legitiman socialmente si se hacen públicos los planes de control y el resultado de los mismos, en temas tan importantes como el cumplimiento de las obligaciones con respecto a la cualificación, derechos laborales y sociales del personal dispuesto por el concesionario o por las empresas subcontratistas para prestar los servicios; la calidad de los servicios o el precio que han de abonar por aquellos los usuarios junto con la seguridad en el uso de los mismos. Hacer públicos los resultados del seguimiento y control de las concesiones administrativas, además de un ejercicio de transparencia democrática, contribuirá a un mejor conocimiento de esta forma de prestación de servicios públicos y a una mayor aceptación social de la misma. En este sentido, Gayle Allard (2009) denuncia la falta de transparencia en España en este tipo de contratos, que contrasta con la forma de actuar en Inglaterra donde a través de una página web se puede acceder, sin restricciones, a todo tipo de información sobre proyectos de colaboración público-privada. Esto

último propicia, a juicio de la autora referida, el análisis científico de los proyectos para identificar los fallos y errores y proponer soluciones, propiciando un debate que difícilmente se puede hacer en España donde sólo se dispone de la información que aparece en prensa, fruto del periodismo de investigación o de las denuncias de sindicatos y grupos afectados, que con ser importante no resulta suficiente para el análisis crítico constructivo que propone.

Este trabajo se estructura como sigue. Después de esta introducción, en la sección 2 se conceptualiza y caracteriza el contrato de concesión administrativa, haciendo especial mención a la futura nueva regulación comunitaria que obligará a su trasposición a nuestro ordenamiento jurídico. La sección 3 analiza los medios de control que el ordenamiento jurídico pone a disposición de la Administración para que ésta supervise a los concesionarios, con una mención especial a la figura del “responsable del contrato”. En la sección 4 se exponen las condiciones que deben ser objeto de regulación en los pliegos de condiciones administrativas y técnicas que le permitirá a la Administración realizar un control eficaz sobre las actuaciones del concesionario. La sección 5 trata las concesiones administrativas de instalaciones y servicios deportivos y propone una serie de recomendaciones con relación a las condiciones que deben recogerse en los pliegos y los medios para llevar a cabo las inspecciones, cerrándose el trabajo con unas breves conclusiones.

2. CARACTERIZACIÓN DE LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS

Como acertadamente nos recuerda Lazo Vitoria (2013), nuestro país cuenta con una larguísima tradición en concesiones administrativas, como lo demuestra la muy conocida Instrucción de Obras Públicas, de 10 de octubre de 1845, que constituye la primera regulación general de las concesiones de obras públicas en nuestro país.

La concesión administrativa de gestión de servicios públicos es una de las formas en las que se manifiesta con mayor intensidad la colaboración público-privada en la provisión de servicios públicos a la ciudadanía. Es, como sostienen Franco y Aguerrea (1999) “el método de gestión indirecta de servicios públicos con mayor desarrollo legislativo y jurisprudencial de cuantos están autorizados por el ordenamiento jurídico en materia local”.

Estamos de acuerdo con Ramió (2009), cuando defiende que la colaboración del sector privado con el sector público en la provisión de servicios resulta im-

prescindible para conseguir servicios de calidad, económicamente sostenibles. Para este autor los gobiernos deben buscar la participación y la complicidad del sector privado, profundizando en los mecanismos de gestión con organizaciones privadas con ánimo de lucro y sin ánimo de lucro. Tan importante es la colaboración del sector privado con el sector público que Dorrego de Carlos (2008) sostiene que si los poderes públicos prescinden de la iniciativa privada en la producción de bienes públicos y en la prestación de servicios a los ciudadanos, están abocados al fracaso, en tanto que ello abonaría el terreno para la crisis económica y social.

Gómez-Ferrer Morant (1997) defiende la tesis –avalada por la LRBRL y por la directiva comunitaria sobre concesiones administrativas–, sobre la libertad de los poderes públicos para elegir los medios con los que alcanzar los fines que establecen la constitución y las leyes, siendo la “colaboración público privada”, a través de algunas de sus manifestaciones (concesiones administrativas, empresas públicas de capital mixto, contratos de servicios, etc.) una opción legítima y ajustada a derecho, en tanto que nuestro ordenamiento jurídico administrativo contempla diferentes formas de materializar aquella, con la única salvedad de que no podrán ser objeto de gestión por operadores privados los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad (artículo 85 de la LRBRL).

Recientemente (15 de enero de 2014), el Parlamento Europeo aprobó la primera directiva sistematizada, tal como así la califica Lazo Vitoria (2013), sobre contratos de concesión de obra pública y de servicios, que supondrá a juicio de esta investigadora un cambio significativo en el funcionamiento del mercado concesional comunitario. La referida directiva distingue dos tipos de concesiones: la de obras y la de servicios y las define como sigue:

La concesión de obras es un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar las obras objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago.

La concesión de servicios es un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago.

Por su parte, el TRLCSP define la concesión de obra pública en el artículo 7 como un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de una obra a riesgo y ventura, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio. Este podrá comprender, además, el siguiente contenido:

- a) La adecuación, reforma y modernización de la obra para adaptarla a las características técnicas y funcionales requeridas para la correcta prestación de los servicios o la realización de las actividades económicas a las que sirve de soporte material.
- b) Las actuaciones de reposición y gran reparación que sean exigibles en relación con los elementos que ha de reunir cada una de las obras para mantenerse apta a fin de que los servicios y actividades a los que aquéllas sirven puedan ser desarrollados adecuadamente de acuerdo con las exigencias económicas y las demandas sociales.

El contrato de gestión de servicios públicos en la modalidad de concesión administrativa se define en el artículo 8 del TRLCSP como aquél en cuya virtud una Administración Pública encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración.

Para el legislador nacional y comunitario (artículo 85 de la LRBRL y artículo 2 de la directiva sobre concesiones administrativa) la concesión administrativa es una opción que libremente ejerce la Administración local y que le permite encargar la ejecución de las actividades que desarrollan en el ámbito de sus competencias, a empresas del sector privado, que actúan así como agentes colaboradores de aquella y que se encargan de prestar el servicio a los ciudadanos y ciudadanas, bajo la supervisión de la Administración. Se produce, de esta forma, a través de la concesión administrativa, ya sea de obras o de servicios, un traspaso de la gestión del servicio público a favor de la empresa privada, pero sin que se modifique el régimen jurídico de la actividad objeto de explotación. Ello significa según Franco (1999) que la empresa actúa como agente colaborador de la Administración pública y no en el ejercicio de su libertad de empresa, en tanto que la Administración delega en la misma la facultad de ejecución del servicio, quedando sometida lo largo de la vida del contrato a la vigilancia y control de la Administración, a la que el ordenamiento le reconoce un conjunto de potestades para dirigir e inspeccionar al concesionario o en su caso modificar,



resolver o secuestrar el contrato suscrito con el concesionario, siempre por razones de interés público.

Podemos definir la concesión administrativa, siguiendo a Franco (1999), como aquel proceso en el que se encomiendan actividades o servicios propios de la Administración pública a terceros, mediante un proceso competitivo, que se formaliza en un contrato administrativo, manteniendo la Administración, en todo caso, la responsabilidad y el control sobre la prestación del servicio o actividad, disponiendo de amplios poderes sobre el concesionario para proteger y defender los intereses públicos y garantizar los derechos de los ciudadanos y ciudadanas, mediante las prestaciones que conforman los servicios públicos concesionados. Para Sosa Wagner (2008) la concesión administrativa “puede comprender la construcción de una obra o instalación, soporte físico del servicio a prestar o la pura gestión del servicio, cuando éste no exija obras o instalaciones”.

