

## **Criterios determinantes de la forma de gestión de los servicios públicos; especial referencia a la remunicipalización de servicios locales**

[07/11/2019](#) - [Estudios y Comentarios](#)

**La potestad de autoorganización venía siendo concebida tradicionalmente como la quintaesencia de la discrecionalidad administrativa. Sin embargo, acontecimientos recientes evidencian un cambio de signo, erigiendo requisitos específicos que condicionan el ejercicio de esta potestad, especialmente en el contexto de la remunicipalización de los servicios públicos, condicionado sus formas de gestión, pero se vislumbran también en otros escenarios, y vaticinan la posibilidad de instaurar requisitos condicionantes de la potestad autoorganizatoria en general (personificación de entidades instrumentales), y de la elección de la forma de gestión de los servicios públicos en particular. [...]**

***Eduardo Gamero Casado es Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad Pablo de Olavide***

**El artículo se publicó en el número 52 de la Revista General de Derecho Administrativo (Iustel, octubre 2019)**

La potestad de autoorganización venía siendo concebida tradicionalmente como la quintaesencia de la discrecionalidad administrativa. Sin embargo, acontecimientos recientes evidencian un cambio de signo, erigiendo requisitos específicos que condicionan el ejercicio de esta potestad, especialmente en el contexto de la remunicipalización de los servicios públicos, condicionado sus formas de gestión, pero se vislumbran también en otros escenarios, y vaticinan la posibilidad de instaurar requisitos condicionantes de la potestad autoorganizatoria en general (personificación de entidades instrumentales), y de la elección de la forma de gestión de los servicios públicos en particular. En este trabajo se exponen cuáles son esos requisitos o condicionantes, con especial consideración de los procesos de remunicipalización, pero con la conclusión final de que estos criterios (los legales ya implantados y otros que se sugieren) deberían ser aplicables a todas las Administraciones públicas, no sólo condicionando la creación de nuevas entidades o los procesos de remunicipalización, sino también propiciando un cribado de las entidades existentes para ajustar su forma de personificación a la que mejor satisfaga el cumplimiento de los fines públicos que se les encomiendan.

### **1. INTRODUCCIÓN. LA REMUNICIPALIZACIÓN DE SERVICIOS: ¿MODA O NECESIDAD? (1)**

En la última década se ha reavivado el debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos, también llamada rescate o recuperación de servicios locales. Se discute si el modo de gestión idóneo es el público o el privado, pero en tales posicionamientos confluyen cuestiones ideológicas, jurídicas, organizativas y económicas. En esta aportación se huye de la aproximación estrictamente ideológico-política, centrandó el foco en el análisis de las restantes, con la premisa de racionalizar la decisión relativa a la configuración organizativa de los servicios públicos, sustentándola en criterios objetivos. Ello no significa hacer prevalecer en todo caso los factores estrictamente económicos y su correlativa vertiente jurídica (como el principio de libre competencia), pues pueden colisionar con otros intereses públicos subyacentes, y en especial, con la garantía de continuidad en la prestación del servicio, debiendo atenderse a una ponderación de los diferentes elementos en examen.

En esas coordenadas, la decisión sobre el modo de gestión del servicio debería prescindir de apriorismos

ideológicos (no es necesariamente mejor lo público o lo privado) y analizar el caso concreto para determinar cuál es la solución idónea en función de las circunstancias. Ello incluye elementos jurídicos, organizativos y económicos, todos los cuales deben ponderarse adecuadamente y quedar suficientemente expuestos en memorias justificativas que respalden la decisión finalmente adoptada.

Aunque los primeros elementos condicionantes de la elección de la forma de prestación de los servicios públicos se han implantado en el régimen local, esta metodología no debería circunscribirse a la actuación de las Entidades locales, pues resulta útil para guiar la organización de los servicios públicos a cualquier escala. La adecuada depuración metodológica de la determinación de la forma de prestación de los servicios públicos, de hecho, debería vincular a todas las Administraciones públicas y condicionar progresivamente su discrecionalidad en la elección de la forma de prestación de los servicios públicos. La legislación estatal apunta ya también algunos de estos elementos en relación con el condicionamiento de la creación de nuevas entidades del sector público.

Una primera precisión terminológica: en este trabajo me refiero a los servicios públicos en sentido lato, amplio o impropio, esto es, a toda prestación de las Entidades locales, ya sea realizada en régimen de reserva (monopolio), ya en el marco de servicios de interés económico general, o como meras prestaciones a la ciudadanía en concurrencia con el mercado.

Por otra parte, eludo abordar en este trabajo la problemática del personal, no debido a la complejidad intrínseca de la cuestión, sino porque se trata de un tema mucho más conocido y estudiado(2).

Como presupuesto del análisis debemos recordar cuáles son las formas de gestión de los servicios públicos locales(3); se encuentran establecidas en el art.85.2 LRBRL:

A) Gestión directa: a) Gestión por la propia Entidad local; b) Organismo autónomo local; c) Entidad pública empresarial local; d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.

B) Gestión indirecta: que consiste en la articulación de contratos administrativos mediante los que se da entrada a la iniciativa privada para que asuma la prestación del servicio(4).

En realidad, introduciendo algunas variables, el abanico de opciones es más amplio de lo que inicialmente se desprende de este precepto. Según la *Guía para la comunicación del coste efectivo de los servicios Ejercicio 2016*(5), en la aplicación articulada para comunicar el coste efectivo se han cargado (y previamente identificado) 14 formas de gestión(6).

La pregunta que nos planteamos es: entre todas estas formas de prestación de los servicios públicos, ¿cuál es la idónea? *¿Queda a la entera discrecionalidad o capricho de la Entidad local optar por cualquier forma de prestación?* ¿Puede  o debe , por el contrario, seguir criterios de alguna clase que orienten o condicionen su decisión? En tal caso, ¿qué criterios son?

La respuesta tradicional es que existe una completa libertad de autoorganización, y que la Entidad local elegirá la forma que prefiera. En la práctica, ello ha dado lugar a etapas u oleadas sucesivas en la elección de la forma de gestión. Limitándonos a recordar las más recientes, desde finales de los años 80 se experimentó un intenso fenómeno de externalización de servicios públicos, propiciado por una serie de factores(7):

- El *incremento exponencial de los servicios públicos*, que no permitía a las Administraciones públicas desarrollar capacidades técnicas suficientes para prestarlos, debiendo acudir a la iniciativa privada.

- Un cierto *sesgo u orientación política*, con clara impronta neoliberal. Parten de la aparente consideración de que la iniciativa privada es más eficiente que la pública.

- Un *mercado maduro*, con compañías de bandera que en su mayor parte prestaban servicios de calidad.

En la actualidad se percibe una reversión del fenómeno, auspiciándose procesos de remunicipalización por diferentes motivos(8):

1) Porque en muchos casos *se reducen los costes efectivos de la prestación* del servicio por parte del sector público, llegando a ser más eficientes que la iniciativa privada. Luego veremos cómo.

2) Por *razones estrictamente políticas* (orientaciones ideológicas). Existen corrientes de pensamiento que postulan la conveniencia de que los servicios públicos se presten por la Administración, y en particular, que los servicios locales sean asumidos directamente por los municipios. Según TORNOS, “La defensa de este nuevo planteamiento, frente al proceso favorable a la externalización de la gestión de los servicios de hasta hace muy pocos años, se sustenta en una ideología que trata de defender lo público frente a lo privado, argumentándose con este fin que el discurso acerca de la mayor eficiencia de la gestión privada es un mito que debe denunciarse(9). Como ha explicado ESTEVE, esas corrientes ideológicas son transversales y no se encuentran adscritas a un determinado segmento u orientación política, sino que se observan en partidos políticos de tendencias muy diferentes(10).

Ahora bien, los hechos demuestran que la calidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos no siempre son mejores cuando los presta uno de los actores, ya sea el público o el privado, sin que pueda afirmarse apodícticamente que un modelo es en todo caso mejor que el otro. Existen ejemplos para todos los gustos: servicios públicos prestados con formas indirectas de manera excelente o pésima; y lo mismo cuando se trata de formas directas. Recientemente lo recordaba CANTERO en relación con los servicios sanitarios (11); o lo ha enfatizado WALLMAN, en relación con un informe del Banco Mundial relativo a los servicios de gestión de agua(12). En sintonía con esta relativización del dogma de la eficacia del sector privado como causa de la externalización, SALVADOR y RAMIÓ nos recuerdan, sintetizando un grupo de estudios empíricos, que la reducción de costes y la mejora de la calidad no siempre son las causas que llevan a la externalización de los servicios públicos(13). Otros autores comparten con los anteriores la necesidad de no prejuzgar estas decisiones por razones ideológicas(14).

