



La prestación de los servicios públicos locales

The provision of local services by local entities

Alejandro Huergo Lora

Universidad de Oviedo (España)

ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-3159-7981>

ahuergo@uniovi.es

NOTA BIOGRÁFICA

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Oviedo. Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia. Sus líneas de investigación se centran en el contencioso-administrativo, las sanciones administrativas y los contratos públicos.

RESUMEN

La prestación de servicios a los ciudadanos es una parte fundamental de la actividad de las entidades locales. La remunicipalización de servicios es una tendencia importante en los últimos años, a la vez que la legislación impone requisitos más estrictos para la asunción de nuevos servicios y para la gestión directa. El artículo revisa críticamente esos últimos desarrollos, especialmente el énfasis en controles procedimentales sobre las decisiones sobre la forma de gestión de los servicios, frente a otros sobre la calidad en la prestación de dichos servicios. También se analiza la imposición de condiciones relativas a la organización municipal o la prestación de servicios mediante colaboración entre distintas entidades locales.

PALABRAS CLAVE

Entidades locales; servicios públicos; concesiones; contratos.

ABSTRACT

The provision of services to citizens is a fundamental part of the activity of local entities. The remunicipalisation of services is an important trend in recent years, while the legislation imposes more stringent requirements for the assumption of new services and for direct management. The article critically reviews these latest developments, especially the emphasis on procedural controls on decisions about the way services are managed, compared to others on the quality of service provision. The imposition of conditions related to the municipal organization or the provision of services through collaboration between different local entities is also analyzed.

KEYWORDS

Local entities; public services; concessions; contracts.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. LOS ANTECEDENTES DE LA LBRL DE 1985. a) EL ESTATUTO MUNICIPAL DE 1924. b) LA LEGISLACIÓN LOCAL DE LOS AÑOS CINCUENTA: EL TARRL Y EL RSCL. c) LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES EN LA LBRL. d) LAS REFORMAS POSTERIORES.

3. PROBLEMAS Y TENDENCIAS ACTUALES. a) EXCESIVA TRASCENDENCIA DE LAS DECISIONES HISTÓRICAS, FRENTE AL EJERCICIO ACTUAL DE LAS COMPETENCIAS LOCALES. b) APLICACIÓN DE MECANISMOS DE CONDICIONALIDAD QUE AFECTEN A LA TOMA DE DECISIONES POR LAS ENTIDADES LOCALES. c) EXCESIVA CONCENTRACIÓN EN CONTROLES PROCEDIMENTALES, EN DETRIMENTO DE OTROS CONTROLES SOBRE EL EJERCICIO EFECTIVO DE LAS COMPETENCIAS Y EL NIVEL DE CALIDAD DE LOS SERVICIOS. d) LA UTILIZACIÓN DE CONCESIONES DEMANIALES PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS, ¿UN PUNTO CIEGO? e) EL SESGO A FAVOR DE LA CONTRACTUALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. f) LA COOPERACIÓN HORIZONTAL COMO FORMA DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. 4. A MODO DE CONCLUSIÓN. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUCCIÓN¹⁻²

Mediante la prestación de los servicios públicos y el ejercicio de la iniciativa pública económica, las entidades locales llevan a cabo una actividad de provisión de bienes y servicios a los ciudadanos. De este modo van más allá de una función exclusivamente policial o de vigilancia, que es la que se deriva de buena parte de sus títulos competenciales. En este breve trabajo, en el que no tendría sentido una exposición general de las formas de gestión, me centraré en los problemas más actuales, derivados de los cambios que se han producido a lo largo de estos últimos cuarenta años de evolución del régimen local y, por lo que a este tema respecta, sobre todo en la última década³.

Si el TC definía la garantía institucional, en su sentencia 32/1981, y precisamente a propósito de la autonomía local, diciendo que la misma asegura «la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar», es difícilmente discutible que la prestación de servicios públicos forma parte de la imagen que tiene de los Ayuntamientos la conciencia social actual, y también, seguramente, que aunque esa imagen no exige que los Ayuntamientos presten los servicios públicos mediante gestión directa (la gestión indirecta se encuentra perfectamente asentada), tampoco admitiría que se excluyera esa forma de prestación de los servicios⁴.