3. DE LA OBLIGACIÓN DE VIGILAR Y CONTROLAR EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO Y RESPONSABILIDADES QUE SE DERIVAN PARA LA ADMINISTRACIÓN Y SU PERSONAL COMO CONSECUENCIA DE SU INCUMPLIMIENTO

3.1. Potestades administrativas para vigilar y controlar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario.

La gestión indirecta de un servicio a través de una concesión administrativa no disminuye de ninguna manera la responsabilidad de la Administración por su adecuado funcionamiento; antes al contrario, la responsabilidad se vuelve especialmente intensa cuando el

servicio comienza a prestarse por una empresa privada, como lo demuestra la regulación en el TRLCSP de instituciones jurídicas como el rescate de la concesión por parte de la Administración (artículo 287); la asunción temporal de la ejecución directa del servicio en los casos en que no lo prestase o no lo pudiera prestar el concesionario (artículo 285) o la potestad de ordenar variaciones y/ o modificaciones del servicio que aconsejen el interés público (artículo 282), como por ejemplo, la variación de la calidad, cantidad, tiempo o lugar de las prestaciones en que el servicio consista o la alteración de las tarifas a cargo del público. La Administración se constituye pues en garante de la prestación adecuada del servicio público por parte del concesionario y por ello esta obligada a controlarlo.

Las potestades y prerrogativas que el ordenamiento jurídico atribuye a la Administración contratante, según Cosculluela Montaner (1999), tienen como principal finalidad, la de garantizar el interés público objeto del contrato, que en el caso de los contratos de concesión administrativa se materializará en el buen funcionamiento del servicio público, objeto del contrato de concesión administrativa. Martínez Marín (1990) destaca dos principios, como son la continuidad y regularidad, que justifican los poderes de policía que a la Administración le otorga el ordenamiento jurídico, para garantizar el buen funcionamiento de los servicios públicos. Para Ballesteros Fernández (2005) la continuidad en el servicio es la nota esencial de todo servicio público, de tal manera, sostiene este autor, que, en las modalidades de gestión indirecta, entre las que se encuentran las concesiones administrativas, la interrupción del servicio no se justifica ni tan siquiera cuando se produzca una alte-

ración del equilibrio económico y puede acarrearle las más graves sanciones para el gestor.

Los artículos 249 y 279 del TRLCSP reconocen a la Administración contratante, con relación a las concesiones administrativas de obras y/o de servicios, la potestad de vigilar y controlar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario, pudiendo inspeccionar el servicio, sus obras, instalaciones y locales, así como la documentación relacionada con el objeto de la concesión, conservando además los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha del servicio público que gestione el concesionario.

El artículo 127 del RSCL en el mismo sentido, dispone que la Administración local, con relación al concesionario, tiene la potestad de fiscalizar su gestión, pudiendo inspeccionar el servicio, sus obras, instalaciones y locales y la documentación relacionada con el objeto de la concesión y dictar las órdenes para mantener o restablecer la debida prestación.

El RSCL, en su artículo 131, prevé incluso la designación de un Interventor técnico poco antes de que finalice el plazo de la concesión para que vigile la conservación de las obras y del material e informe a la Corporación municipal o provincial sobre las reparaciones y reposiciones necesarias para mantenerlos en las condiciones previstas.

La Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), aprobada en el año 2007, introdujo en nuestro ordenamiento jurídico, por primera vez, la figura del responsable del contrato. Según las exposiciones de motivos de la referida ley con la finalidad de “reforzar el control del cumplimiento del contrato y agilizar la solución de las diversas incidencias que pueden surgir durante su ejecución”.

El TRLCSP dispone, en el artículo 52, que los órganos de contratación podrán designar un responsable del contrato al que corresponderá supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada, dentro del ámbito de facultades que aquéllos le atribuyan. El responsable del contrato podrá ser una persona física o jurídica, vinculada al ente, organismo o entidad contratante o ajena a él. Las atribuciones que le correspondan al responsable del contrato deberán fijarse en los pliegos de condiciones administrativas y técnicas.

Iturriaga Urbistondo (2008) nos ofrece una definición del responsable del contrato: “Aquella persona física o jurídica que, integrada o ajena al ente, organismo o entidad contratante pero vinculada a él a través del oportuno contrato de servicios, es designada o contratada por el órgano de contratación con la finalidad de asegurar la correcta realización de la prestación pactada y de agilizar la solución de las incidencias que pudieran surgir, ejerciendo para ello las facultades que el órgano de contratación le hubiera atribuido; correspondiéndole en todo caso, supervisar su ejecución, adoptar decisiones, formular propuestas y dictar aquellas instrucciones que se consideren necesarias”.

Una prueba de la importancia que el TRLCSP le confiere a la función de “responsable del contrato” lo constituye la atribución que el artículo 212 hace a este para realizar la propuesta de penalización al órgano de contratación, para imponer penalidades al contratista como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones establecidas en los pliegos de condiciones.



Para hacer más efectiva las funciones que al responsable del contrato le atribuye la Ley, Iturriaga Urbistondo (2008) propone la inclusión de una cláusula titulada “Atribuciones del responsable” en los pliegos de condiciones, de las que hemos entresacado las que nos parecen más importantes con relación a la vigilancia y control del concesionario, que se exponen a continuación:

“En cualquier momento durante el plazo de duración del contrato, el órgano de contratación podrá designar a un Responsable del Contrato. Si el órgano de contratación acuerda designar un Responsable del Contrato, le corresponderá, con carácter general, supervisar la ejecución del mismo, adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada señalando el ritmo de ejecución conveniente, así como reforzar el control del cumplimiento del mismo y agilizar la solución de las diversas incidencias que pueden surgir durante su ejecución, y en particular:

- Promover y convocar las reuniones que resulten necesarias al objeto de solucionar cualquier incidente en la ejecución del objeto del contrato en los términos que mejor convenga a los intereses públicos.
- Resolver las incidencias surgidas en la ejecución del contrato, siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 97 del Reglamento General de Contratos de las Administraciones Públicas.
- Informar en expedientes de reclamación de daños y perjuicios y de incautación de la garantía definitiva.
- Proponer la imposición de penalidades, señalando su graduación.
- Informar en expedientes de devolución o cancelación de garantías.
- Informar sobre el cumplimiento de las condiciones especiales y esenciales señaladas para la ejecución del contrato.
- Establecer las directrices oportunas en cada caso, pudiendo requerir al adjudicatario, en cualquier momento, la información que precise acerca del estado de ejecución del objeto del contrato, de las obligaciones del adjudicatario, y del cumplimiento de los plazos y actuaciones.
- Acordar, en caso de urgente necesidad, las medidas precisas para conseguir o restablecer el buen orden en la ejecución de lo pactado, o cuando el contratista, o personas de él dependientes, incurra en actos u omisiones que comprometan o perturben la buena marcha del contrato, debiendo dar cuenta al órgano de contratación.

- Dirigir instrucciones al contratista siempre que no suponga una modificación del objeto del contrato ni se oponga a las disposiciones en vigor o a las derivadas de los Pliegos y demás documentos contractuales.
- Inspeccionar la parte de la prestación subcontratada informando al órgano de contratación.
- Dar cuenta al órgano de contratación de todas las actuaciones realizadas por el *responsable del contrato*.
- Y todas aquellas otras previstas en este pliego o acordadas por el órgano de contratación”.

Tan importante es para el legislador el control de las obligaciones de los concesionarios, que la nueva directiva con relación a la subcontratación en las concesiones administrativas dispone, en el artículo 42, en relación con el artículo 30.3, que las autoridades se encargarán de asegurar mediante la adopción de las medidas adecuadas que los subcontratistas cumplan con la legislación laboral y social y las disposiciones internacionales en materia laboral, relacionando los convenios que son de obligado cumplimiento, como, por ejemplo, el convenio sobre la edad mínima o la igualdad de remuneración, disponiendo en este sentido la obligación del concesionario de facilitar información a la Administración contratante sobre el cumplimiento de la legislación laboral. La directiva acoge una de las peticiones del movimiento sindical europeo, como nos recuerda Sánchez Vizcaino (2009), que reivindica que se controle a los subcontratistas para que a su vez estos cumplan con los derechos sociales de los trabajadores, si bien no se ha admitido en la directiva en cuestión la inclusión de cláusulas de salarios justos en los contratos de concesiones, una de las principales reivindicaciones del movimiento sindical que según este autor exige que se vigile el cumplimiento de la Convención número 94 de la Organización Internacional del Trabajo mediante sobre salarios justos.

A la vista de los preceptos analizados, resulta que la Administración dispone con relación al concesionario de las potestades que a continuación se exponen:

A) Potestad de dirección.