3) Por acusaciones de *corrupción en las adjudicaciones de contratos*, lo que invita a eliminar la prestación indirecta de los servicios públicos asumiéndolos la propia Entidad local: en cuanto que no se produce licitación alguna, es imposible que el contrato se adjudique desviadamente por intereses espurios. Es una solución radical basada en el aforismo de que, quien evita la ocasión, evita el peligro.

4) Porque algunas empresas externalizadas han fracasado o se ha ido deteriorando progresivamente la calidad de los servicios que prestan. Ocasionalmente, esos fracasos se han debido a la *transformación de las estructuras económicas*, y en especial a los cada vez más poderosos mercados financieros: frente a la operativa tradicional con empresas de referencia en los diferentes sectores cuyo capital se conformaba mediante un accionariado diversificado, al que le interesaba la continuidad de la empresa y su buena fama reputacional (cuidando la calidad de los servicios), en la actualidad los grandes fondos de inversión toman importantes participaciones en estas compañías con el sólo propósito de obtener la máxima rentabilidad, deteriorándose las políticas corporativas de imagen y cualificación del producto, y reduciéndose las inversiones en mantenimiento y mejoras de infraestructuras y prestaciones de calidad, para obtener el máximo beneficio, lo cual se traduce en un claro deterioro del servicio, que acaba por producir el descontento de la ciudadanía y de los propios gestores públicos, quienes promueven entonces la remunicipalización como una manera de recobrar el control del servicio y garantizar sus niveles de calidad. Todo esto no son meras especulaciones o elucubraciones infundadas, pues existen precedentes que demuestran la realidad del fenómeno, como es el caso de la remunicipalización de las aguas de París(15).

Tampoco parece exacta la ecuación que en ocasiones se establece entre las grandes ciudades y las localidades pequeñas, con arreglo a la cual, en las primeras convendría la privatización por la incapacidad técnica del municipio para prestar servicios de organización compleja (debido a sus dimensiones), siendo preferible la gestión directa en las localidades pequeñas. Sin embargo, esta ecuación no está demostrada, y puede darse el caso de municipios grandes que cuenten con capacidad técnica suficiente para prestar cualquier servicio público al haber atesorado la suficiente experiencia, y municipios pequeños que, por el contrario, sean incapaces de prestar servicios debido al grado de sofisticación que la mayoría de ellos tiene en la actualidad: así, algo que era tan simple como la gestión de residuos exige en este momento una capacidad técnica que sobrepasa la que es propia de estas pequeñas localidades, que se ven abocadas a fórmulas de asociación o de prestación indirecta(16).

Por todo ello, como premisa del análisis, debemos advertir la necesidad de *desprenderse de todo apriorismo ideológico y abandonar cualquier prejuicio, evitando aproximaciones estrictamente ideológico-políticas al asunto*. No se rechaza una mínima consideración del elemento ideológico (pues, en definitiva, el pluralismo político es uno de los valores superiores en la escala axiológica constitucional, y es perfectamente legítimo

que cada opción política despliegue su propio programa electoral), sino que se trata de evitar que constituya el único elemento, o incluso que se convierta en el elemento primordial, a la hora de decidir la forma de prestación del servicio.

*La decisión entre prestación directa (remunicipalización) o externalización debe obedecer a un proceso racional en el que se determine cuál es la forma idónea de prestación del servicio por razones primordialmente organizativas y técnicas. Esta decisión debe sustentarse en la aplicación de una serie de criterios que identifiquen en cada caso cuál es la forma idónea de prestación del servicio.*

A continuación analizaremos, entremezcladamente, dos tipos de criterios:

- Los que, por una parte, condicionan la elección de la forma de prestación, estableciendo límites infranqueables (p.ej., limitaciones derivadas del Derecho europeo de la contratación pública)
- Por otra parte, los que constituyen criterios o directrices de carácter estrictamente técnico y organizativo, que deben guiar y orientar la decisión para que la elección final de la forma de prestación será la idónea en función del cúmulo de circunstancias que se deben tomar en consideración.

## **2. ELEMENTOS QUE CONDICIONAN LA ELECCIÓN ENTRE FORMAS DIRECTAS E INDIRECTAS DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO LOCAL [\(17\)](#)**

### **2.1. Criterios de eficiencia y sostenibilidad**

El art.85.2 de la Ley 7/1985, reguladora de las bases del régimen local (en lo sucesivo LRBRL), condiciona decisivamente el margen de decisión de las Entidades locales, estableciendo que “los servicios públicos locales habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente entre las enumeradas a continuación”.

La verificación de la sostenibilidad y la eficiencia no es arbitraria o caprichosa: se articula mediante una concreta metodología que analizaremos más adelante.

Este precepto fue introducido por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL). Es, por tanto, relativamente reciente. Supone el primer hito de una tendencia que iremos verificando en este trabajo: la transformación de la discrecionalidad pura preexistente en lo relativo a la elección de la forma de gestión, en una discrecionalidad técnica, que admite un margen de tolerancia o apreciación, pero que se encuentra fuertemente condicionada mediante la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados. Una tendencia que ya ha sido señalada por muchos autores; así, VILLAR ROJAS destaca que la potestad de elegir entre gestión directa e indirecta se convierte en unas reglas predeterminadas por la ley que dan preferencia a las formas de gestión indirecta, quedando la gestión directa como una excepción requerida de justificación(18); en la misma línea se manifiestan otros autores(19).

En este punto la intensidad de la vinculación no es excesivamente constrictiva, al limitarse a esos dos conceptos (sostenibilidad y eficiencia); pero representa un significativo primer paso, que restringe perceptiblemente la previa libertad de opción de que gozaban las Entidades locales. La opinión generalizada es que, mediante esta afirmación la Ley condiciona o limita especialmente las fórmulas directas y considera que las indirectas, de entrada, satisfacen más fácilmente esos principios. Curiosamente, los estudios empíricos realizados sobre la forma de prestación de los servicios públicos demuestran que la externalización ha venido siendo la fórmula elegida *por defecto*, ante las rigideces del modelo de gestión directa y, como afirman RAMIÓ y SALVADOR, más allá de las diferencias político-ideológicas, que, a su decir, no son significativas(20).

Más tarde volveremos sobre estos conceptos para comprobar cómo limitan la libertad de actuación de las Entidades locales.

### **2.2. Ejercicio de potestades administrativas**

El art.85.2 *in fine* LRBRL: establece que no se pueden prestar mediante formas de gestión indirecta servicios públicos que impliquen ejercicio de funciones que corresponden en exclusiva a funcionarios públicos(21).

Como señala MARTÍNEZ-ALONSO(22), este novedoso precepto guarda conexión con el art.9.2 EBEP(23),

por el que se reserva a los funcionarios públicos las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado(24).

En este contexto, no está de más recordar que los arts.2.2 b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (LPAC), y de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, declaran sujetos a dichas Leyes a las entidades de Derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones públicas cuando ejerzan potestades administrativas.

Para evidenciar las consecuencias que este tipo de disposiciones suponen sobre la forma de prestación de los servicios públicos y, en definitiva, sobre la forma de personificación de las entidades del sector público, no está de más observar lo que viene sucediendo en materia de subvenciones. El Tribunal Supremo ya había declarado que el otorgamiento de subvenciones constituye el ejercicio de una potestad administrativa(25). Tras la LPAC, no en vano, la disposición adicional 26ª de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones(26), declara que las entregas dinerarias sin contraprestación de entidades del sector público sujetas al Derecho privado tienen la consideración de subvenciones, por lo que “Su concesión y demás actuaciones contempladas en esta Ley constituirán el ejercicio de potestades administrativas a los efectos previstos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, quedando sometidas al mismo régimen jurídico establecido para las subvenciones concedidas por las Administraciones Públicas”. Este orden de cosas está conduciendo a que las Administraciones públicas implanten un esquema de tramitación circular cuando ha asignado el otorgamiento de subvenciones a entidades del sector público con personalidad jurídico-privada, de tal manera que en el seno de esta última se lleva a cabo un primer cribado del expediente y, caso de ser favorable, se eleva a la entidad de Derecho público o Administración matriz para que informe favorablemente por parte de un funcionario, con lo cual se vuelve a revisar todo el expediente, duplicando el trabajo; una vez emitido el informe favorable, la entidad instrumental procede a resolver definitivamente el expediente, otorgando la ayuda(27).

