

INFORME 2/2024**CONSIDERACIONES SOBRE EL CONTROL ADMINISTRATIVO EN LAS CONCESIONES. ESPECIAL REFERENCIA A LOS MERCADOS MUNICIPALES**

PRIMERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.3 del Reglamento Orgánico de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción, de fecha 23 de diciembre de 2016 (Boletín Ayuntamiento de Madrid de 13 de enero de 2017), corresponde a la Oficina el ejercicio de funciones de inspección, comprobación y prevención en el ámbito definido en su artículo 1, siendo una de ellas asesorar, informar, formular propuestas y recomendaciones en las materias de su competencia a los distintos órganos municipales.

SEGUNDO. - En esta Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción se han tramitado diversos expedientes iniciados tras denuncias formuladas en materia de funcionamiento de los servicios públicos prestados en algunos mercados municipales.

TERCERO.- Consideraciones generales previas, relativas a las concesiones:

Las concesiones que han sido examinadas por esta Oficina traen causa de contratos administrativos, por lo que se centra el análisis en las concesiones de dominio público cuyo marco regulador sean contratos y no concesiones demaniales.

Sobre la diferencia entre contratos administrativos y concesiones demaniales se ha pronunciado la resolución 49/2017 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en la que se declara lo siguiente: *Es criterio manifestado por las Juntas Consultivas de Contratación y por la jurisprudencia, que para juzgar cuándo estamos ante un contrato administrativo o una concesión demanial, debe atenderse a la prevalencia en el servicio a obtener: un interés público o finalidad pública frente al interés privado de la instalación de un negocio o actividad que requiera la ocupación privativa de un bien demanial.*

En igual sentido se ha pronunciado una resolución, en el expediente 29/2021, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en la que se dice: *puesto que la utilización del dominio público por los particulares puede formalizarse mediante una concesión demanial, mediante una autorización o a través de un contrato administrativo, habrá que concretar cuál es el elemento delimitador para emplear una u otra figura. En este punto concreto, es un criterio consolidado en la jurisprudencia y en la doctrina que, a efectos de determinar cuándo resulta procedente la institución del contrato administrativo y cuando la concesión o la autorización demanial, se haya de atender a un concepto clave como es la prevalencia del interés público del servicio o suministro que se licita mediante un contrato público frente al interés privado de la utilización de la instalación, negocio o servicio que requiera la ocupación privativa de un bien de dominio público. El criterio delimitador entre la figura del contrato administrativo y la concesión demanial no es otro que el interés público.*

Por su parte, la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, vino a establecer una nueva regulación en la materia, habiendo sido transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Entre otras consecuencias, implicó la desaparición del contrato de gestión de servicios públicos, si bien ello no suponía que desapareciera el régimen de servicio público, sino que el mismo queda atendido por el contrato de concesión de

Casa de Cisneros - Plaza de la Villa, 4 - 28005 MADRID
T.: +34 915 887 531 - 914 802 604
oficinacontrafraude@madrid.es

1

Información de Firmantes del Documento

CARLOS GRANADOS PÉREZ - DIRECTOR/A GENERAL
URL de Verificación: https://servint.madrid.es/VECSV_WBCONSULTAINTRA/VerificarCove.do

Fecha Firma: 05/02/2024 11:37:46
CSV : 14H2SDJ0KON5U4F0



servicio. Todo ello sin olvidar, por supuesto, que las concesiones ya adjudicadas a la entrada en vigor de la LCSP se rigen por la normativa anterior.

La definición legal de contrato de concesión de servicios viene establecida en el artículo 5º de la referida Directiva 2014/23, y ha sido recogida en el artículo 15 de la LCSP, en el que se dispone: *1. El contrato de concesión de servicios es aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio. 2. El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo anterior.*

La delimitación del contrato de concesión de servicios viene establecida en el artículo 284 y su régimen jurídico en el artículo 285, ambos también de la LCSP.

Las Administraciones Públicas, y en concreto las Entidades Locales, tienen la posibilidad de utilizar la concesión para gestionar los servicios de su titularidad. Esta posibilidad viene recogida en la regulación que hace el Reglamento de Servicios de las Corporaciones (RSCL), de 17 de junio de 1955, y que mantiene su vigencia en preceptos referidos a dicho tipo de contratos locales.

Los servicios públicos de competencia municipal, y sus formas de gestión, quedan contenidos en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, respecto de las cuales se destaca la redacción que se dio al artículo 85, referido a dicha forma de gestión, tras la aprobación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

En dicho artículo 85 se dispone:

1. Son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias.

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

A) Gestión directa:

.....

B) Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

...