La potestad de dirección implica el poder dar órdenes e instrucciones de obligado cumplimiento. Las órdenes de la Administración en virtud del carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos son de inmediato cumplimiento por el contratista, sin perjuicio de su derecho a recurrir de dirección sobre el modo de ejecutar el contrato conforme a las condiciones establecidas en los pliegos.

B) Potestad de inspección.

La Administración pública contratante tiene la facultad de inspeccionar el servicio público o la infraestructura y de recabar información y documentación sobre los aspectos que se relacionan con el cumplimiento del contrato en los términos establecidos en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, así como en los términos que se establecen en la normativa sectorial de aplicación, como por ejemplo el de condiciones.

C) Potestad sancionadora

La imposición de penalidades por la Administración al concesionario es, según Marí Olano (2009) una prerrogativa dirigida a garantizar que éste cumpla sus obligaciones, esto es, que ejecute y explote la obra o en su caso el servicio público y por ello su finalidad es esencialmente preventiva, y no retributiva, y su ejercicio es posterior o, al menos, simultáneo, al ejercicio por la Administración de la prerrogativa de inspección y control del concesionario. Además, las penalidades carecen de una finalidad indemnizatoria del incumplimiento de sus obligaciones por el contratista y no guardan relación con la magnitud de los daños sufridos por la Administración a consecuencia del incumplimiento.

Tan importantes son estos poderes que Rodríguez Arana (2008) considera que entre los privilegios administrativos en materia de contratación más importantes se encuentran los poderes de dirección, inspección y control. Y ello es así porque no son como dice este autor “expresión de un derecho subjetivo, sino de una potestad atribuida “ex lege” para atender los intereses públicos. En otras palabras, la especial posición de la Administración en materia contractual trae su causa de la necesidad de asegurar la realización de las obras públicas contratadas o de la prestación de los servicios públicos”.

Estamos de acuerdo con García Rubio (2003) cuando afirma que las inspecciones no deben responder a criterios arbitrarios ni impedir el normal desempeño de la concesión por lo que considera que se debe actuar sobre la base de planes de actuación y en todo caso cuando se produzca una denuncia.

3.2. Responsabilidades que se derivan para la Administración y su personal como consecuencia de no vigilar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario o hacerlo de forma negligente.

Las potestades descritas deben ejercerse, dado el carácter irrenunciable de la competencia (artículo. 12 de LRJPAC) que impide, según Sosa Wagner (2004) a la Administración desinteresarse de la marcha de las actividades derivadas de su esfera de atribuciones. Como bien

dice el Tribunal Supremo se trata de la aplicación singular de un privilegio con el que cuenta la Administración, cual es la decisión unilateral y obligatoria para resolver cuantas cuestiones afecten al contrato, prerrogativas que impone al contratista el deber de no interrumpir por acto propio el cumplimiento del contrato ni aún en el caso de que la Administración no cumpla exactamente sus obligaciones (STS de 3 de abril de 1990).

El ejercicio de las potestades de dirección, inspección y sanción es irrenunciable, de modo que su omisión o su ejercicio incorrecto pueden dar lugar a responsabilidad administrativa si causa una lesión a terceros o a la propia Administración, tal como se deduce de los siguientes preceptos:

Conforme previene el artículo 78 de la LRRL y la Disposición adicional decimonovena del TRLCSP las corporaciones locales podrán exigir responsabilidad patrimonial, con arreglo a lo dispuesto en el título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico y del procedimiento administrativo común (LRJPAC) y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial a las autoridades y al personal a su servicio, como consecuencia de sus actuaciones en materia de contratación administrativa, tanto por daños causados a particulares como a la propia Administración. Sobre esta cuestión resulta muy esclarecedora la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía fecha 14 de octubre de 2013, que en su fundamento quinto dice: “Y si bien, en el presente caso el servicio era prestado por un empresa concesionaria, que asumiría la responsabilidad por los daños ocasionados a tercero; no puede olvidarse que en última instancia la Administración tiene atribuido el deber de vigilancia respecto de la concreta forma en que los concesionarios desarrollan los contenidos de la concesión con aquella formalizado, sobre todo cuando afecta a la prestación de un servicio público. Y en el supuesto de hecho se determina que la relación de causalidad entre la actividad administrativa y el daño se produce por el mecanismo de la culpa in vigilando de la Administración Pública, al omitir la debida inspección sobre los elementos o instalaciones propios del servicio, del que, en última instancia, la Administración demandada es la titular, y por ende, responsable”.

Para garantizar la función de vigilancia y control de la Administración sobre el concesionario, el artículo 116 del RSCL dispone que se consideren nulas las cláusulas por las que la corporación municipal renuncia a fiscalizar el servicio.



Con relación a la forma en que se realiza el control de los concesionarios, Franco y Aguerrea (1999) consideran que unas de las tareas más importantes de los responsables municipales consiste en diseñar y desarrollar un modelo de control de los servicios que prestan los ayuntamientos a los ciudadanos, ya que, en última instancia, la existencia de las entidades locales se justifica por la prestación de servicios al ciudadano. Proponen la siguiente metodología para el proceso de control:

- Definición de los objetivos que se pretende alcanzar con la implantación del servicio.
- Planificación de los medios materiales, económicos y humanos necesarios para su consecución
- Realización de un seguimiento o control durante el desarrollo de la actividad para comprobar si se alcanzan los objetivos propuestos mediante el uso de indicadores (técnicos, económico-financieros y de gestión) que permitan detectar posibles desviaciones respecto de los estándares de calidad establecidos, así como la corrección de los problemas que se detecten.

Para Franco (1999), analista y consultor en la gestión de servicios públicos, la experiencia demuestra cómo muchos municipios no han arbitrado los adecuados sistemas de información y mecanismos de control que permitan el seguimiento de las condiciones establecidas en la prestación de los servicios. Muchas veces -dice este autor- la Administración entrega la gestión del servicio público a una entidad privada, sin delimitar claramente los sistemas de control necesarios, que deben orientarse hacia aspectos patrimoniales, económicos, técnicos y de calidad y que, continua el citado autor, no se encuentran sistematizados en ninguna disposición legislativa

o reglamentaria, quedando a merced de la capacidad de los gestores municipales. Por ello propone que en el proceso de racionalización interna de las corporaciones locales se creen unidades de control, pues considera que la gestión indirecta de servicios no garantiza per se la eficiencia; ésta sólo se alcanza cuando se controlan los procesos de producción de bienes y servicios.

Para Franco y Aguerrea (1999) el control de las concesiones es una necesidad y debe realizarse por la Administración mediante un departamento que se cree en la institución para esta finalidad, dotado de personal cualificado y especializado, en el que se centralice toda la información relativa a los servicios gestionados de forma indirecta. Por ello defendemos la contemplación dentro del organigrama y en la relación de puestos de trabajo de un servicio de control de concesiones y calidad.

4. LA IMPORTANCIA DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES Y LAS REGLAMENTACIONES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN LAS CONCESIONES DE OBRAS Y/O SERVICIOS

La posibilidad y obligación de ejercer un control por parte de la Administración concedente sobre el concesionario, según García Rubio (2003) no implica que este sea discrecional e ilimitado sino que como toda actividad administrativa ha de someterse al denominado principio de vinculación positiva a través del cual sólo se actúa cuando el ordenamiento jurídico le habilita para ello. Por tanto el control, señala el citado autor, debe fundamentarse en unas fuentes del derecho con carácter normativo.

Dentro de las fuentes del derecho que delimitan los términos en los que se ejercen las potestades de vigilancia y control, debe prestarse especial atención a los pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas reguladores del vínculo contractual. Así lo confirman los artículos 208 y 209 del TRLCSP al disponer que los efectos de los contratos administrativos se regulen por las cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas y deberán, en todo caso, cumplirse a tenor de lo establecido en las mismas.