Dicho esto, que supone un punto de partida pacífico, es necesario añadir que, aunque la arquitectura legal que se contiene actualmente en los artículos 85-86 de la LBRL es relativamente estable (de hecho, procede en buena medida del Estatuto Municipal de 1924), la prestación de los servicios públicos locales se

¹ El presente trabajo forma parte de las actividades del grupo de investigación “Derecho Administrativo”, de la Universidad de Oviedo, y se enmarca en el proyecto de investigación “GRUPIN IDI 2018-000202”, financiado por el Principado de Asturias.

² Abreviaturas: LBRL (Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local), LRJSP (Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público), LRSAL (Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local), RBEL (Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio), RSCL (Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955), LCSP (Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014), TARRL (Decreto de 24 de junio de 1955 por el que se aprueba el texto articulado y refundido de las Leyes de Bases de Régimen Local, de 17 de julio de 1945 y de 3 de diciembre de 1953), TC (Tribunal Constitucional), TRRL (Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local), TS (Tribunal Supremo).

³ Exposiciones sistemáticas que pueden encontrarse, por ejemplo, en 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*, págs. 2.063-2.175. Madrid: Iustel, y, por mencionar una obra posterior a la reforma de 2013 de la LBRL: ORTEGA BERNARDO, J. (2017): “Servicios públicos e iniciativa económica local”, en VELASCO CABALLERO, F. (dir.): *Tratado de derecho económico local*, págs. 73-104. Madrid: Marcial Pons, y LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L. (2017): “Formas de gestión de los servicios públicos locales”, en la misma obra colectiva, págs. 105-152. Sobre la municipalización de servicios: FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. J. (1995): *La intervención del municipio en la actividad económica. Los títulos que la legitiman*. Madrid: Civitas. La cuestión ha sido abordada también en estudios sectoriales, sobre todo en el servicio público de abastecimiento de agua: *vid.* ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, M. (2004): *El abastecimiento de agua en España*. Cizur Menor: Civitas.

⁴ Una visión de conjunto del reconocimiento constitucional de la autonomía local, en VELASCO CABALLERO, F. (2019): “Artículo 140. La autonomía municipal”, en CASAS BAHAMONDE, M. E.; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. (dirs.): *Comentarios a la Constitución Española*, vol. II., págs. 1.018-1.034. Madrid: BOE. El autor apunta, respecto a ese juicio de «reconocibilidad» que es parte del funcionamiento de la garantía institucional, que «solo es propiamente funcional en supuestos extremos: allí donde la ley prácticamente elimina la autonomía local», mientras que «fuera de supuestos extremos, como el descrito, el juicio constitucional de “reconocibilidad institucional” resulta inadecuado en relación con normas de alcance limitado que ordenan la organización o el funcionamiento sectorial de las entidades locales» (pág. 1.021).

ha convertido en uno de los aspectos del régimen local más problemáticos en la práctica, como lo prueban sentencias recientes muy significativas⁵.

Las incertidumbres obedecen a dos movimientos sucesivos de signo contrario. El primero de ellos es el producido por una serie de reformas legislativas entre las que destaca (sin ser la única) la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL). Estas reformas van en la línea de limitar la acción de los entes locales y, en particular, la gestión directa de los servicios públicos, y lo hacen con la finalidad o justificación de garantizar la eficiencia en el gasto y la sostenibilidad de las finanzas locales.

El otro movimiento, de signo opuesto, es el de «municipalización», impulsado por bastantes Ayuntamientos tras las elecciones locales de 2015. Un movimiento, como es obvio, limitado a algunas entidades, y que, como se ha observado hasta la saciedad, no en todos casos puede denominarse propiamente «municipalización»⁶, puesto que normalmente no consiste en la *publicatio* de nuevos servicios⁷, sino en el paso a la gestión directa de los mismos, bien sea con motivo de la finalización del plazo de una concesión o con rescate de la misma⁸.

Ninguno de estos dos movimientos es exclusivo de España. Ambos se han dado en otros países europeos en el entorno de la crisis económica posterior a 2008⁹.

No hay que olvidar que, previamente, y a partir de los años 90, se produjeron movimientos empresariales muy importantes con la asunción por concesionarios de una cuota de mercado significativa en la prestación de servicios públicos (políticas de «privatización» de los servicios, seguidas por un amplio número de Ayuntamientos a partir de los años 90), a la que siguió la formación de grandes empresas del sector (que normalmente combinan la actividad concesional y la construcción), que son las que después se han visto expuestas a los intentos de «municipalización»¹⁰.