La articulación de los instrumentos mediante los que preservar el ejercicio de potestades administrativas a los funcionarios complica de tal manera el procedimiento que el resultado final es muy ineficiente: la creación de entidades instrumentales de Derecho privado, que se concebía como una manera de agilizar la gestión y mejorar la eficacia, finalmente se convierte en una complicación innecesaria, incrementando los trámites del procedimiento y ralentizando la gestión. Este resultado, en definitiva, invita a abandonar las formas de gestión indirecta o las directas con entidades de Derecho privado y ejercer la función mediante entes instrumentales con personalidad jurídico-pública o directamente por la Administración matriz.

### **2.3. Derecho de la contratación pública: encargos a medios propios y rescate anticipado**

El régimen de la contratación pública supone ciertas limitaciones a la hora de decidir la forma de gestión de los servicios. No me refiero a los tipos de contratos (concesión de servicios o servicios), que simplemente obligan a cambiar y adaptar el régimen de fondo; sino de las restricciones que este marco normativo implanta la Ley 9/2017, de 7 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP) como consecuencia de lo establecido en las directivas de cuarta generación. Como es sabido, este régimen pretende fomentar la competencia como medio para mejorar la eficacia y la eficiencia, de manera que el servicio se preste en condiciones de mercado aun cuando se haga con medios propios personalizados. Se trata de un grave problema de gestión, especialmente acuciante para las Entidades locales, pero no es posible tratarlo aquí con la profundidad que requiere: bate con señalar la concurrencia de este indudable condicionante de la forma de prestación del servicio, ampliamente analizado en la bibliografía especializada(28).

En otro orden de consideraciones, existen limitaciones derivadas del Derecho de contratos acerca del rescate anticipado por razones de oportunidad. A decir de la doctrina (GIMENO(29), TORNOS(30)), constituye materialmente una expropiación, y se debe indemnizar al contratista por todo el valor del negocio cuyo despojo soporta: el coste de las obras por todo el plazo pendiente de amortizar (compensación de amortización), y la pérdida de beneficios empresariales por referencia a las anualidades que resten para completar el plazo de concesión (compensación industrial). Estas coordenadas deben ser cuidadosamente valoradas por las Entidades locales cuando sopesen rescatar un servicio anticipadamente a fin de asumir su prestación directa, considerando el sobrecoste que supone el pago de esta indemnización. A raíz de estos condicionantes, parece más sensato aguardar la aparición de ventanas que permitan la remunicipalización

sin este coste añadido, cuando el contrato se extinga y sea preciso plantearse la nueva forma de prestación.

Por lo demás, el art.294 c) LCSP establece que “El rescate de la concesión [de servicios] requerirá además la acreditación de que dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional”. Estos conceptos, sobre cuyo alcance material volveremos después (§ 3.1) suponen un criterio condicionante de la opción que siga la Administración concedente a la hora de acordar el rescate del servicio, condicionando, por tanto, su forma de prestación.

#### **2.4. Gastos de la contratación**

El mero hecho de articular formas de prestación indirecta, y en particular, de externalizar el servicio mediante su contratación con empresas privadas, supone, de suyo, una serie de costes añadidos.

En este sentido, el gasto más significativo es el IVA, que el contratista repercute a la Administración y ésta no siempre se puede compensar, en tanto que, si el servicio se presta de forma directa, la Entidad local está exenta el pago del impuesto (art.7.8º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del impuesto sobre el valor añadido; tanto si se trata de prestación indiferenciada por la propia Entidad local, ya sea encargo a medios propios). En efecto, las Administraciones públicas soportan más IVA del que repercuten, por lo que no pueden compensarse el impuesto que grava la contratación del servicio, que se convierte así en un coste inevitable cuando se opta por fórmulas de prestación indirecta. Esta partida supone, de hecho, un considerable porcentaje del precio final del contrato, alcanzando decenas e incluso centenares de miles de euros a poco que se trate de una prestación compleja o masiva. Esta circunstancia se traduce, a su vez, en el hecho de que el ahorro del IVA ha acabado por convertirse en un argumento nuclear para justificar la remunicipalización de los servicios, al tratarse de la partida de ahorro más clara y jugosa de cuantas pueden documentarse en el expediente. Es más, no es raro que los Interventores, cuando emiten el Informe que preceptivamente emiten en estos expedientes, expongan que las ventajas obtenidas por la remunicipalización se basan más en la diferencia de tratamiento fiscal y su correlativo ahorro, que en una mayor eficiencia en la organización del servicio.

En segundo lugar, deben ponderarse los gastos de licitación del contrato. Por una parte, es posible que la Administración requiera de asesoramiento técnico para elaborar los pliegos, si se trata de una contratación compleja para la que no disponga de la suficiente capacidad, de tal manera que requiera suscribir un contrato de servicios para el asesoramiento en la elaboración de los pliegos. La tramitación del expediente conlleva también otros gastos, de publicidad, de gestión (medios humanos y materiales implicados en el procedimiento) y de formalización.

Por último, entran en escena los gastos derivados de la fiscalización de la prestación del servicio por el contratista, mediante la dirección técnica u otros medios de control de la ejecución del contrato.

Todos estos gastos no se producen cuando el servicio se presta directamente por la Entidad local. Bien es cierto que el ahorro de estos gastos no es neto, pues en caso de prestación directa también se aplican medios humanos y materiales al control de la actividad. Pero, en cualquier caso, no puede soslayarse la concurrencia de estos gastos entre los factores a valorar cuando se pretende elegir racionalmente la forma de prestación del servicio.

#### **2.5. Inversiones requeridas por el servicio y disponibilidad financiera para afrontarlas**

La necesidad de afrontar inversiones que mejoren la calidad del servicio, o incluso que sencillamente le devuelvan el nivel mínimo de prestación requerido tras un período de desidia por parte de los gestores que haya deteriorado los equipamientos que se le encuentran afectos, puede ser un factor que determine la conveniencia de externalizarlo, imponiendo al contratista la realización de las nuevas inversiones necesarias como parte del contrato.

En efecto, en la Introducción ya se expuso que la conformación actual de los mercados ha variado mucho las estructuras económicas propiciando la irrupción de actores que persiguen, ante todo, la consecución del máximo beneficio<sup>(31)</sup>. A esto se le pueden añadir supuestos en los que simplemente haya una mala gestión de las infraestructuras por parte de la empresa adjudicataria (sin el ánimo de optimizar el beneficio, sino tan sólo omitiendo las buenas prácticas que requeriría la actividad empresarial), que se desentienda tanto de las

actuaciones de mantenimiento, como de la previsión de inversiones que hagan sostenible el servicio público en el futuro. Cabe pensar, asimismo, en una defectuosa previsión de los pliegos, cuando en los mismos no se hayan contemplado adecuadamente las necesidades de inversión que requiere el servicio para garantizar su adecuada prestación en el futuro. O también es posible plantearse un incremento imprevisto en la demanda del servicio, que conduzca a la insuficiencia de las infraestructuras previas y haga necesaria una inversión no prevista en el contrato. Y para concluir, cabe asimismo imaginar algún cambio regulatorio (p.ej., en materia de tratamiento de aguas residuales) que obligue a afrontar una inversión no prevista en el contrato y evidencie la necesidad de reinternalizar el servicio para determinar el modo en el que se llevará a cabo esa adaptación de las infraestructuras al nuevo marco normativo.

## **2.6. Complejidad técnica del servicio y capacidad municipal**

En ocasiones la prestación del servicio puede exigir que se disponga de técnicas o de capacidades que superan las de la Entidad local. Esto puede deberse tanto a la complejidad intrínseca del servicio o a la dimensión que adquiere respecto a las capacidades de la propia Entidad local.