A tal efecto, conviene recordar que los pliegos que son elaborados por la Administración contratante y son aceptados de modo expreso por los licitadores que concurren a la licitación, desde el momento en que presentan su proposición, constituyen la ley del contrato y vinculan a las partes implicadas en el procedimiento, esto es, la Administración que contrata y el participante en la licitación.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1989 con respecto al valor de los pliegos declara que “su fuerza de ley para las partes es indiscutible, valor que le otorgan también los artículos 1255 y 1091 del Código Civil”. Aunque la expresión de que los pliegos son la ley del contrato pudiera ser “un tanto metafórica”, como señalan las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de julio de 1989 y de 26 de septiembre de 1989, la de 16 de mayo de 1989 precisa: “Es doctrina jurisprudencial reiterada la que sostiene que las cláusulas de los pliegos de condiciones y los pactos establecidos entre los contratantes son la ley del contrato de inexcusable cumplimiento, siempre, claro está, que con ello no se vulneren preceptos de Derecho necesario, supra ordenados a las partes”.

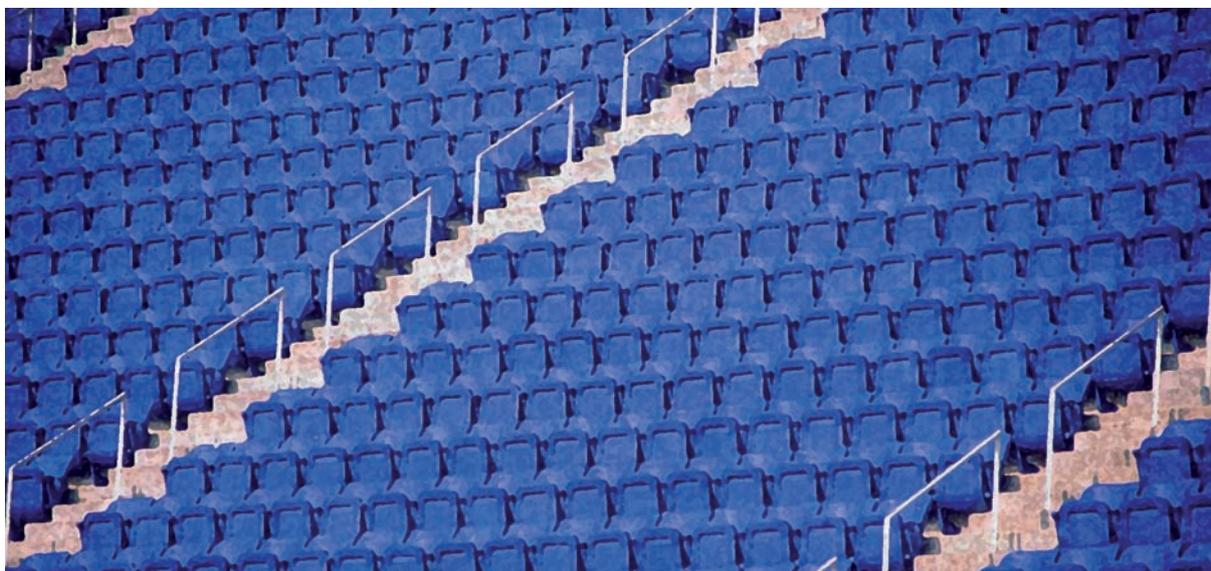
El Consejo de Estado, en su dictamen número 85/1997, de 16 de octubre de 1997, ha destacado el carácter necesario de los pliegos de cláusulas contractuales en todo contrato como elemento sustancial del vínculo contractual en tanto determina los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones que asumen las partes.

Los pliegos son la ley del contrato que contienen las declaraciones de carácter jurídico, económico y técnico, tal como se viene reiterando en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras sentencias, la de 6 de junio de 1933, 21 de abril de 1970, 20 de junio de 1972 y 31 de marzo de 1975. En la sentencia de Tribunal Supremo, de 25 de julio de 1989, se dice con relación a la fuerza jurídica de los pliegos que: “como es natural, no puede entenderse sino en el sentido de que se trata de un poder normativo *inter partes*, dentro de un plano subordinado a las normas y principios superiores del ordenamiento jurídico”. Esta doctrina se ha reiterado en las sentencias

del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1988 y de 7 de junio y 26 de septiembre de 1989.

La complejidad técnica que suelen presentar las prestaciones que conforman los servicios públicos da idea de la dificultad y el tiempo que conlleva la elaboración de pliegos administrativos y técnicos que garanticen a la Administración que se cubre la prestación del servicio de forma completa y adecuadamente, y que ante la aparición de circunstancias inesperadas aquella pueda reaccionar apropiadamente y que los ciudadanos, receptores del servicio, no se vean perjudicados ni en la calidad de éste ni porque su coste sea excesivo. Por ello resulta conveniente que además de establecer en los pliegos de la contratación todos los elementos que delimiten con precisión las características técnicas de la prestación del servicio, su evolución en el tiempo, y las circunstancias de la finalización de la concesión, deben asegurarse que el contratista queda sometido a los procedimientos de control que se consideren adecuados. En este sentido, la Administración puede incluir en los pliegos las cláusulas que se juzguen convenientes, tal como así lo prevé el artículo 115 del RSCL, que además fija las cláusulas mínimas que deben incluirse en los pliegos de condiciones. Se relacionan a continuación las cláusulas mínimas que exige el citado precepto

- 1ª) Servicio objeto de la concesión y características del mismo.
- 2ª) Obras e instalaciones que hubiere de realizar el concesionario y quedaren sujetas a reversión, y obras e instalaciones a su cargo, pero no comprendidas en aquella.
- 3ª) Obras e instalaciones de la Corporación cuyo goce se entregare al concesionario.
- 4ª) Plazo de la concesión, según las características del servicio y las inversiones que hubiere de realizar el concesionario.
- 5ª) Situación respectiva de la Corporación y del concesionario durante el plazo de vigencia de la concesión.
- 6ª) Tarifas que hubieren de percibirse del público, con descomposición de sus factores constitutivos, como base de futuras revisiones.
- 7ª) Clase, cuantía, plazos y formas de entrega de la subvención al concesionario, si se otorgare.
- 8ª) Canon o participación que hubiere de satisfacer, en su caso, el concesionario a la Corporación.
- 9ª) Deber del concesionario de mantener en buen estado las obras e instalaciones.
- 10ª) Otras obligaciones y derechos recíprocos de la Corporación y el concesionario.
- 11ª) Relaciones con los usuarios.



- 12ª) Sanciones por incumplimiento de la **concesión**.
- 13ª) Régimen de transición, en el último período de la concesión en garantía de la debida reversión o devolución, en su caso, de las instalaciones, bienes y material integrantes del servicio.
- 14ª). Casos de resolución y caducidad.

Con relación a la función de vigilancia sobre el cumplimiento de las obligaciones por parte del concesionario, el pliego de prescripciones técnicas debe recoger al menos las siguientes cuestiones:

- 1) Una descripción del servicio público, relacionando las prestaciones que lo conforman, los objetivos y fines del servicio y como se incardinan dentro de los fines y objetivos del área municipal en la que se ubica el servicio en cuestión. Asimismo es muy importante establecer los medios de todo tipo requeridos para su prestación, especificando los que aporta el concesionario y en su caso los que aporta la Administración.
- 2) La calidad del servicio público que comporta el establecimiento de estándares mínimos de calidad y los sistemas para su implantación y verificación dentro de organización prestadora del servicio. Esta es una cuestión de capital importancia y por ello la Ley de Autonomía Local de Andalucía (LAULA) exige en el artículo 30,3 que en la ordenanza de creación del servicio público se establezcan los estándares de calidad del servicio y el régimen de inspección y de valoración de calidad de cada servicio.
- 3) Los bienes, servicios y medios públicos que se ofrecen al concesionario. Es posible que la prestación del servicio requiera de la utilización de bienes públicos o de servicios auxiliares internos de la propia Administración que servirán de apoyo a la prestación cuyo objeto se contrata y, en ese caso, en los pliegos deberán

especificarse claramente las condiciones y términos en que dichos medios públicos van a ser susceptibles de utilización, como por ejemplo las obligaciones que asume el concesionario con respecto a su mantenimiento y sustitución en su caso.

4) Suministro de información. La información y el conocimiento de la actividad son elementos claves para la utilización de los contratos de concesión administrativa. Por ello, entre las especificaciones deben recogerse aquellas que obliguen al concesionario a facilitar el mayor número de datos de relevancia para el conocimiento de la actividad, así como su compromiso de permitir por parte de la Administración auditorías y demás sistemas de análisis de su actuación.