Para entender en qué mecanismos de la regulación jurídica de los servicios locales se producen los conflictos que acabamos de describir, y cuáles son las tensiones o equívocos que los mismos han puesto al descubierto, se hace imprescindible repasar brevemente los orígenes de esa regulación.

⁵ Por mencionar algunas decisiones recientes, véase el caso “Aguas de Valladolid”, resuelto, al menos en segunda instancia, por la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid de 21 de mayo de 2019 (recurso de apelación 339/2018), o el caso “Aguas de Barcelona”, resuelto por el Tribunal Supremo en cuatro sentencias iguales de 20 de noviembre de 2019 (recursos de casación 1.430, 1.434, 1.435 y 1.437/2016). También son destacables la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 9 de Barcelona de 4 de abril de 2019 (recurso contencioso-administrativo 444/2016, resolución de la concesión para el abastecimiento de agua en Tarrasa), la sentencia del TS de 23 de febrero de 2015 (recurso de casación 595/2013, “Aguas de León”), o la de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña de 1 de junio de 2017 (recurso de apelación 312/2014, “servicio de agua de Santa Pau”).

⁶ Lo explica con claridad TORNOS MAS, J. (2016): “La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59, págs. 32-49. esp. pág. 32: «Después de muchos años en los que se fueron ampliando los servicios públicos de carácter local, y se fue imponiendo su gestión indirecta a través de diversas fórmulas de colaboración público-privada, recientemente se va imponiendo la idea de que la gestión de los servicios públicos locales debe volver a manos públicas. En definitiva, esto es lo que significa la nueva palabra de moda, remunicipalización. Con este concepto se trata de dar nombre a la recuperación de la gestión de muchos servicios locales, que se vienen prestando a través de fórmulas de gestión indirecta, a favor de la gestión directa. Por ello, en puridad es más preciso referirse a esta práctica con el nombre de la “reinternalización” de los servicios públicos locales, pues la modificación del modo de gestión para imponer un modo de gestión directa no supone en ningún caso una nueva municipalización».

⁷ En alguna ocasión el conflicto se plantea como inactividad administrativa ante la petición popular de que se municipalice un servicio que se venía prestando por un particular sobre la base de una concesión administrativa (parece que demanial): sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña de 1 de junio de 2017 (recurso de apelación 312/2014, “servicio de agua de Santa Pau”).

⁸ Como ejemplo de los problemas que plantea la decisión de rescate, puede citarse la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 9 de Barcelona de 4 de abril de 2019 (recurso contencioso-administrativo 444/2016, resolución de la concesión para el abastecimiento de agua en Tarrasa). En algunas sentencias también recientes, se alega por los concesionarios un ejercicio desviado de la potestad de resolver el contrato por incumplimiento, o la de imponer penalidades al concesionario por incumplimiento del contrato, al tener el Ayuntamiento la intención de municipalizar el servicio: sentencia de 20 de mayo de 2019 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña (recurso de apelación 249/2016): «según sostiene la apelante, en el mes de julio de 2012 el Ayuntamiento convino con la concesionaria de la obra la resolución de la concesión administrativa, para acordar, el mismo mes, la creación de un servicio municipal de aparcamiento subterráneo, cuyo Reglamento sería publicado en el BOP de Barcelona de 4 de marzo de 2013. De modo que, coincidiendo en el tiempo la llamada municipalización del servicio y la incoación de distintos expedientes de contenido paragonable al de autos [ejecución de la garantía por incumplimiento del contrato], se revelaría inequívoca la voluntad municipal de usar la potestad aquí actuada a los fines de sufragar los costes de aquella calificada de municipalización del servicio».

⁹ Sobre estas experiencias comparadas, ESTEVE PARDO, J. (2017): “El movimiento remunicipalizador. Experiencias y expectativas”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 69, págs. 4-11.

¹⁰ El aumento de la privatización (gestión indirecta) de servicios en los años 90 puede comprobarse empíricamente, por ejemplo, en los datos que aporta BEL I QUERALT, G. (2002): “Privatización de servicios locales: algunas implicaciones sobre la tasa de usuarios y el presupuesto”, en *Análisis Local*, núm. 45, págs. 45-58.

2. LOS ANTECEDENTES DE LA LBRL DE 1985

a) El Estatuto Municipal de 1924¹¹

En el marco de las tendencias internacionales y en consonancia con la visión municipalista que informa este cuerpo normativo, el Estatuto abre la vía a la municipalización de servicios, expresamente incluida dentro de las competencias exclusivas de los Ayuntamientos (artículo 150, número 6)¹².