Estas capacidades pueden ser de muy diferente tipo: principalmente, de conocimientos técnicos suficientes para afrontar con solvencia la organización, gestión y prestación del servicio. Pero también puede deberse a la carencia de la tecnología necesaria para la gestión del servicio, en particular, cuando su manejo también requiera de conocimientos técnicos y ni siquiera mediante la adquisición de la tecnología dispondría la Entidad local de capacidad suficiente para prestar el servicio. Por último, puede tratarse de medios humanos, cuando la prestación del servicio requiera un importante volumen de efectivos, o cuando simplemente no resulte posible contratarlos a la Entidad local por causa de las restricciones existentes en materia de empleo público, en cuyo caso, la externalización del servicio permitiría la dotación de esos nuevos puestos de trabajo por parte de la empresa adjudicataria, sin incorporación a la plantilla de la Entidad local.

A la hora de decidir la forma de gestión, el municipio debe valorar sus propias capacidades y optar por la solución más eficiente, en aras a la calidad de la prestación.

Ahora bien, no siempre será necesario externalizar la totalidad del servicio, sino que cabe plantearse la externalización tan sólo de los aspectos para los cuales la Entidad local carezca de capacidad.

## **2.7. Variables a considerar desde la óptica de la competencia**

Antes de decidir si un servicio se presta mediante fórmulas de prestación indirecta es preciso verificar que en el mercado exista competencia efectiva, y además preservarla, para evitar que el resultado final sea contrario al objetivo de mejorar la eficiencia(32).

Cuestión escasamente analizada hasta hoy, pero reciente y brillantemente estudiada por COLOMÉ y GRAU (33). Las autoras han identificado siete factores que las EELL deben tomar en consideración a fin de decidir si optan por una fórmula de gestión directa o indirecta. A saber:

- Disponibilidad de *competencia efectiva en el mercado* (número suficiente de empresas susceptibles de licitar).
- Que la *calidad del servicio sea fácil de medir*, y que la Administración disponga de una unidad capacitada para supervisar su prestación.
- *Inexistencia de costes elevados a la entrada* (es decir, que los costes para el inicio de la actividad no sean elevados) *y/o de costes hundidos* (no fácilmente recuperables). Si tales costes existen se reducirá la competencia efectiva.
- *Correcta distribución del riesgo e información abundante* sobre el mismo: debe ser transparente la identificación del riesgo y ventura (u operacional) que asume el contratista; caso contrario es posible que no haya competencia efectiva (licitadores dispuestos a asumir un riesgo incierto).
- Posibilidad de conceder *autonomía sobre los costes de prestación* del servicio (p.ej., costes salariales): si se concede esa autonomía, se favorece la presentación de ofertas competitivas.

- *Limitación de la posibilidad de modificar el contrato*, porque ello altera la competencia (como sabemos, la nueva LCSP restringe mucho el *ius variandi*).

- *Que los servicios se financien primordialmente por los usuarios*.

De manera más sintética, la Comisión Nacional de la Competencia también se pronunció en un sentido análogo con ocasión del Informe emitido respecto al Anteproyecto de la LRSAL(34).

La Entidad local debe valorar todos estos factores y determinar si, en el servicio analizado, se darían condiciones adecuadas de competencia en el caso de articular fórmulas de prestación indirecta.

En la medida que se tema la inexistencia de competencia efectiva puede ser disfuncional optar por la gestión indirecta, pues las ofertas que se reciban serán menos competitivas, y las prestaciones menos eficientes (ante la posición de monopolio de facto del prestador)(35).

### **3. ELEMENTOS QUE CONDICIONAN CONCRETAMENTE LAS FORMAS DE PRESTACIÓN DIRECTA**

#### **3.1. Criterios de preferencia por la prestación mediante organización indiferenciada u organismo autónomo frente a EPE o sociedad mercantil**

Como ya hemos indicado anteriormente, el art.85.2 A) pár.2º LRBRL parece sentar una preferencia por las fórmulas de gestión indiferenciada o mediante organismo autónomo frente a las entidades públicas empresariales o las sociedades mercantiles(36). El artículo dispone:

Solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) [Entidad pública empresarial local] y d) [Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública] cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) [Gestión directa] y b) [Gestión por la propia Entidad local], para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Además, deberá constar en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al Pleno para su aprobación en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como, el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados”.

El precepto fue introducido por la LRSAL en 2013. El Tribunal Constitucional ha revalidado la constitucionalidad de las opciones legales establecidas en este precepto. En la STC 41/2016, fj.14(37), recoge tan sucinta como expresivamente las consecuencias que el precepto establece (limitación de las competencias autonómicas y locales, y en especial, de la potestad de autoorganización de las Entidades locales), como los argumentos que avalan la constitucionalidad de la opción legal:

“Conforme a la nueva redacción del art. 85.2 LRBRL, los <<servicios públicos de competencia local>> deben gestionarse <<de la forma más sostenible y eficiente>>. A su vez, en lo concerniente a la gestión directa, tienen preferencia unas soluciones sobre otras. El recurso a la entidad pública empresarial o a la sociedad mercantil local cabe solo si resulta más sostenible y eficiente que la gestión mediante organismo autónomo o por la propia Entidad local -a partir de criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión- y si se cumplen determinadas exigencias formales, entre ellas, un informe del interventor local sobre su sostenibilidad financiera conforme al art. 4 de la Ley Orgánica de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

Bajo la óptica de las Comunidades Autónomas, esta regulación impone limitaciones a la legislación autonómica del régimen local que deben reputarse básicas. () La nueva ordenación básica responde a la finalidad de evitar la proliferación de personificaciones instrumentales o, más precisamente, de asegurar la sostenibilidad financiera y eficiencia de las que se creen; con independencia de la eficacia real del instrumento, expresa una opción, no solo legítima, sino estrechamente vinculada a determinados mandatos constitucionales (arts. 31.2, 103.1 y 135 CE)”.

El precepto en examen establece, por un lado, los criterios que condicionan la forma de prestación de los servicios locales; y por otro lado, los trámites que se deben seguir para elegir la forma de prestación, garantizando que con ocasión de tales trámites se tomen en consideración dichos criterios. En este sentido.



interesa destacar que sólo es preciso justificar expresamente la decisión adoptada en dos casos: 1) Cuando se cree una nueva entidad instrumental en lugar de utilizar directamente los servicios locales, lo cual conlleva a su vez la innecesariedad de motivación para disolver una entidad instrumental y reasumir el servicio por los órganos territoriales cuando se opte por fórmulas de gestión directa(38); 2) Cuando se opte por una forma de prestación directa respecto de un servicio que venía prestándose mediante formas de prestación indirecta (remunicipalización).

Los criterios que establece el artículo son la eficiencia y la sostenibilidad, a cuyo efecto se deben tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión(39). Se trata de conceptos que cada vez se encuentran más ampliamente estudiados y depurados por la ciencia económica, y si bien no dejan de mostrar un ámbito de discrecionalidad técnica (en cuanto que suponen la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados), su metodología de cálculo va asentándose progresivamente.

### **3.2. Coste efectivo de prestación**

Es un nuevo concepto acuñado por la LRSAL que ha adquirido en poco tiempo un gran peso para adoptar decisiones relativas a la organización de los servicios públicos locales. Inicialmente tenía prevista una función concreta(40), pero *a posteriori* se ha convertido en un elemento transversal que constituye un importante argumento a tomar en consideración cuando se deben tomar decisiones relativas a la forma de prestación de los servicios locales.

Así, el art. 116 *ter* LRBRL, que tenía inicialmente asignada una misión específica(41), ha pasado a convertirse en una herramienta transversal útil para ayudar a decidir la forma más adecuada de prestación de los servicios locales. Establece la obligación de que todas las Entidades locales calculen, y comuniquen al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas antes del 1 de noviembre de cada año, el coste efectivo de los servicios que prestan, partiendo de los datos contenidos en la liquidación del presupuesto general y, en su caso, de las cuentas anuales aprobadas de las entidades vinculadas o dependientes, correspondiente al ejercicio inmediato anterior. El coste efectivo tendrá en cuenta los costes reales directos e indirectos de los servicios conforme a los datos de ejecución de gastos, para lo cual se remite a una Orden del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la que se desarrollan los criterios de cálculo.