Junto a los pliegos de condiciones, administrativas y técnicas, merece también una especial atención para el propósito de nuestro trabajo las condiciones especiales y las reglamentaciones de los servicios públicos por parte de la Administración.

Los órganos de contratación, tal como determina el artículo 118 del TRLCSP, podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato administrativo. Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo medioambiental o a consideraciones de tipo social, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, combatir el paro, favorecer la formación en el lugar de trabajo u otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada

para el empleo, definida en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo.

Los pliegos o el contrato podrán establecer penalidades, conforme a lo prevenido en el artículo 212.1 del TRLCSP, para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales, lo que podrá dar lugar a la resolución del contrato si así se han tipificado, que en caso contrario, es decir cuando no se tipifique como causa de resolución del contrato, el mismo se podrá considerar en los pliegos o en el contrato administrativo como infracción grave y por tanto se considerará, con arreglo a lo establecido en el artículo 60,2, del TRLCSP, siempre que concurra dolo, culpa o negligencia en el empresario, una circunstancia que le impedirá a éste contratar con la Administración.

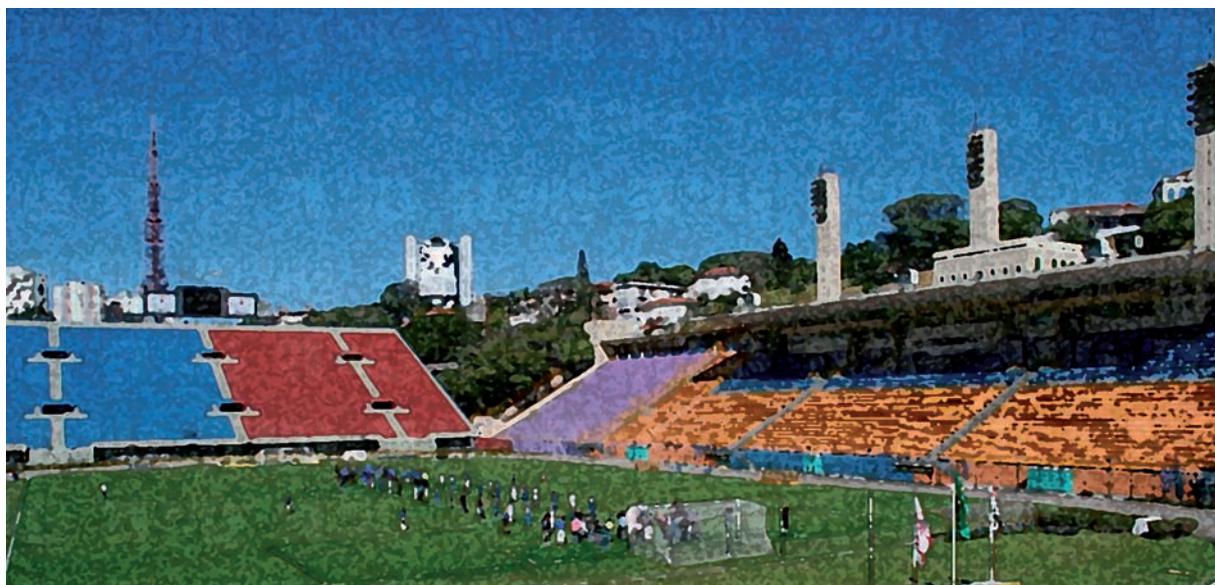
Asimismo, los artículos 119 y 120 del TRLCSP disponen respectivamente que el órgano de contratación podrá señalar en el pliego a los candidatos o licitadores, cómo y dónde pueden obtener información sobre las obligaciones relativas a la fiscalidad, a la protección del medio ambiente y a las disposiciones vigentes en materia de protección del empleo así como sobre condiciones de trabajo y prevención de riesgos laborales, que serán aplicables a los trabajos efectuados en los servicios prestados, durante la ejecución del contrato y la información que han de facilitar en el caso de que se produzca una subrogación de personal.

Finalmente, en este repaso sobre la normativa que regula los pliegos de condiciones, el artículo 26 del TRLCSP prohíbe incluir en el contrato administrativo que se formalice, estipulaciones que establezcan derechos y obligaciones para las partes distintos de los previstos en los pliegos de condiciones administrativas y técnicas.

En la mayoría de los casos, dicen Franco y Aguerrea (2009), los pliegos de prescripciones técnicas vienen a sustituir a lo que debería ser la reglamentación del propio servicio, el cual queda definido precisamente a través de las especificaciones contenidas en los pliegos, lo que a su juicio no es lo más aconsejable. Lo correcto - apuntan los referidos autores- sería realizar previamente una completa regulación del servicio en cuestión, formalizándola en el correspondiente reglamento y, posteriormente, a partir de las características derivadas de esa regulación, definir en los pliegos las peculiaridades que ha de tener la prestación del servicio. En este sentido, resulta de gran interés el artículo 30,3 de la LAULA que dispone:

“La ordenanza reguladora de la prestación tenga como mínimo el siguiente contenido:

- a) Alcance, carácter, contenido y regularidad de las prestaciones que incluya.
- b) Forma de financiación del servicio, especificando, cuando estén previstas aportaciones de los usuarios, si se establecen o no diferencias económicas en beneficio de las personas o los grupos sociales de menor capacidad económica, o merecedoras de especial protección.
- c) Modalidades de gestión y sanciones que se puedan imponer al prestador.



- d) Estándares de calidad del servicio.
- e) Derechos y deberes de los usuarios.
- f) Régimen de inspección y de valoración de calidad de cada servicio.”

Para garantizar que las condiciones y obligaciones establecidas en los pliegos o en los reglamentos de los servicios se cumplan, la legislación sobre contratos establece un sistema de penalidades. Así, el artículo 211 del TRLCSP dispone que los pliegos o el documento contractual puedan establecer penalidades para el caso de cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo o para el supuesto de incumplimiento de los compromisos o de las condiciones especiales de ejecución del contrato que se hubiesen establecido en los mismos. Estas penalidades deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y su cuantía no podrá ser superior al 10 por 100 del presupuesto del contrato. El órgano de contratación podrá acordar la inclusión en el pliego de cláusulas administrativas particulares de penalidades atendiendo a las especiales características del contrato, siempre que se considere necesario para su correcta ejecución y así se justifique en el expediente.

El artículo 150 del TRLCSP dispone que los pliegos o el contrato podrán establecer penalidades, para los casos de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso de la prestación que afecten a características de la misma que se hayan tenido en cuenta para definir los criterios de adjudicación, o atribuir a la puntual observancia de estas características el carácter de obligación contractual esencia.

5. LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS DE INSTALACIONES Y SERVICIOS DEPORTIVOS: PROPUESTAS DE MEJORA

Nadie discute el papel que han desempeñado los municipios en el incremento de la práctica deportiva de los españoles que como afirma Piñero García Lago (2007) han sido quienes han tenido la obligación de responder, como administración más cercana, a las necesidades deportivas de los ciudadanos. Las acciones de promoción han tenido un gran éxito, como lo prueban los estudios sobre hábitos deportivos que atestiguan un crecimiento espectacular de más de veinte puntos porcentuales de ciudadanos y ciudadanas que practican deporte, en las tres últimas décadas. Pero, como nos recuerda Fernando Paris (1988), “los ayuntamientos han hecho mucho, pero sería ingenuo pensar que lo han hecho todo bien”.

Los servicios deportivos municipales creados por los ayuntamientos, hoy son notoriamente deficitarios, como consecuencia de que se han financiado mayoritariamente con fondos públicos y en menor medida con las aportaciones de los usuarios, situación que se ha

agravado a causa de la crisis económica, en tanto que ésta ha provocado que se reduzcan extraordinariamente los fondos públicos destinados al deporte (más del 40% de media) y en algunos casos se han suprimido subvenciones públicas, como ha ocurrido en la Consejería de Cultura, Educación y Deporte de la Junta de Andalucía. La gratuidad o semi-gratuidad en el uso de instalaciones deportivas y/o en la participación en actividades y eventos deportivos, han sido factores claves en el aumento de practicantes, pero determinante también de su crítica situación financiera actual.