La asunción por el Ayuntamiento de la gestión (directa o indirecta) del servicio tiene distintos requisitos en función del servicio de que se trate. El artículo 169 establece que «[l]os Ayuntamientos podrán administrar y explotar *directamente* los servicios municipales *obligatorios*, y podrán también con arreglo a lo preceptuado en esta Sección, municipalizar los que no tengan este carácter». Por lo tanto, la municipalización sólo es precisa para asumir y prestar los servicios que no sean obligatorios, mientras que los servicios obligatorios pueden ser administrados y explotados «directamente» por los Ayuntamientos, es decir, sin necesidad de municipalización. Son servicios obligatorios, por ejemplo, «el suministro, diligencia y protección de aguas potables, de pureza bacteriológica garantizada» [artículo 201.a)], «la evacuación, en condiciones higiénicas, de las aguas negras y materias residuales» [artículo 201.b)], «construir cementerios públicos de su propiedad» (artículo 203), o los servicios de «mataderos y mercados» (artículo 216, apartado 7.º).

La municipalización no puede referirse a cualquier servicio, sino que se establecen unos requisitos materiales básicos en el artículo 169: que el servicio «tenga carácter general», que «sea de primera necesidad», «que pueda prestarse predominantemente dentro del término municipal» y «que redunde en beneficio directo o indirecto de una parte considerable de los habitantes del municipio». Varios de estos requisitos apuntan, sin mencionarlo, al concepto de servicio público.

A su vez, la municipalización puede ser «con carácter de monopolio» o sin él (artículo 170). Sólo pueden municipalizarse con monopolio «los servicios de abastecimiento de aguas, electricidad, gas, alcantarillado, limpieza de calles y recogida y aprovechamiento de residuos domiciliarios, mataderos, mercados, cámaras frigoríficas, hornos y panaderías, pompas fúnebres y conducción de cadáveres, tranvías y ferrocarriles urbanos, suburbanos o interurbanos, hasta una distancia de 40 kilómetros, a contar desde el límite de la población, teléfonos y todos los que se determinen por el Gobierno, a petición de cualquier Ayuntamiento, y previo informe del Consejo de Estado en pleno»¹³.

Tanto en uno como en otro caso, la municipalización es una decisión municipal sometida a un procedimiento gravoso, en el que es destacable cómo la voluntad popular puede en ciertos casos imponerse al propio Ayuntamiento. Así, la iniciación o aprobación inicial puede adoptarla el Ayuntamiento o, en su defecto, el 5% de los electores¹⁴.

A continuación se redacta una Memoria por una Comisión formada paritariamente por concejales y técnicos ajenos al Ayuntamiento¹⁵. La Memoria debe analizar, entre otras cosas, el coste del servicio, teniendo en cuenta que, con carácter general, se parte de que el mismo debe sostenerse con las tarifas que abonen los usuarios¹⁶. La Memoria constituye una suerte de informe preceptivo pero

¹¹ Sobre la evolución histórica de la municipalización de servicios, *vid.* MAGALDI MENDAÑA, N. (2012): *Los orígenes de la municipalización de servicios en España. El tránsito del Estado liberal al Estado social a la luz de la municipalización de servicios públicos*. Madrid: INAP.

¹² Una competencia exclusiva que lo es «sin perjuicio» de las competencias de otras Administraciones de ámbito superior, como establece el artículo 151, que afirma que «[l]a competencia municipal no será obstáculo para la de los institutos y servicios análogos a los municipales dependientes del Estado, de las Regiones o de las Provincias».

¹³ Algunos de estos servicios, como los de abastecimiento de aguas, alcantarillado, limpieza viaria o mataderos y mercados, están calificados legalmente como servicios obligatorios, de modo que con arreglo al artículo 169 los Ayuntamientos podrían administrarlos y explotarlos directamente, sin necesidad de previa municipalización.

¹⁴ «Acuerdo del Ayuntamiento pleno sobre la oportunidad y conveniencia de la municipalización, o en su defecto, petición formulada por una vigésima parte de los electores» (artículo 171.1.1.º).