En cuanto a su metodología de determinación(42), tiene su origen remoto en la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA)(43). Para la aplicación del art.116 *ter* LRBRL, y en ejercicio de la habilitación reglamentaria antes aludida, se ha desarrollado esta metodología específica mediante la [Orden HAP/2075/2014, de 6 de noviembre](#), por la que se establecen los criterios de cálculo del coste efectivo de los servicios prestados por las Entidades locales. Mediante [Resolución de 23 de junio de 2015, de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local](#), se especifican los elementos incluidos en los anexos de la citada Orden HAP/2075/2014. Adicionalmente, con fecha 1 de octubre 2015, en la Oficina Virtual para la Coordinación Financiera con las Entidades locales, dependiente del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, se publicó una Guía donde se detalla la información a comunicar en relación con el coste relativo a los servicios prestados durante el ejercicio 2014; y con fecha 9 de octubre se abrió la aplicación para remitir dicha información al Ministerio.

La metodología de cálculo del coste efectivo contempla variables según se trate de fórmulas de prestación directa o indirecta. Por tanto, la determinación del coste efectivo podría ser también un instrumento útil para optar entre formas de gestión directa o indirecta, y no sólo para elegir entre formas de gestión directa.

En sus pocos años de vida se ha normalizado plenamente su aplicación y constituye una excelente fuente de información acerca de la eficiencia de los servicios públicos locales.

El coste efectivo es una herramienta muy útil. Dispone de instrumentos de aplicación suficientemente desarrollados. En la actualidad puede discutirse y depurarse su metodología, y en particular, su punto más débil: no todos los servicios locales son homologables entre sí, pues en unas Entidades locales incluyen más prestaciones o mejor calidad, y en otras Entidades locales se ofrecen menos prestaciones o son de peor calidad. Hay que afinar las reglas de cálculo para que esas diferencias puedan reflejarse adecuadamente.

Pero, una vez asentado y demostrada su operatividad, no puede ignorarse ni rechazarse la estimación del coste efectivo como herramienta para racionalizar la prestación de los servicios públicos locales.

### **3.3. Procedimiento: motivación del cumplimiento de estos requisitos en diferentes memorias**

En cuanto a los trámites orientados a garantizar la consideración de tales criterios condicionantes con ocasión de la decisión sobre la forma de prestación del servicio, se deben seguir los siguientes(44):

1. *Memoria justificativa de la forma de gestión elegida*, en la que además se incluyan los trámites siguientes.

a) *Informe sobre el coste efectivo* de prestación del servicio. Sobre este importante concepto volveremos enseguida.

b) *Informe del interventor sobre sostenibilidad financiera*, conforme al art.4 LO 2/2012 de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

c) *Informe sobre los aspectos social, jurídico, técnico y financiero* (art.97.1 TRRL).

2. *Información pública de la memoria*, ante la que pueden formular observaciones los ciudadanos

3. *Elevación al Pleno* de la memoria para su aprobación.

Este precepto marca el camino sobre el que queremos insistir: la necesidad de racionalizar la decisión relativa a la forma de prestación del servicio a partir de criterios objetivos y no de aproximaciones dogmáticas o apriorísticas. Obliga a valorar importantes parámetros antes de decidir. Y condiciona con ello decisivamente la libertad de autoorganización de las Entidades locales. Sirve, por otra parte, a los fines de controlar después el cumplimiento efectivo de los criterios determinantes de la forma de prestación, mediante el análisis de la motivación contenida en las memorias.

### **4. CONSECUENCIAS DE LA INSTAURACIÓN DE ESTOS CRITERIOS SOBRE EL CONTROL DE LA ELECCIÓN DE LA FORMA DE GESTIÓN**

El análisis de las recientes reformas evidencia que las EELL no tienen ya plena libertad de elección entre todas las formas de prestación de los servicios públicos. No se trata de una cuestión ideológica o política, sino de una elección que debe regirse por criterios de racionalidad y condicionen la forma de prestación dentro de un cierto margen de apreciación(45).

Las recientes reformas apuntan a que la discrecionalidad pura que presidía la cuestión se está transformando en una discrecionalidad técnica. En este sentido afirma ESTEVE PARDO: “El modo de gestión que se adopte ha de ser el más sostenible y eficiente de entre los que ofrece la legislación. () el marco legal () pasa a estar dominado por los conceptos jurídicos indeterminados sostenibilidad y eficiencia”(46), habiéndose llegado incluso a hablar de obligación(47).

La consecuencia inmediata, según el propio autor, es la impugnabilidad de los acuerdos municipales y su control por la Jurisdicción contencioso-administrativa; así lo establece expresamente el art.86.3 LRBRL, que atribuye a la Administración General del Estado la facultad de impugnar estos acuerdos. Ello se ha traducido en una cascada de impugnaciones por parte de todas las Subdelegaciones del Gobierno, contándose por docenas los recursos contencioso-administrativos que se vienen ventilando en la cuestión.

La temática principal viene siendo la infracción de los límites de la tasa de reposición del personal; materia de gran tecnicismo y complejidad sobre la que no es momento de abundar ahora(48). Pero también existen sentencias que anulan la remunicipalización por falta de justificación, esto es, por la inexistencia de motivos suficientemente expuestos en las memorias de secretarios e interventores municipales que respalden la concurrencia de los criterios de eficacia y sostenibilidad que condicionan la elección de la forma de prestación del servicio público(49); así como otras que avalan la procedencia de la remunicipalización en el hecho de que queda justificado el respeto de los principios de sostenibilidad financiera y estabilidad presupuestaria, así como con la regla de gasto, confirmando la legalidad de los acuerdos de remunicipalización(50).

Por el contrario, con ocasión de estos recursos, en la mayoría de los casos se está verificando el cumplimiento de las directrices normativas, y consiguientemente, la veracidad y suficiencia de los informes

que acreditan que la forma de prestación elegida es la más eficiente y sostenible. Es la mejor prueba de que estos instrumentos están funcionando ya, resultan operativos, y de lo que se trata ahora es de consolidarlos, depurando las deficiencias que aún presentan. En este sentido, el principal criterio de racionalidad que se viene manejando hasta ahora es el económico, no el de la calidad(51); valoración que comparto, si bien pienso que los criterios vinculantes de la forma de prestación de los servicios públicos no deben ser estrictamente económicos, sino que es preciso ponderar el conjunto de factores expuestos a lo largo de este trabajo y articularlos de manera ordenada y racional en un procedimiento que permita valorarlos en su conjunto, concediendo diferente peso a cada uno de ellos según el ámbito funcional de que se trate.

## **5. CONCLUSIÓN: CONVENIENCIA DE QUE LOS CRITERIOS QUE CONDICIONAN LA FORMA DE PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS CONSTITUYAN REQUISITOS NECESARIOS PARA DECIDIR LA CONCRETA FORMA DE ORGANIZACIÓN DE TODO EL SECTOR PÚBLICO**

Analizada la operativa de los criterios de racionalidad implantados en el régimen local para orientar y condicionar las formas de prestación de los servicios públicos, el inevitable salto subsiguiente es aplicar este acervo al conjunto del sector público, sin limitarlo al ámbito de las Entidades locales.

De hecho, ya hay otros preceptos en nuestro Ordenamiento que apuntan a esta dirección. Así, los arts.91 y 92 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (LRJSP) establecen que la creación de un organismo público (estatal y local), debe incluir un Plan Inicial de Actuación cuyo contenido mínimo incluye realmente una serie de directrices y condicionamientos a la creación del nuevo ente(52). El precepto racionaliza la toma de decisión acerca de la forma de personificación de una entidad del sector público con arreglo a criterios objetivos, evitando la arbitrariedad y la profusión de entidades-fantasma o ineficientes. Ahora bien, sólo se aplica a la creación de organismos públicos (organismos autónomos y entidades públicas empresariales), del Estado y de las Entidades locales, pero no a otras entidades del sector público (sociedades mercantiles, consorcios, fundaciones, etc.), ni tampoco a las dependientes de las Comunidades Autónomas. Tampoco se prevé un cribado de las entidades existentes para verificar su adecuación a los postulados de este precepto, aunque obligue a aprobar el plan anual de actuaciones, sin el cual no se podrán realizar transferencias a favor del organismo (art.92.2 LRJSP).