Teruelo Ferreras y Solar Cubillas (2011) califican el modelo de deporte municipal, nacido con el restablecimiento de la democracia, de “éxito”, por el crecimiento experimentado en el número de practicantes, pero “insostenible” desde el punto de vista financiero. La razón de la difícil sostenibilidad del actual modelo –sostienen estos autores– “ha de ser buscada y fácilmente hallada, en los insoportables déficits generados en gran parte por los órganos gestores del deporte en los municipios españoles”, que han aflorado en cuanto se han reducido los recursos públicos dedicados a la promoción del deporte municipal, como consecuencia de la crisis económica. O como dice Suárez Rincón (2010) una de las tres causas que motivan la actual extrema gravedad de la situación económica-financiera de las entidades locales hay que localizarla en una inadecuada praxis técnica y política en la elaboración, gestión y ejecución presupuestaria de los presupuestos. Lo anterior, –prosigue el citado autor– unido a la caída de los ingresos derivados del sector urbanístico y de la participación en los tributos del Estado, desemboca en que “la generalidad de los ayuntamientos tengan graves problemas de liquidez para atender sus obligaciones de gastos de personal y de acreedores”.

Como acertadamente defiende Sendín García (2003) “nadie pretende que los Poderes Públicos deban renegar de las funciones que han venido desarrollando en los últimos tiempos. Lo que se pretende es que mejore la forma de llevarlos a cabo”. Por tanto, no se cuestionan los servicios públicos sino los medios para prestarlos, como nos recuerda el referido autor, siendo legítima la búsqueda de soluciones para su prestación en colaboración con el sector privado.

La actual situación de crisis económica no permite atender el necesario incremento de financiación pública para el mantenimiento y/o reforma de las instalaciones deportivas existentes o para la ampliación de la red de instalaciones. Ante este panorama sólo cabe ser más eficiente en la gestión local, ejercer sólo las competencias propias en materia de deportes, es decir, las establecidas por ley y promover una mayor participación del sec-



tor privado en la gestión de instalaciones deportivas ya construidas o en la construcción y posterior explotación de aquellas. En este sentido, se pronuncia la LRSFAL, cuando en el artículo 36, apartado h), en su nueva redacción, dispone: “Cuando la Diputación detecte que estos costes son superiores a los de los servicios coordinados o prestados por ella, ofrecerá a los municipios su colaboración para una gestión coordinada más eficiente de los servicios que permita reducir estos costes”.

Como ya se ha indicado en este trabajo, el artículo 85, 2 de la LRBRL, en la nueva redacción dada por la LRSFAL, obliga a la Administración local a gestionar los servicios públicos de competencia local “de la forma más sostenible y eficiente” de entre las que se enumeran en el citado precepto. A propósito de esta exigencia de eficiencia, dice Domínguez-Berrueta de Juan (1981) que “no es nueva la idea de buscar una mayor eficiencia en la gestión de los servicios públicos, lo que forma parte de nuestra cultura jurídica, aunque socialmente las formulas de gestión que implican al sector privado generen una controversia social en nuestra sociedad”. Para este autor, los servicios públicos son “deficientemente gestionados” y entre otras razones esgrime “la dejación por la propia administración de sus responsabilidades de policía y vigilancia”.

Merino Estrada y Rivero Ortega (2011) instan a las administraciones públicas a buscar fuentes de financiación alternativas de los servicios públicos, involucrando al capital privado (patrocinio, mecenazgo, micro mecenazgo, concesiones de obra pública, gestión de servicios públicos, contratos de colaboración público-privada, etc.).

El sistema deportivo municipal necesita hoy acudir al sector privado para crecer y atender nuevas deman-

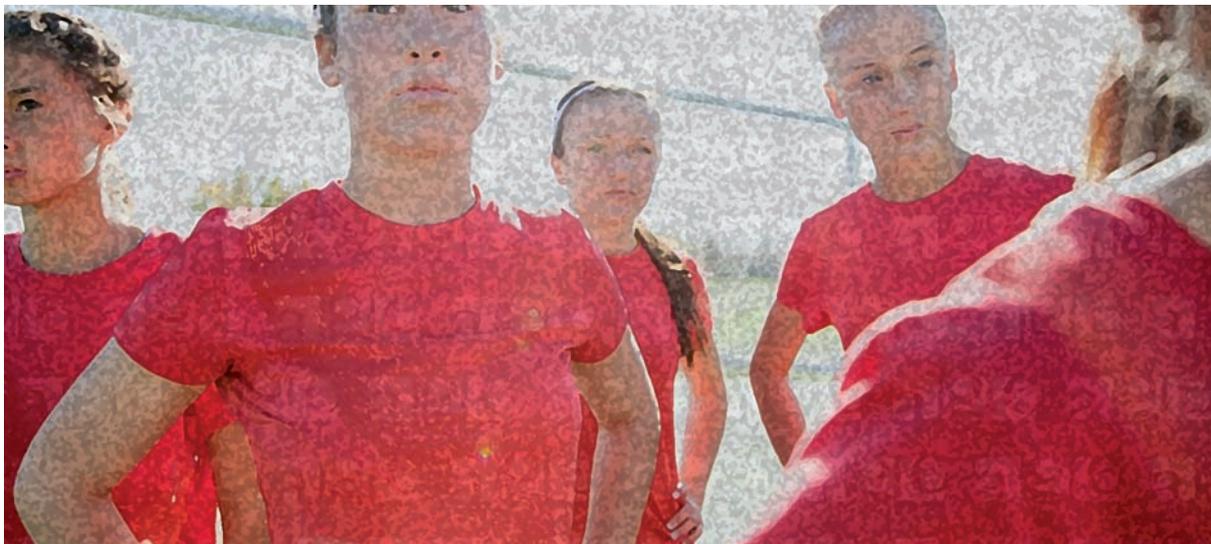
das y garantizar su viabilidad económica, ya sea para encomendarle la gestión de instalaciones deportivas ya existentes o la construcción y posterior explotación de aquellas.

Las concesiones administrativas de instalaciones deportivas no constituyen una novedad en la gestión deportiva municipal. Delgado Lacoba (2007) las viene defendiendo como la mejor opción para reducir costes y aumentar la calidad y cantidad de prestaciones deportivas. Como gestor público ha dirigido el cambio de gestión, de directa a indirecta, en el servicio municipal de deportes del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes, habiéndose reducido los costes y aumentado la oferta de servicios a la ciudadanía.

Cuando se opta por la gestión indirecta de un servicio deportivo, la Administración municipal pasa de la posición de prestador del servicio a la posición de planificador, organizador, controlador y evaluador de los servicios que prestan las empresas concesionarias.

Veamos a continuación algunas recomendaciones sobre diferentes ámbitos que deben ser objeto de una regulación especial y detallada en los pliegos de condiciones administrativas y de prescripciones técnicas y en los correspondientes reglamentos de servicios u ordenanzas de servicio público, como así los denomina la LAULA.

- A) Recursos humanos. Deben establecerse de forma clara en el pliego de prescripciones técnicas los perfiles profesionales del personal que ha de contratar de forma directa el concesionario, como, por ejemplo, el Director/a técnico que habrá de ser obligatoriamente un licenciado o graduado en ciencias del deporte, el responsable del manteni-



miento de la instalación deportiva que deberá ser un ingeniero y así sucesivamente y también los servicios que se puedan contratar a través de empresas subcontratistas, especificando los perfiles profesionales del referido personal. Posteriormente deberá comprobarse que el personal dispuesto por el concesionario cumple con la normativa laboral y de seguridad social, pues en el caso de impagos a la seguridad social, pudiera derivarse una responsabilidad subsidiaria para el ayuntamiento. No menos importante es la verificación de que el operador privado cumple con relación a su personal los compromisos sobre perfiles profesionales y puestos así como plan de formación dispuestos en los pliegos, cuestiones estas que inciden de manera directa en la mayor o menor calidad de las prestaciones deportivas que reciban los usuarios y como hemos tenido oportunidad de exponer en este trabajo preocupan al legislador comunitario cuando exige que se controlen las obligaciones laborales y sociales de las empresas subcontratadas con relación a su personal.