¹⁵ «Estudio del asunto por una Comisión formada por tres Concejales y tres personas técnicas ajenas al Ayuntamiento, designadas por las Corporaciones de la localidad inscritas en el censo electoral municipal. La Comisión redactará una Memoria en que se estudien el aspecto técnico, financiero, jurídico y social del servicio, con mención expresa de las dificultades del período de adaptación y transición. Se acompañarán a la Memoria los planos y proyectos necesarios, así como un presupuesto detallado del coste de primer establecimiento y de la cuantía probable de los gastos e ingresos de explotación, con arreglo a la organización que se proponga y a las tarifas que se estime oportuno aplicar» (artículo 171, 2.º).

¹⁶ «Las tarifas deberán ser suficientes para cubrir los gastos de explotación, el servicio de intereses y amortización de capital, y las reservas y amortizaciones que convenga hacer, según la naturaleza y condiciones de cada una de las partidas del

no vinculante, y, de hecho, no es necesario que concluya proponiendo que se adopte o se rechace la municipalización.

La municipalización exige el voto favorable de dos terceras partes del número legal de miembros del Ayuntamiento, según el artículo 171.3.º, que añade que «[s]i el acuerdo es denegatorio, deberá razonarse». Existe una sensible rigidez a favor del mantenimiento del *statu quo*, puesto que ese mismo cuórum también es necesario para revocar la municipalización una vez aprobada (artículo 176.2.º). Curiosamente, la Memoria no sólo no es vinculante, sino que ni siquiera es obligatorio motivar el acuerdo cuando sea de signo contrario a la misma, puesto que sólo se exige motivar (y en todo caso, es decir, con independencia del contenido de la Memoria) el acuerdo denegatorio.

El acuerdo de municipalización se somete a referéndum «cuando la municipalización haya de implicar monopolio en servicios no obligatorios, o el acuerdo del Ayuntamiento fuere contrario a la petición de aquéllos, o se considere que el servicio monopolizado que no sea obligatorio sólo ha de poder subsistir a base de un aumento de carga para el presupuesto municipal, que exceda del 2 por 100 del total de gastos ordinarios anuales en el ejercicio corriente. Sin embargo, cuando se trate de municipalización con monopolio, acordada por el voto favorable de cuatro quintos de los Concejales, y cuyo gasto anual no haya de exceder de una cifra igual al 3 por 100 del presupuesto municipal de gastos del ejercicio corriente, ni exija capital de primer establecimiento superior al 15 por 100 de la propia cifra, bastará el acuerdo del Ayuntamiento para su efectividad» (artículo 171.4.º). Por tanto, se someten a referéndum las municipalizaciones que se consideran más gravosas desde el punto de vista jurídico (municipalización con monopolio de servicios no obligatorios) o económico (por la carga para el presupuesto municipal). El referéndum puede impedir que entre en vigor la municipalización ya acordada por el Pleno, pero sólo puede producir el efecto contrario (imponer la municipalización frente a la voluntad del Pleno) cuando el inicio del procedimiento de municipalización haya sido una petición popular.

Hay que destacar que, salvo en el caso de los servicios obligatorios, es obligatoria la gestión indirecta, debiendo seleccionarse al contratista mediante subasta o concurso (artículos 173 y 174).

b) La legislación local de los años cincuenta: el TARRL y el RSCL

En el TARRL de 1955, la municipalización es el requisito necesario para la explotación de servicios *mediante gestión directa*. Esa municipalización puede hacerse sin monopolio y con monopolio (artículo 164), estando limitada la municipalización con monopolio a «los servicios de abastecimiento de agua, electricidad, gas, recogida y aprovechamiento de basuras, alcantarillado, lonjas, mercados, mataderos, cámaras frigoríficas, pompas fúnebres, y los de autobuses, tranvías, trolebuses, ferrocarriles y demás medios de transporte dentro del término municipal, así como el servicio de estaciones de autobuses» (artículo 166.1). En los municipios de más de 10.000 habitantes se permite también la municipalización de mercados mayoristas, mientras que la municipalización de otros servicios requiere autorización del Consejo de Ministros (artículo 166.3).

El procedimiento es similar al regulado en el Estatuto de 1924, aunque sin participación popular. Se mantiene la creación, tras la aprobación inicial, de una Comisión de estudio «compuesta por Concejales y por personal técnico», que elaborará una Memoria. El acuerdo de aprobación definitiva requiere «el voto favorable de las dos terceras partes del número de hecho, y en todo caso de la mayoría absoluta legal de miembros de la Corporación» (artículo 303, en relación con el 168), así como la aprobación final del Ministerio de la Gobernación (artículo 169).