En mi opinión, deberían remediarse estas limitaciones y en su virtud, y tomando en consideración los criterios anteriormente apuntados para la determinación de la forma idónea de prestación de los servicios públicos, que los instrumentos articulados en el art.85.2 A) pár.2º LRBRL y en los arts.91 y 92 LRJSP, sean vinculantes para todas las Administraciones públicas ante cualquier decisión relativa a la forma de gestión de los servicios públicos. A partir de ahí se debería proceder a una completa reordenación del sector público, acomodando la forma de personificación de cada entidad con arreglo a un análisis racional mediante la aplicación de los factores y criterios anteriormente apuntados en este trabajo.

Todo ello no es sino corolario del principio de buena Administración (que por lo demás luce ahora expresamente en el art.3 LRJSP), como ya postuló en relación con este problema PONCE SOLÉ(53).

## **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALEMANY GARCÍAS, J. (2018): *La recuperación de los servicios públicos locales*. Civitas-Thomson-Reuters: Cizur Menor.

AMOEDO SOUTO, C.A. (2018): “Los encargos a medios propios e instrumentales: ¿hacia un nuevo comienzo?”, en GIMENO FELIU, J.M.: *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, pp.369-410. Cizur Menor: Aranzadi-Thomson-Reuters.

BUESO GUIRAO, E. y PÉREZ MIRA, J.M. (2016): *Efectos en el sector público local de la Ley para la Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*. Dykinson: Madrid.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F. (2017): “A modo de introducción”, en VV.AA.: *Servicios públicos e ideología*, Profit editorial, Barcelona, pp.23-40.

CARRASCO DÍAZ, D.; BUENDÍA CARRILLO, D.; y LLORENTE MUÑOZ, V. (2016): “Síntesis y análisis del

coste efectivo de los servicios públicos”, *Auditoría Pública*, n.º 67, 2016, pp.39-49.

CASTILLO BLANCO, F. (2017): *La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*, Diputación de Barcelona: Barcelona.

CASTILLO BLANCO, F. (2018): “La problemática reversión de los servicios públicos locales a la gestión directa”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n.º14, pp.14-35.

COLOMÉ NIN, A. y GRAU ARNAU, A. (2017): “Remunicipalización de servicios locales y competencia”, *Cuadernos de Derecho Local*, n.º 43, pp.124-158.

ESTEVE PARDO, J. (2017): “Perspectivas y cauces procedimentales de la remunicipalización de servicios”, *Revista de Administración Pública*, n.º 202, p.305-336.

FARFÁN PÉREZ, J.M. y VELASCO ZAPATA, A. (2018): *Estabilidad presupuestaria, regla de gasto y sostenibilidad financiera de las Entidades locales*. Wolters Kluwer: Madrid.

FORTES MARTÍN, A. (2017): “El nivel óptimo de prestación del servicio municipal de recogida de residuos domésticos”, en T. FONT LLOVET y J.J. DÍEZ SÁNCHEZ: *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión*, Actas del XXI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Benidorm-Alicante, 16-28/5/2016, pp.327-340.

GAMERO CASADO, E. (2017): “La estructura de la legislación sobre procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público y sus criterios de aplicación”, en la obra dirigida por el mismo autor, *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico del sector público*, tomo 1, pp.153-263. Tirant lo Blanch: Valencia.

GIMENO FELIÚ, J.M. (2017): “La remunicipalización de servicios públicos locales: la necesaria depuración de conceptos y los condicionantes jurídicos desde la óptica del Derecho europeo”, *Cuadernos de Derecho Local*, n.º 43, pp.31-78.

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L. (2014): “El sector público local: redimensionamiento y gestión de actividades y servicios públicos”. En CARRILLO DONAIRE, J.A. y NAVARRO RODRIGUEZ, P. (Coords.), *La reforma del régimen jurídico de la Administración local*, p.581-659. El Consultor-La Ley Wolters Kluwer: Madrid.

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L. (2018): “Los debates sobre los servicios públicos locales: estado de la cuestión”, *Revista catalana de dret públic*, n.º57, pp.72-96.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M. (2017): “La remunicipalización de servicios”, *El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados*, n.º.9/2017, pp. 1195-1212.

MESTRE DELGADO, J.F. (2011): “Las formas de prestación de los servicios públicos locales. En particular, la concesión”, en MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.): *Tratado de Derecho municipal*, pp.1943-2048. Iustel: Madrid.

MONTES SEBASTIÁN, B. (2018): “Los supuestos de cooperación vertical como excepción en la aplicación de la normativa de contratación pública: los encargos a los medios propios personificados”, *Gabilex. Revista del Gabinete Jurídico de Castilla y León*, n.º 15, pp.15-75.

MONTOYA MARTÍN, E. (2014): “Medidas de redimensionamiento del sector p´blico local antes y después de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 36.

NIETO GARRIDO, E. (2014): “La reforma de las entidades instrumentales por la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 165, pp.103-146.

NOGUERA DE LA MUELA, B. (2018): “Cooperación vertical: los encargos a medios propios o servicios

técnicos”, en GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I., *Tratado de contratos del sector público*, Tomo I, pp.665-713. Tirant lo Blanch: Valencia.

PONCE SOLÉ, J. (2016): “Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y Derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 40, pp.68-108.

RAMIÓ, C. y SALVADOR, M. (2012): “Provisión de servicios públicos en el contexto de la Administración local en España. El papel de los factores políticos institucionales y la externalización de los gobiernos locales”, *Gestión y política pública*, vol.XXI, n.º 2, pp.375-405.

SALVADOR, M. y RAMIÓ, C. (2007): “Los referentes internacionales en los procesos de externalización de servicios públicos: experiencias y cuestiones clave”, *Revista Vaca de Administración Pública*, n.º 77, 2007, pp.177-206.

SINAÏ, A. (2014): *L'eau à Paris: retour vers le public*. Eau de Paris: Paris.

SOSA WAGNER, F. (2008): *La gestión de los servicios públicos locales*. Madrid: Civitas.

TORNOS MAS, J. (2016): “Servicios públicos y remunicipalización”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, nº 76, pp.51-76.

TORNOS MAS, J. (2016a): “La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 58-59, pp.32-49.

VILLAR ROJAS, F. (2016): “Implicaciones de los principios de sostenibilidad y estabilidad presupuestaria en los modos de gestión de los servicios públicos locales”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 58-59, pp.96-106.

WOLLMANN, H.: “La experiencia de los ordenamientos europeos: ¿un retorno a las gestiones públicas/municipales?”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 31, 2013, p.70-81.

## NOTAS:

(1). Este trabajo tiene su origen en la ponencia pronunciada en las Jornadas de Derecho Administrativo organizadas en Coimbra por el Instituto Jurídico de su Universidad y el Instituto García Oviedo de la Universidad de Sevilla, los días 21 y 22 de septiembre de 2018. Se encuadra en el Proyecto de investigación de excelencia DER2017-87955-P “El ejercicio de potestades administrativas como criterio de aplicación del Derecho administrativo: especial consideración de las entidades privadas del sector público”, concedido por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

(2). Aunque no se encuentre exento de polémica. Por tanto, la razón de que no se aborde aquí no es su falta de interés, sino la existencia de trabajos que lo abordan en profundidad. Para acceder a ellas, véanse el reciente trabajo de CASTILLO BLANCO, 2018: pp.14 ss., y las fuentes que cita.

(3). Materia que no exponemos en extenso por razones obvias; para ampliar su estudio pueden verse los clásicos trabajos de SOSA WAGNER, F., 2008); y MESTRE DELGADO, 2011: 2063 ss.

(4). Véase el art.284 de la Ley 9/2017, de contratos del sector público, en relación con el contrato de concesión de servicios públicos; y el art.312 de la misma Ley en lo que se refiere a los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía.

(5). Elaborada por la Subdirección General de Estudios y Financiación de las Entidades locales, de la Secretaría General de Financiación Autonómica y Local, de la Secretaría de Estado de Hacienda, del Ministerio de Hacienda y Función Pública, el 27/09/2017. Accesible en la sección de documentación de la web del MINHAP, [www.hacienda.gob.es/Documentacion](http://www.hacienda.gob.es/Documentacion), último acceso 29/11/2018.