Decidida la gestión del servicio público mediante contrato de concesión, entran en vigor las prerrogativas de la Administración Pública respecto a ellos. El contrato administrativo es un instrumento para la consecución del interés general, conservando la Administración potestades en la fase de ejecución del contrato a fin de asegurar la prestación del servicio, y evitar incumplimientos por parte del adjudicatario. Cobra especial importancia en dicha fase el responsable de ejecución del contrato. Figura introducida por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, con objeto de reforzar el control de cumplimiento del contrato. Del carácter potestativo contenido inicialmente en dicha ley ha evolucionado a un carácter obligatorio en la vigente LCSP.

Casa de Cisneros - Plaza de la Villa, 4 - 28005 MADRID
T.: +34 915 887 531 - 914 802 604
oficinacontrafraude@madrid.es

2

Información de Firmantes del Documento

CARLOS GRANADOS PÉREZ - DIRECTOR/A GENERAL
URL de Verificación: https://servint.madrid.es/VECSV_WBCONSULTAINTRA/VerificarCove.do

Fecha Firma: 05/02/2024 11:37:46
CSV : 14H2SDJ0KON5U4F0



CUARTO.- Especial referencia a los mercados municipales

La evolución legislativa ha introducido cambios relacionados con el sector de los mercados municipales, que ha pasado de considerarse servicio público esencial, conforme a la anterior redacción del artículo 86.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, a tratarse de un servicio afectado por la aplicación de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, lo que supone la liberación de dichos mercados, conllevando la modificación del referido precepto. Sin perjuicio de ello, la ubicación de los mercados municipales en bienes demaniales municipales, vinculan las condiciones de prestación del servicio con el contenido de los pliegos que rigen los contratos administrativos de concesión, siéndoles de aplicación la normas en materia de contratación pública.

El hecho de que ya no estemos ante un servicio público esencial de interés general no implica que la administración titular del bien no tenga que protegerlos y garantizar que el servicio se presta en las condiciones contratadas.

Los expedientes tramitados en esta Oficina Municipal hacen referencia a aspectos relacionados con la fase de ejecución de los contratos, formando parte de ésta el control administrativo sobre la prestación de los servicios. La potestad de fiscalización de la Corporación ya quedaba reflejada en el artículo 127 del Reglamento de Servicio de las Corporaciones Locales que le atribuye la potestad de fiscalizar la gestión del concesionario, a cuyo efecto podrá 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.

La actual LCSP, al regular las prerrogativas de la Administración Pública en los contratos administrativos, en su artículo 190, incluye que el órgano de contratación ostenta las facultades de inspección de las actividades desarrolladas por los contratistas durante la ejecución del contrato, en los términos y con los límites establecidos en la presente Ley para cada tipo de contrato. Ello sin perjuicio de las atribuciones que el artículo 62 de la LCSP encomienda al responsable del contrato, cuando dispone que *con independencia de la unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato que figure en los pliegos, los órganos de contratación deberán 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 aquellos le atribuyan.*

La regulación específica sobre la gestión de los mercados municipales se encuentra recogida, para el término municipal de Madrid, en la Ordenanza de Mercados Municipales (OMM), de 22 de diciembre de 2010.

Los derechos y obligaciones de los concesionarios y de los usuarios quedarán definidos en los pliegos de condiciones que rijan los contratos administrativos, así como por lo dispuesto en la OMM.

QUINTO.- En los expedientes tramitados en esta Oficina Municipal referidos a Mercados Municipales, las cuestiones que han sido planteadas por los denunciantes estaban sustancialmente relacionadas con el funcionamiento de los mercados, sus cuentas anuales, las asambleas de socios adjudicatarios, o con las propias instalaciones del mercado.

Casa de Cisneros - Plaza de la Villa, 4 - 28005 MADRID
T.: +34 915 887 531 - 914 802 604
oficinacontrafraude@madrid.es

3

Información de Firmantes del Documento

CARLOS GRANADOS PÉREZ - DIRECTOR/A GENERAL
URL de Verificación: https://servint.madrid.es/VECSV_WBCONSULTAINTRA/VerificarCove.do

Fecha Firma: 05/02/2024 11:37:46
CSV : 14H2SDJ0KON5U4F0



Se observa que en ocasiones se pretende por parte de los cooperativistas o asociados una intervención municipal más allá de las obligaciones exigibles a la Administración, y algunas de las cuestiones o diferencias que surgen entre ellos habrían de ser sustanciadas ante la jurisdicción civil.

Algunos de los aspectos expuestos en las denuncias estaban estrechamente vinculados al ámbito jurídico privado de las asociaciones o cooperativas adjudicatarias, y por tanto ajenas al contenido de las concesiones administrativas. Estas quedan fuera del ámbito de control y supervisión municipal.