Los servicios municipalizados pueden prestarse por gestión directa de distintas formas (artículo 172).

Parece claro que, aunque esta legislación mantiene la figura de la municipalización y buena parte de la regulación relativa a la tramitación del expediente, su ámbito ha cambiado. En el Estatuto Municipal de 1924, la municipalización era requisito necesario para la prestación por el Ayuntamiento, mediante gestión directa o indirecta, de los servicios no obligatorios, mientras que en la legislación de 1955 la municipalización era necesaria para poder prestar los servicios *mediante gestión directa*. Se conserva, como hemos visto, buena parte de la regulación (incluidos los aspectos procedimentales más menudos, como la comisión técnica paritaria), aunque cambia uno de los elementos más importantes, como es la finalidad del propio procedimiento de municipalización.

activo. Exceptúanse de esta prescripción los servicios que, por su naturaleza, deban ser gratuitos para el vecindario» (artículo 171, 2.º).

c) La prestación de servicios públicos locales en la LBRL

En la redacción original de la LBRL, vemos claramente las huellas de la legislación anterior, que por ello hemos repasado brevemente, y a la vez algunas cuestiones poco claras¹⁷.

En primer lugar, y por lo que respecta a la determinación de cuáles sean los servicios (sobre los que después habrá que ver cuáles son las formas de gestión y si es necesaria, en su caso, la municipalización), se manejan tres conceptos no completamente delimitados:

- En primer lugar, son «servicios públicos locales cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las entidades locales» (artículo 85.1).
- Por otro lado, las entidades locales «podrán ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas conforme al artículo 128.2 de la Constitución». Todo indica que esta iniciativa pública puede tener por objeto cualquier clase de actividad, aunque no recaiga sobre una de las materias en que las entidades locales deben ejercer competencias¹⁸. Precisamente ésa sería la diferencia con los servicios públicos locales¹⁹.
- En tercer lugar, tenemos la relación de «actividades o servicios esenciales» reservados en favor de las entidades locales, que en la primera redacción del artículo 86.3 eran el «abastecimiento y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos; suministro de gas y calefacción; mataderos, mercados y lonjas centrales; transporte público de viajeros; servicios mortuorios». Esta lista podía ser incrementada mediante Ley por el Estado y las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias.

La regulación del procedimiento de municipalización aparece en el artículo 86.2, referido a los supuestos de ejercicio de la iniciativa pública en la actividad económica, si bien el apartado 3 del mismo artículo lo extendía al menos a los supuestos de ejercicio *con monopolio* de actividades reservadas, supuesto en el que era precisa, además, «la aprobación por el órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma».

No queda claro (aunque probablemente la cuestión es de limitado interés práctico) si es necesario el expediente de municipalización para el ejercicio *sin monopolio* de actividades de servicio público (es decir, sobre las que los entes locales ostenten competencias, lo que sirve para distinguirlas del mero ejercicio de la iniciativa pública económica). El artículo 97 TRRL desarrolla el procedimiento, en términos similares al procedimiento de municipalización en la legislación anterior, y parece dar a entender que es aplicable al ejercicio de «actividades económicas» en sentido amplio, incluyendo tanto los servicios locales (es decir, los que se corresponden con competencias de las entidades locales) como las actividades económicas que se realizan sin otro título que el ejercicio de la iniciativa pública económica.

No se establece ningún criterio vinculante para la elección de la forma de gestión de los servicios o actividades económicas (artículo 85.2).

d) Las reformas posteriores

En 1996, se eliminó la referencia a los servicios mortuorios en el artículo 86.3, lo que supone que ya no pueden ser asumidos *con monopolio* por los Ayuntamientos²⁰. En el mismo sentido, la Ley 34/1998 de 7 de octubre, deroga la referencia al «suministro de gas», que tampoco puede ser ya asumido en régimen de monopolio por las entidades locales. La Ley 27/2013, de 27 de diciembre elimina de esta relación los «mataderos y lonjas centrales».

Pero la Ley 27/2013 introduce, sobre todo, más límites sustantivos y procedimentales a la decisión de municipalizar un servicio o actividad económica en general, es decir, la decisión de gestionarlo por el Ayuntamiento de forma directa o indirecta.

Así, el ejercicio de la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas se condiciona a que «esté garantizado el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera

¹⁷ Una visión sintética de la municipalización de servicios, con referencia al caso más discutido en la práctica (el de agua), en MUÑOZ MACHADO, S. (2018): "El agua en la ciudad", en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 76, págs. 4-15.