(6). A saber: 1) Gestión directa por la Entidad local; 2) Gestión directa por organismo autónomo de la Entidad local; 3) Gestión directa por entidad pública empresarial; 4) Gestión directa por sociedad mercantil

local; 5) Gestión indirecta mediante concesión, gestionando el concesionario el servicio a su riesgo y ventura; 6) Gestión indirecta interesada, compartiendo la Entidad local y el empresario los resultados de explotación en la proporción fijada en el contrato; 7) Gestión indirecta por concierto; 8) Gestión indirecta por sociedad de economía mixta; 9) Gestión mancomunada/comarcal/por la Diputación/otro tipo de agrupación municipal; 10) Gestión mancomunada/comarcal/por la Diputación/otro tipo de agrupación municipal + otra forma de gestión; 11) Gestión por convenio de colaboración interadministrativo; 12) Gestión consorciada; 13) Gestión consorciada + otra forma de gestión; 14) Otro tipo de gestión, que incluye, entre otras, la gestión del servicio a través de una sociedad de capital 100% privado, y que la prestación del servicio se lleve a cabo por dos o más formas de gestión.

(7). Véase ALEMANY GARCÍAS, 2018: 20 ss.

(8). Véase una aproximación general a esta cuestión en WOLLMANN, H., 2013: 70 ss.; y CASTILLO BLANCO, 2017: 21 ss.

(9). Cfr. TORNOS MAS, 2016: 59. El autor ofrece en el mismo lugar una serie de documentos e indicadores que apuntan a esa dirección, como “el informe de la Universidad de Greenwich de 2012, los estudios relativos a la gestión del agua en diversos municipios y países (como Pigeon & otros, 2015) y, de modo particular, la lectura que se ha hecho del Informe del Tribunal de Cuentas de 2011 sobre las condiciones de prestación de los servicios públicos municipales en municipios de población inferior a 20 000 habitantes”. Véase también, del mismo autor, 2016a: 32 ss..

(10). Vid. ESTEVE PARDO, 2017: 308.

(11). Me refiero a la ponencia pronunciada por Josefa CANTERO MARTÍNEZ en el XXII Congreso Ítalo-español de profesores de Derecho administrativo, celebrado en Messina, los días 17-19/5/2018, con el tema “Público y privado en el sistema sanitario”. En ella explicó que los estudios realizados al respecto evidencian la existencia de todo tipo de situaciones: modelos privados que funcionan bien y mal, y modelos públicos que funcionan bien y mal, sin que pueda afirmarse que uno es mejor que el otro, pues depende de circunstancias muy diversas.

(12). Véase WOLLMANN, 2013: 78.

(13). Afirman estos autores (expertos en Ciencia de la Administración), “Y si determinadas elaboraciones teóricas destacan sus potencialidades [las del sector privado] para conseguir servicios públicos más eficaces y eficientes, sus planteamientos se enfrentan a los resultados de multiplicidad de investigaciones empíricas que muestran una realidad distante de la supuesta reducción de costes y la mejora de la calidad. Por un lado, los estudios empíricos sobre reducción de costes ofrecen resultados poco conclusivos (Ferris, 1997; Kakabadse y Kakabadse, 2000; Minogue, 2000; López-Casasnovas, 2003); y por el otro, los estudios destacan factores tales como las alianzas de poder entre élites políticas y burocráticas (Greve, 2003), restricciones legislativas, tecnológicas o presupuestarias (Grimshaw, 2002), dejando las mejoras de la eficacia y la eficiencia en un segundo plano”, cfr. SALVADOR y RAMIÓ, 2007: 190-191.

(14). Así, CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, 2017: 24 ss.

(15). Véase la detallada explicación del caso en SINAÏ, 2014.

(16). Uno de los temas pendientes en materia de personal de las Entidades locales es la de conformar un cuerpo de cuadros de gestores que puedan asumir estas tareas. El esquema clásico de cuerpos de tesoreros, secretarios e interventores debería verse complementado con un cuerpo de gestores que puedan asumir con la suficiente solvencia técnica la dirección de empresas y entidades municipales, así como de servicios no personificados integrados en la estructura orgánica territorial municipal pero que dispongan de autonomía funcional para la organización del servicio.

(17). Sobre estos criterios véase también MARTÍNEZ-ALONSO CAMPOS, 2018: 81 ss.

(18). Vid. VILLAR ROJAS, 2016: 96 ss.

(19). Aunque no parezca existir unanimidad de posicionamientos. Así, NIETO GARRIDO, 2014: 36 (versión

Westlaw Proview), considera que sigue tratándose de una decisión discrecional, que la Entidad local debe simplemente motivar; del mismo parecer es ALEMANY, 2018: 20. En cambio, coinciden con la posición contraria, expuesta en el texto, MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, 2014: 600 ss.; TORNOS, 2016: 64 ss.; GIMENO FELIÚ, 2017: 40 ss.; ESTEVE PARDO, 2017: 328 ss.; y BUESO GUIRAO y PÉREZ MIRA, 2016: pp.144 ss.

(20). Véase RAMIÓ y SALVADOR, 2012: 375 ss.

(21). Entiendo que hay un defecto sistemático en la Ley, y que esta previsión debería ser una letra C) de este apartado 85.2, porque verdaderamente la limitación vincula tanto a las formas de prestación directa como indirecta: no pueden ejercerse mediante entidades instrumentales de la Administración local que adopten formas de personificación de Derecho privado funciones reservadas a funcionarios públicos. En análogo sentido, MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, 2014: 606.

(22). En MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, 2014: 604 ss. El autor considera, no obstante, que la exigencia puede solventarse con la mera participación de funcionarios públicos locales en las actividades externalizadas; pone como ejemplo la intervención puntual de la policía local en asuntos como la retirada de vehículos de la vía pública.

(23). Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

(24). Acerca de la interpretación de este precepto, y su conexión con el concepto de potestad administrativa, véase GAMERO CASADO, 2017: 220 ss.

(25). Así, SSTTS 2/2/2004 rec.369/2000 y 16/6/1998 rec.493/1995, entre otras.

(26). Introducida por la disposición final 8ª de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para 2018.

(27). Este esquema de tramitación se ha implantado, por ejemplo, en Andalucía, entre la Agencia IDEA (entidad instrumental de Derecho público dependiente de la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio) y su sociedad mercantil instrumental SOPREA; o también, en la Junta de Extremadura, en coordenadas similares.

(28). Para un estudio detenido de la cuestión (y mencionando sólo obras recientes) vid. especialmente NOGUERA DE LA MUELA, 2018: 665 y ss.; AMOEDO SOUTO, 2018: 369-410; MONTES SEBASTIÁN, 2018: 15 ss.; y las obras que en esos lugares se citan.

(29). Véase GIMENO FELIU, 2017: 66 ss.

(30). En TORNOS MAS, 2016: 71 ss.

(31). Así sucedió en París con el servicio del agua, servicio que finalmente se ha remunicipalizado, debido a que subieron mucho las tarifas y las empresas adjudicatarias cayeron en manos de fondos internacionales de inversión; véase SINAÏ, 2014.

(32). La necesidad de un estudio previo de mercado sólo viene impuesta por el art.86.1 LRBRL para el caso de libre ejercicio de iniciativa pública económica por la Entidad local, esto es, para la constitución de empresas que operen en el mercado. El precepto regula este estudio en los siguientes términos: “En el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida habrá de justificarse que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal debiendo contener un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial”.

(33). En COLOMÉ NIN, A. y GRAU ARNAU, A.: “Remunicipalización de servicios locales y competencia”, Cuadernos de Derecho Local, nº 43, 2017, pp.124 ss.