- B) Recursos técnicos. En el pliego de prescripciones técnicas deben establecerse las condiciones mínimas que deben darse en la construcción de la instalación deportiva y en su caso la inversión mínima, con identificación de las actuaciones que comprenda, para el caso de que la instalación deportiva ya esté construida y sólo se requiera una inversión para su mejora o para completar el equipamiento de la misma. Además deberá recogerse la obligación de reponer las infraestructuras y equipamientos cuando aquellas queden obsoletas.

- C) Mantenimiento de las instalaciones deportivas. La calidad y la seguridad son dos atributos que están directamente relacionados con el adecuado mantenimiento de las instalaciones deportivas y sus equipamientos de todo tipo, tanto de forma preventivo como correctivo. Desde otro punto de vista, el mantenimiento es condición indispensable en las licencias o autorizaciones que expiden los gobiernos locales para la apertura de los centros deportivos y su puesta en funcionamiento, que obligan al mantenimiento de las condiciones durante toda la vida de la instalación deportiva.
- D) Oferta de actividades. La oferta de actividades de la entidad concesionaria debe ser plural, dirigida a todos los colectivos, prestando una atención especial a niños, mujeres, mayores y personas con discapacidad. Para ello es muy importante que en los pliegos de prescripciones técnicas se establezcan los criterios para su elaboración por la entidad concesionaria
- E) Calidad de los servicios. La calidad es una cuestión básica en la prestación de los servicios deportivos. Las cartas de servicios deportivos se convierten en un instrumento muy valioso para la gestión de la calidad. También las certificaciones homologadas contribuyen al logro de aquella.
- F) Defensa y protección de usuarios. La defensa y protección de los usuarios deportivos requiere de un sistema de reclamaciones y sugerencias y de un sistema arbitral de mediación que pueda resolver los conflictos que surjan entre los usuarios y el operador privado.

- G) Gestión administrativa y económica. Se debe analizar el proceso de inscripción de los usuarios y verificar que cumple con las condiciones establecidas. Asimismo se analizará la contabilidad y balances así como la auditoría financiera con el fin de conocer el estado financiero de la concesión y los beneficios que la misma produce, información esta que será muy importante, por ejemplo, cuando se solicite una revisión de las tarifas o que el canon sea variable y esté condicionado en su cuantía al resultado de la explotación económica.
- H) Normativa de régimen interno. Esta constituye una pieza fundamental en la delimitación de los derechos y deberes de los usuarios así como de las obligaciones de la entidad y del personal a su cargo. En la mayoría de los pliegos de condiciones que regulan las concesiones administrativas se le exige al concesionario que redacte una propuesta de normativa para que si así lo considera se apruebe por el ayuntamiento.
- I) Tarifas por prestación de servicios. Estas se deben ajustar siempre a las condiciones establecidas en los pliegos y a la oferta del adjudicatario, que es vinculante para el mismo. En todo caso, siempre se requerirá de la aprobación de las tarifas por el gobierno local.
- J) Política de protección de datos personales. Es esta una materia que cada cobra mayor importancia y que requerirá de la empresa concesionaria un gran esfuerzo en medios y organización para garantizar a los usuarios del servicio un adecuado nivel de protección de sus datos personales.
- K) Ahorro energético. La preocupación por el medio ambiente debe traducirse en las concesiones de instalaciones deportivas en la existencia de planes de ahorro y la aplicación de buenas prácticas ambientales.

Los instrumentos de los que se pueden servir los ayuntamientos cuando supervisan las concesiones administrativas, pueden ser los siguientes.

A. Inspección y visitas. A través de esta vía los inspectores municipales comprueban “in situ” el adecuado o inadecuado funcionamiento del concesionario. En el pliego se hará constar que las visitas no requerirán de cita previa y que el concesionario estará obligado a permitir el acceso a toda la documentación e información que el inspector requiera.

B. Petición documental: se deberá requerir al concesionario o en su caso a la empresa prestadora de servicios para que aporte la siguiente documentación, si bien pueden establecerse en los pliegos la obligación de

remisión con periodicidad establecida en los mismos de documentos e información que se detalle en los mismos:

1. Plantilla de personal con especificación del puesto que se desempeña, tipo de contrato y vigencia del mismo.
2. Plan de prevención de riesgos laborales y demás documentación que acredite que cumple con relación a su personal las obligaciones que le impone la legislación en materia de prevención de riesgos laborales.
3. Reglamento de régimen interno regulador de las relaciones entre los usuarios y el concesionario.
4. Programa de actividades para el fomento del deporte dirigido a adultos, mayores, jóvenes, niños y personas con discapacidad.
5. Plan de mantenimiento de instalaciones, equipos y edificios.
6. Plan de calidad sistemas de calidad establecidos.
7. Documento de seguridad en materia de protección de datos personales
8. Memoria anual y balance contable diferenciado del centro deportivo y de otras actividades comerciales que se desarrollen en el mismo, en el caso de que haya sido autorizado para el desarrollo de actividades complementarias de carácter comercial en el centro deportivo. .

C) Comisión de seguimiento. Se trata de un órgano colegiado, formado por representantes de municipio y representantes de la entidad concesionaria que tiene como finalidad velar por el cumplimiento de las condiciones establecidas en los pliegos de prescripciones técnicas y en la oferta realizada por el concesionario y en concreto se recomienda que dé el visto bueno a las siguientes actuaciones:

- Plan de uso de la instalación deportiva.
- Programa de actividades deportivas.
- Plan de conservación y de mantenimiento de la instalación deportiva y su equipamiento.
- Plan de ahorro energético.
- Cuentas anuales y balance económico de la explotación de la concesión.
- Propuestas de tarifas.
- Propuestas de inversión.
- Plantilla y estructura de personal de la instalación.
- Memoria anual de actividades.
- Reglamento de régimen interno.
- Carta de servicios y plan de calidad.

D) Auditoría económica. Consiste en analizar la información económico-financiera, que se obtiene de los documentos contables examinados y su objeto es la

emisión de un informe que exprese una opinión técnica sobre la fiabilidad de dicha información, para que se pueda conocer y valorar esta información por terceros, lo que le permitirá a la Administración conocer la situación financiera y patrimonial de la concesión administrativa.

E) Auditoría funcional. Esta consiste en un examen crítico, sistemático e imparcial de la gestión de una entidad, para determinar la eficacia con la que logra sus objetivos preestablecidos, la eficiencia y economía con que se utilizan y obtienen los recursos, el nivel de calidad de la gestión realizada y el impacto de la efectividad o impacto de su actuación, con el fin de sugerir las recomendaciones que mejorarán la gestión en el futuro. Con esta técnica podemos conocer si la actuación del concesionario es acorde con las condiciones establecidas en los pliegos de prescripciones técnicas y en su caso sugerir las acciones correspondientes para el cumplimiento de aquellas.

F) Sistema de penalidades. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares suelen establecer un catálogo de incumplimientos de las obligaciones del concesionario, donde aparecen diversos tipos de infracciones: muy graves, graves y leves. Estas infracciones van ligadas a las diversas irregularidades e incumplimientos de condiciones establecidas generalmente en los pliegos o normas de obligado cumplimiento.

Tomadas de un pliego de cláusulas administrativas, que recientemente se publicó en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Madrid para la gestión, mediante concesión administrativa, del servicio público deportivo en la instalación deportiva básica de 7 pistas de pádel, vestuarios y cafetería con tienda deportiva, ubicada en el distrito de Chamartin, se proponen como modelo las siguientes penalidades, agrupadas en incumplimientos muy graves, graves y leves.

1. Incumplimientos muy graves:

- Dedicación de las instalaciones a uso distinto del específicamente señalado en el Pliego de Prescripciones Técnicas.
- El no desarrollo de manera regular y continuado del servicio, permaneciendo cerrada al público las instalaciones sin la autorización expresa durante tres (3) o más días.
- La no presentación de la documentación obligatoria para el contratista durante la ejecución del contrato.
- Cualquier oposición o entorpecimiento, por parte del concesionario o del personal a su servicio, a las inspecciones municipales tendentes a fiscalizar la gestión de las instalaciones objeto de concesión.

- La acumulación de dos incumplimientos graves en el período de un año.