¹⁸ Como dice el artículo 96 TRRL, «[l]a iniciativa de las Entidades locales para el ejercicio de actividades económicas, cuando lo sea en régimen de libre concurrencia, podrá recaer sobre cualquier tipo de actividad que sea de utilidad pública y se preste dentro del término municipal y en beneficio de sus habitantes».

¹⁹ Vid. ORTEGA BERNARDO, J. (2017): "Servicios públicos e iniciativa económica local", *cit.*, págs. 83 y sigs.

²⁰ Art. 23 del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio.

del ejercicio de sus competencias». El cumplimiento de esta condición se concreta en que «[e]n 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». Esta última referencia a «los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial» va más allá de la preocupación por el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera, porque más bien supone una prevención ante el riesgo de que el ejercicio de actividades económicas por la entidad local perjudique a los competidores.

Por otro lado, la elección entre la gestión directa y la indirecta ya no es libre, sino que los servicios «habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación», lo que significa que esos criterios serán vinculantes para la opción entre la gestión directa y la indirecta, así como, en ambos casos, para elegir la forma concreta de gestión.

Y no sólo se ha introducido esa exigencia que antes no existía, sino que, dentro de la gestión directa, se establece una preferencia por las formas de prestación que no suponen aplicación del Derecho privado (es decir, la gestión «por la propia Entidad local» y mediante «organismo autónomo local»), frente a las formas que conllevan la aplicación, en mayor o menor medida, del Derecho privado («entidad pública empresarial local» y «sociedad mercantil local»), puesto que sólo es posible hacer uso de estas últimas «cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes». Por si hubiese alguna duda acerca de la forma de interpretar estos conceptos, o tentación de hacerlo en términos (no sólo) económicos, apelando, por ejemplo, a conceptos como «eficiencia social», etc., se especifica que «se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión».

Parece que el legislador considera que la utilización de formas de gestión que conllevan la aplicación del Derecho privado es algo negativo que sólo se justifica en la medida en que sea más sostenible y eficiente. Esto se desprende claramente de que sólo es necesario justificar esa «superior» sostenibilidad y eficiencia cuando se opta por la entidad pública empresarial o la sociedad mercantil, pero no cuando se elige la gestión directa por la propia entidad local o el organismo autónomo. No parece que las dos primeras fórmulas (entidad pública empresarial o sociedad mercantil) tengan que ser menos sostenibles o eficientes (más bien parece lo contrario, porque la actuación según procedimientos administrativos tiene un coste), lo que parece que es que el legislador piensa que la actuación en régimen de Derecho privado es más peligrosa y por ello exige argumentos adicionales (ventajas en términos de sostenibilidad y eficiencia) para admitirla.

Resulta igualmente muy significativa, y muestra de una marcada desconfianza, la previsión de que «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» (artículo 85.2). El legislador tiene claro que la decisión política de optar por la gestión directa y, más concretamente, dentro de ella por las formas que incluyen la utilización del Derecho privado, necesita «vestirse» con un informe, que es lo que en el fondo permite superar la exigencia legal de demostrar la superioridad de esa forma frente a las demás, en términos de sostenibilidad y eficiencia, y que con frecuencia el informe será externo. El precepto citado facilita la crítica al informe, obligando a ponerlo de manifiesto (algo que sería obligado en todo caso).

3. PROBLEMAS Y TENDENCIAS ACTUALES

Un repaso de la jurisprudencia reciente muestra que estos requisitos, básicamente procedimentales, que el legislador ha establecido para el ejercicio de actividades económicas y, en particular, para la gestión directa, son el punto de apoyo de buena parte de los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra decisiones administrativas de «municipalización»²¹.

²¹ Así ocurre, por ejemplo, en los casos “Aguas de Valladolid” y “Aguas de Barcelona”, mencionados *supra*. También, por ejemplo, en el caso “San Hilari de Sacalm”, resuelto por sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña de 28 de enero de 2015 (recurso de apelación 580/2011), en la que es decisivo el incumplimiento de los requisitos del expediente de establecimiento del servicio. Sobre la primera sentencia, *vid.* las observaciones de CARRO MARINA, M. (2019): “Municipalizaciones y remunicipalizaciones”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 81, págs. 4-11.