(34). Se trata del Informe 13-3-2013, IPN 88/13. En este Informe, dictado con ocasión de la tramitación de la

LRSAL, la Comisión Nacional de la Competencia afirma: “Cuando la titularidad de la prestación esté reservada a las Entidades locales, éstas deben decidir, de acuerdo con el artículo 82 LRBRL, si prestar el servicio directamente o mediante gestión indirecta. La CNC estima que el APL debería establecer la obligación para las Entidades locales de decidir entre gestión directa e indirecta de la forma más favorecedora posible de la competencia y, específicamente, de analizar ex ante determinados elementos que señalizan la posibilidad de introducir competencia efectiva. Por ejemplo, la existencia de un número suficiente de oferentes potencialmente interesados en la prestación del servicio, el grado de competencia efectiva entre los mismos, la escasa importancia relativa de los activos específicos que impliquen costes de entrada (en particular, de los costes hundidos) o el suficiente control que se atribuya al futuro prestador del servicio sobre los costes derivados de dicha prestación (por ejemplo, sobre los costes salariales). Cuando, entre otros, existan estos elementos, el APL debería establecer que las Entidades locales opten por fórmulas de gestión indirecta que permitan la prestación privada. Al mismo tiempo, debe asegurarse la revisión periódica del prestador tras el plazo contractual mínimo necesario para asegurar la viabilidad económica de dicha gestión. Esta opción resulta preferible para la competencia y la eficiencia frente a la constitución de entidades instrumentales de capital público o mixto. Esto es debido a que la estabilidad temporal y la vinculación estructural de estas entidades instrumentales con las Entidades locales reducen o eliminan las tensiones competitivas en la prestación del servicio, no contando con los mismos incentivos para ser eficientes. Adicionalmente, la CNC quiere subrayar que la gestión indirecta no implica indefectiblemente la provisión mediante un único prestador. El APL debería favorecer también la competencia en el mercado, estableciendo que cuando la prestación pueda realizarse eficientemente por varios operadores, ésta pluralidad de prestadores debería ser la forma de provisión elegida por la Entidad local”.

(35). Las autoras, por otra parte, ofrecen también consejos adicionales para fomentar la competencia en el caso de que se opte por la gestión indirecta; vid. COLOMÉ NIN y GRAU ARNAU, 2017: 139.

(36). Sobre esta cuestión, véase también lo que se dijo más atrás, § 1.1.

(37). Confirmada en otras posteriores, como las SSTC 44/2017 fj.2, o la 207/2017 fj.2, entre otras.

(38). En este mismo sentido puede interpretarse la STSJ CyL (Burgos) 75/2015, fj.13. El acuerdo de disolución de un Patronato de turismo no se encontraba avalado por memorias específicas del secretario y del interventor, a pesar de lo cual el juzgado y después el TSJ consideran que hay justificación material suficiente en la medida que la supresión de entidades supone un ahorro del gasto público.

(39). Sobre estos conceptos, véase especialmente FARFÁN PÉREZ y VELASCO ZAPATA, 2018: 36 ss. y 177 ss.

(40). Concretamente – arts.26.2 LRBRL y 36.1 h) LRBRL –, la de promover la asunción de los servicios municipales por las Diputaciones, cuando el coste efectivo de la prestación por el municipio sea superior al de los servicios prestados por la Diputación. Además de la polémica que desde un principio arrastró el precepto, finalmente quedó neutralizado por la STC 111/2016, al considerarlo contrario a la autonomía local.

(41). La de servir de cálculo de coste de los servicios municipales y provinciales, a fin de compararlos y articular la asunción del servicio por la Diputación en el caso de que lo preste a menor coste que el Municipio.

(42). Sobre esta cuestión, véase CARRASCO DÍAZ et al., 2016: 39 ss. También es de utilidad la consulta de ALEMANY GARCÍAS, 2018: 181 ss.

(43). Cuya disposición transitoria 1ª también aludía a los costes efectivos de los servicios en el momento de su transferencia, remitiendo a los acuerdos de la respectiva Comisión Mixta paritaria Estado-Comunidad Autónoma para determinar el método de cálculo, que tendría en cuenta tanto los costes directos como los indirectos.

(44). Véanse especialmente ALEMANY GARCÍAS, 2018: 137 ss.; CASTILLO BLANCO, 2017: 29 ss.; MONTOYA MARTÍN, E., 2014; MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, 2017: 1195 ss.

(45). La cuestión se ha resumido en los siguientes términos: “La LRSAL introdujo, en el art.85.2 A de la



LRBRL, unos criterios de preferencia y una serie de requerimientos respecto de las modalidades de la descentralización funcional: las formas de la EPE (entidad pública empresarial) y de la SM (sociedad mercantil) tienen carácter subsidiario respecto de la gestión por el OA (organismo autónomo) o por la propia entidad local, y las dos primeras solo podrán utilizarse cuando quede acreditado fehacientemente que resultan más sostenibles y eficientes que las dos últimas, para lo cual se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Entiendo, sin embargo, que, en rigor, la lógica llevaría a exigir la preferencia en favor de la forma que cumpliera mejor aquellos criterios, sin prejuzgar que, por sí mismas, unas lo son más (la de gestión por la propia entidad local o por un OA) y otras lo son menos”, cfr. MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, 2018, p.82 (las cursivas son mías).

(46). Cfr. ESTEVE PARDO, 2017: 331

(47). Es el caso de NIETO GARRIDO, 2014: 44, quien opina que “Se obliga desde la legislación básica estatal a reducir para ahorrar y, además, a externalizar los servicios públicos cuya prestación municipal, por el propio municipio o por la entidad instrumental, resulte menos eficiente en términos económicos”.

(48). Remito de nuevo a las obras citadas en la Introducción de este trabajo.

(49). En la SJCA n.º 5 de Oviedo 167/2017, de 17 de septiembre, se considera que la remunicipalización del servicio de recogida de basuras se encuentra adecuadamente justificada, siquiera sea por una diferencia económica casi insignificante; y por el contrario, se entiende que las memorias relativas al servicio de limpieza viaria no se encuentran suficientemente motivadas; así, tras exponer su contenido y las vaguedades de que adolecen, afirma (fj.5) que: “No existe, por tanto, una justificación suficiente, adecuada y razonable que avale el cambio de gestión desde el punto de vista de la sostenibilidad y eficiencia. Carece el expediente de la necesaria exposición de los parámetros técnicos, económicos y presupuestarios adecuados, de los que se pueda deducir, claramente, que la asunción por el Ayuntamiento de la gestión del servicio de limpieza viaria es la mejor solución o, al menos, tan buena y viable como otras posibles”.

(50). Véanse, por ejemplo, la STSJ Asturias 160/2018, que considera que la remunicipalización del servicio de limpieza viaria se encuentra debidamente motivada y justificada desde un punto de vista técnico, económico y jurídico, entendiéndose válidamente adoptada la decisión de cambiar la forma de prestación indirecta por la directa, como consecuencia del libre ejercicio de las potestades de la Administración y de la autonomía municipal, confirmando el pronunciamiento relativo al servicio correctamente remunicipalizado que contenía la SJCA n.º 2 de Oviedo citada en la nota anterior; la SJCA n.º 2 Cádiz 195/2018, relativa a la remunicipalización de los servicios de limpieza de arenas, recogida de residuos, conservación y mantenimiento de los equipamientos e infraestructuras en las playas, servicio de asistencia sanitaria y socorrismo en las playas y servicio de limpieza y mantenimiento de vestuarios.

(51). Con toda rotundidad lo explica ALEMANY GARCÍAS, 2018: 22 y 183 ss.; en la misma posición, FORTES MARTÍN, 2017: 327 ss.; NIETO GARRIDO, 2014: 44.

(52). Concretamente, debe contener, al menos: a) Las razones que justifican la creación de un nuevo organismo público, por no poder asumir esas funciones otro ya existente, así como la constatación de que la creación no supone duplicidad con la actividad que desarrolle cualquier otro órgano o entidad preexistente; b) La forma jurídica propuesta y un análisis que justifique que la elegida resulta más eficiente frente a otras alternativas de organización que se hayan descartado; c) d) un estudio económico-financiero que acredite la suficiencia de la dotación económica prevista inicialmente para el comienzo de su actividad y la sostenibilidad futura del organismo, atendiendo a las fuentes futuras de financiación de los gastos y las inversiones, así como a la incidencia que tendrá sobre los presupuestos generales del Estado; e) Los objetivos del organismo, justificando su suficiencia o idoneidad, los indicadores para medirlos, y la programación plurianual de carácter estratégico para alcanzarlos, especificando los medios económicos y personales que dedicará, concretando en este último caso la forma de provisión de los puestos de trabajo, su procedencia, coste, retribuciones e indemnizaciones, así como el ámbito temporal en que se prevé desarrollar la actividad del organismo ()”.

(53). En PONCE SOLÉ, 2016: 68 ss.