Penalidad: Cada incumplimiento muy grave dará lugar a la imposición de una penalidad por importe de DOS MIL EUROS (2.000,00 €).

2. Incumplimientos graves:

- Colocación o realización de publicidad.
- El no desarrollo de manera regular y continuada de la actividad, permaneciendo cerradas al público las instalaciones sin la autorización expresa durante menos de tres (3) días.
- La acumulación de tres incumplimientos leves en el período de un año.

Penalidad: Cada incumplimiento grave dará lugar a la imposición de una penalidad por importe de MIL EUROS (1.000,00 €).

3. Incumplimientos leves:

- Acumular cinco (5) quejas fundadas de falta de corrección en el trato con los usuarios en el plazo de un año.
- Ausencia de la lista de precios en lugar visible y de fácil acceso a su consulta.
- No disponer de hojas de reclamaciones o del cartel anunciador de su existencia (modelos oficiales, en ambos casos).

Penalidad: Cada incumplimiento leve dará lugar a la imposición de una penalidad por importe de QUINIENTOS EUROS (500,00 €).

El referido pliego, bajo el título “Acumulación de incumplimientos” prevé que cuando las penalidades impuestas alcance un importe igual o superior a CUATRO MIL EUROS (4.000,00 €), la Administración podrá proceder a la resolución del contrato.

A las infracciones expuestas, añadiríamos con la consideración de muy grave el incumplimiento de las condiciones sobre puestos, titulación y experiencia con relación al personal dispuesto por el concesionario y como grave el incumplimiento de los planes de formación con relación al personal empleado en la concesión administrativa.

6. CONCLUSIONES

En el contexto actual, caracterizado por la escasez de recursos públicos, como consecuencia de un ciclo económico marcado por la crisis económica, agravado además por el fuerte endeudamiento de las administraciones públicas, la colaboración del sector privado con el sector público en la provisión de servicios puede contribuir a la sostenibilidad de los servicios públicos, apostando en este sentido la recientemente aprobada directiva comunitaria sobre concesiones administrativas,

que son una de la forma más intensa de manifestarse la colaboración público-privada entre el sector público y el sector privado.

La Ley de racionalización y sostenibilidad financiera de la administración local le reconoce a las corporaciones locales el derecho a elegir la forma de prestación de los servicios públicos que prestan a los ciudadanos, pero les pone como condición que elijan la forma más eficiente y sostenible, por lo que esta tiene el deber de analizar las diferentes opciones que la legislación le reconoce desde el punto de vista económico y técnico antes de tomar la decisión, siendo las concesiones administrativas una opción más eficiente como así lo declara la directiva sobre concesiones administrativas.

La eficacia en la prestación de servicios públicos por operadores privados está fuertemente condicionada por la vigilancia y control que la Administración ejerza sobre aquellos y los medios de que disponga para ello, para comprobar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los pliegos en su condición de concesionarios y en las reglamentaciones de servicios correspondiente, por lo que la elaboración de unos y otros resultan claves en el proceso de control, junto con la creación de unidades de control dentro de las

relaciones de puestos de trabajo de las corporaciones locales.

La situación actual de los servicios deportivos municipales exige un cambio en el modelo de gestión, que procure la necesaria eficiencia y sostenibilidad, constituyendo las concesiones administrativas de instalaciones y servicios deportivos una oportunidad para hacerlos viables, si bien deberá sobre la base de un marco de condiciones y obligaciones a través de la reglamentación de los servicios y de la elaboración de unos pliegos que atienda las recomendaciones en aspectos técnicos, económicos, humanos y de control que se contienen en este trabajo.

Siendo las concesiones administrativas una alternativa para la viabilidad económica de muchos servicios públicos, como así lo constata la referida directiva comunitaria, nos proponemos continuar el estudio de los mecanismos y medios de control que deben recogerse en las reglamentaciones de servicio para garantizar el buen funcionamiento de los servicios públicos, por lo que siguiendo el camino trazado por la Ley de Autonomía Local de Andalucía en el artículo 30.3 en el que se establecen los contenidos mínimos de las ordenanzas de servicio público, nuestro próximo trabajo abordará de manera monográfica el contenido de las ordenanzas de servicios públicos deportivos.

BIBLIOGRAFÍA

Ballesteros Fernández, A. (2005) "Manual de gestión de servicios públicos locales". Madrid: El consultor de los ayuntamientos.

Coscolluela Montaner, L. (2006). "Manual de derecho administrativo". Madrid: Civitas.

Delgado Lacoba, C. (2007). "Las Concesiones Administrativas para construcción y gestión de instalaciones deportivas. En La gestión deportiva local: Problemática actual y tendencias de futuro". Madrid: Federación Española de Municipios y Provincias.

Domínguez-Berrueta de Juan, M. (1981). "El incumplimiento en la concesión de servicio público". Madrid: Editorial Montecorvo,

Franco, D. (1999). "El control de las concesiones administrativas en el ámbito local (I)". *Análisis Local*, 23.

Franco, D. y Aguerrea, A. (1999). "El control de las concesiones administrativas en el ámbito local (II)". *Análisis Local*, 24.

García Rubio, R. (2003). "Fórmulas de control de una concesión administrativa Municipal". *Contratación Administrativa Práctica*, 17, 34-41.

Germá Bel. (2009): *El dilema entre lo público y privado en la gestión de los servicios públicos*. En la obra colectiva: "La colaboración público-privada y la creación de valor público". Barcelona: Diputación Provincial de Barcelona.

Gómez Ferrer Morant, R (1991). *La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales*. En la obra colectiva: "Estudios sobre la Constitución Española en homenaje al profesor D. Eduardo García de Enterría". Madrid: Civitas.

- Iturriaga Urbistondo, F.J.** (2008). "El responsable del contrato en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público. Especial referencia a la Administración local". *El Consultor de los Ayuntamientos*, 24, 4043- 4058.
- Lazo Vitoria, X.** (2013): "El futuro del mercado concesional en Europa". *Revista CEFLEGAL CEF*, 154. 137-174.
- Martínez Marín, A.** (1990). "El buen funcionamiento de los servicios públicos", Madrid: Editorial Tecnos
- Merino Estrada V. y Rivero Ortega R.** (2011). *Gestionar mejor, gastar menos. Una guía para la sostenibilidad municipal*. Granada: editorial CEMCI.
- Rodríguez Arana, J.**: "Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las administraciones públicas". Disponible en la siguiente dirección web: http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/7496/1/AD_12_art_42.pdf (con acceso el 15 de marzo de 2014)
- Paris, F.** (1988). "Presente y Futuro del Deporte Municipal". *Boletín de Información y Documentación*. 36. 49.
- Piñero García-Lago** (2007). "La gestión deportiva local: problemática actual y tendencias de futuro". Madrid: Federación Española de Municipios y Provincias.
- Ramió Carles** (2009): "La colaboración público-privada y la creación de valor público". Barcelona: Diputación Provincial de Barcelona, Barcelona.
- Ramió, C.** (2009). *Teoría y práctica del fenómeno de la externalización*. En la obra colectiva: "La colaboración público-privada y la creación de valor público". Barcelona: Edita Diputación Provincial de Barcelona.
- Sánchez Vizcaíno, J.** (2009). *La colaboración público-privada desde el enfoque de la representación social* (FSAP-COOO). En la obra colectiva: "La colaboración público-privada y la creación de valor público". Barcelona: Diputación Provincial de Barcelona.
- Suárez Rincón, V.A.** (2010). "Suficiencia versus eficiencia económica de las entidades locales". *Auditoría Pública*, 52, 79-88.
- Sendín García. M.A** (2003). "Hacia un servicio público europeo. El nuevo derecho de los servicios públicos". Granada: Editorial Comares.
- Sosa Wagner, F.** (2004). "Manual de Derecho Local". Madrid: Thomson Aranzadi.
- Sosa Wagner, F.** (2008). "La gestión de los servicios públicos locales". Madrid: Thomson- Civitas.
- Teruelo Ferreras y Solar Cubillas** (2013). *El deporte municipal en España: la revisión del modelo*. En la obra colectiva: "La Gestión deportiva municipal en Iberoamérica: historia, teoría y práctica". Madrid: Librerías Deportivas Esteban Sanz SL.