Corresponde al Ayuntamiento la supervisión de la gestión, en cuanto a las obligaciones legales que se establecen en los pliegos contractuales, así como en la ordenanza y en la normativa de aplicación. Así el artículo 30 de la OMM regula el alcance del control permanente de la gestión del servicio público, y prevé que la Corporación podrá supervisar en cualquier momento la gestión del servicio público de mercado. Los concesionarios deberán permitir el acceso de los servicios del órgano competente a las instalaciones, oficinas y documentación relacionadas con la gestión del servicio público. Así mismo, por exigirlo el artículo 31 de la OMM, los concesionarios presentarán al órgano municipal competente, en el primer semestre del año, la memoria de gestión del ejercicio económico inmediatamente anterior, que contendrá, como mínimo, la relación de usuarios de los locales del mercado a 31 de diciembre, las inversiones de conservación o mejora de locales, instalaciones y zonas comunes, las campañas de promoción realizadas y las utilidades de espacios comunes del mercado.

Respecto a las cuentas anuales, el artículo 32 obliga a los concesionarios a presentar al órgano municipal competente, en el primer semestre del año, las cuentas anuales del mercado del ejercicio inmediatamente anterior y, si fueran auditadas, el informe de auditoría. Esta presentación no supondrá la admisión de su corrección o exactitud.

En cuanto a las obligaciones de los concesionarios de conservación y mejora de las instalaciones del mercado municipal, el artículo 25 de la OMM las establece, sin perjuicio de lo que concretamente se dispone en los pliegos que rigen cada concesión. Es importante recordar que para llevar a cabo el cumplimiento de dichas obligaciones han de dotarse de las preceptivas autorizaciones administrativas y licencias urbanísticas o declaraciones responsables que sean precisas conforme a la legislación aplicable.

La OMM contiene un régimen de derecho privado en las relaciones entre el concesionario del mercado y los usuarios de los locales, disponiendo el artículo 17 de la OMM que el Ayuntamiento de Madrid no tendrá relación jurídico-administrativa ni laboral con el personal al servicio de los concesionarios ni con los usuarios de los locales. Si bien, dicho precepto queda complementado con el siguiente texto: *No obstante, lo anterior y dada la naturaleza de servicio público de los mercados municipales, el Ayuntamiento podrá exigir a aquéllos el cumplimiento de las normas que regulen la prestación del servicio, sin perjuicio de la responsabilidad directa de los concesionarios.*

En ocasiones las posturas enfrentadas entre socios podrían afectar al buen funcionamiento del servicio público, y este es un elemento sustancial a tener en cuenta para adoptar todas aquellas medidas, incluso preventivas, que en aras a un beneficio del interés público se pudieran llevar a cabo desde la Administración.

Casa de Cisneros - Plaza de la Villa, 4 - 28005 MADRID
T.: +34 915 887 531 - 914 802 604
oficinacontrafraude@madrid.es

4

Información de Firmantes del Documento

CARLOS GRANADOS PÉREZ - DIRECTOR/A GENERAL
URL de Verificación: https://servint.madrid.es/VECSV_WBCONSULTAINTRA/VerificarCove.do

Fecha Firma: 05/02/2024 11:37:46
CSV : 14H2SDJ0KON5U4F0



SEXTO.- Conclusiones y recomendaciones

1ª En aras del mejor funcionamiento del servicio público, caso de producirse enfrentamientos entre miembros de la Cooperativa del Mercado Municipal, sería recomendable, de considerarse oportuno por el órgano municipal competente, que se extremaran los controles sobre aquellos aspectos exigibles legalmente al Ayuntamiento, en el supuesto de que esto no haya ya sido llevado a cabo.

2ª.- El contrato administrativo es un instrumento para la consecución del interés general, conservando la Administración potestades en la fase de ejecución del contrato a fin de asegurar la prestación del servicio, y evitar incumplimientos por parte del adjudicatario. Cobra especial importancia en dicha fase la figura del responsable de ejecución del contrato. Garantizar un adecuado control de la ejecución, cuando se trate de contratos complejos, puede requerir de estructuras administrativas creadas ad hoc para tal fin, especializadas en la materia objeto de concesión. La transparencia sobre los resultados de dichos controles puede contribuir a mejorar la prestación de los servicios públicos.

3ª.- El Ayuntamiento conserva las funciones de autoridad y policía administrativa, siendo irrenunciable el ejercicio de sus obligaciones de inspección y control.

4ª.- Con carácter general, cuando los pliegos contractuales detallen pormenorizadamente las obligaciones de las partes, el establecimiento de medios de control específicos, así como las consecuencias concretas ante posibles incumplimientos, facilita los posteriores controles durante la ejecución del contrato y contribuye a una mejor prestación de los servicios públicos.

Casa de Cisneros - Plaza de la Villa, 4 - 28005 MADRID
T.: +34 915 887 531 - 914 802 604
oficinacontrafraude@madrid.es

5

Información de Firmantes del Documento



CARLOS GRANADOS PÉREZ - DIRECTOR/A GENERAL
URL de Verificación: https://servint.madrid.es/VECSV_WBCONSULTAINTRA/VerificarCove.do

Fecha Firma: 05/02/2024 11:37:46
CSV : 14H2SDJ0KON5U4F0