En el mismo sentido, en el caso resuelto por la sentencia de 3 de abril de 2017 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla (Sección 3.ª) del TSJ de Andalucía (recurso de apelación 464/2016), en el que se impugnaba la adquisición por el Ayuntamiento de las acciones de la sociedad anónima titular de un campo de golf, se alegaba por los recurrentes que se debería haber tramitado el

a) Excesiva trascendencia de las decisiones históricas, frente al ejercicio actual de las competencias locales

Como hemos visto, las reformas introducidas en la LBRL en 2013 se centran en acumular requisitos procedimentales para el ejercicio por parte de los entes locales de la potestad, que siguen teniendo, de asumir la gestión de servicios o, en general, el ejercicio de iniciativa pública económica. En el fondo, la reserva supone añadir una específica obligación de motivar. En el expediente de municipalización, hace falta acreditar «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» (artículo 86.1). En ese mismo expediente, al elegir la forma de gestión es necesario acreditar que es «la forma más sostenible y eficiente». Y, si se opta por la gestión directa y, dentro de ella, por la entidad pública empresarial o la sociedad mercantil, es necesario acreditar «mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b) [gestión directa interna y organismo autónomo], para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión».

No se puede decir que se trate de requisitos «meramente» formales o procedimentales, porque, aunque deben cumplirse en una fase procedimental concreta, y no afectan al contenido del acto (una misma decisión puede ser conforme a derecho si está bien motivada, y no serlo, en ausencia de dicha motivación), van más allá de lo formal, puesto que el recurrente puede discrepar de la motivación que da la Administración, de modo que, aunque se haya incorporado al expediente un informe que acredite los extremos requeridos, se puede intentar demostrar en un proceso judicial que no está asegurada la sostenibilidad, o que la forma de gestión elegida no es la más sostenible y eficiente, puesto que se trata de conceptos legales indeterminados, aunque dotados de un margen, ciertamente amplio, de apreciación. Con todo, no parece que el legislador haya querido que la Administración aprecie discrecionalmente si se cumplen, o no, esos requisitos. Más bien parece lo contrario, es decir, que el legislador ha querido sustituir la discrecionalidad de que antes disfrutaba la Administración por esta vinculación, más o menos mitigada en la práctica.

Aunque podría decirse que las entidades locales siempre han estado obligadas a optar por la forma de actuación más eficiente (artículo 103.1 CE), lo que de algún modo incluye todas esas directrices ahora incluidas en los artículos 85 y 86 LBRL, lo cierto es que el legislador ha introducido una determinada dirección u orientación en la toma de la decisión, puesto que es necesario acreditar la sostenibilidad y eficiencia para crear una entidad pública empresarial o una sociedad mercantil, pero no para optar por otras formas de gestión (y, por supuesto, es necesario acreditar esos requisitos para el ejercicio de iniciativa pública económica o la municipalización de servicios, no para no hacerlo o para interrumpir esa actividad)²².

Me parece discutible que el control se concentre en las decisiones que se adopten ahora, en lugar de buscarse fórmulas que también permitan revisar el estado general de la gestión de los servicios públicos, aunque la decisión sobre la forma de gestión se haya adoptado en el pasado, cuando los requisitos para la municipalización o para la gestión directa eran otros. Se produce una asimetría en el régimen jurídico, puesto que un mismo hecho o una misma decisión pasa a tener unos requisitos mucho más estrictos que los que antes se exigían. Es algo parecido a lo que sucede, por ejemplo, con los entes locales de ámbito territorial de ámbito inferior al municipio, que sólo tendrán personalidad jurídica si fueron creados antes de la entrada en vigor de la Ley 27/2013 (o se hubiera iniciado el procedimiento para su constitución antes del 1 de enero de 2013) y cumplen los requisitos económicos establecidos en la Disposición Transitoria 4.^a de dicha Ley, mientras que si el ente se crea con posterioridad a esa entrada en vigor ya no podrá adquirir personalidad jurídica (artículo 24 *bis* de la LBRL). Es normal que los cambios normativos generen situaciones «a extinguir», es decir, supuestos en que conviven individuos, entes o actos a los que se han exigido unos determinados

expediente de municipalización, aunque la sentencia rechazó el argumento. En idénticos términos se pronuncia la sentencia de 30 de marzo de 2017 del mismo tribunal (recurso de apelación 642/2016).

²² En sentido análogo, GAMERO CASADO, E. (2019) viene a sostener que estos criterios no es que fuesen vinculantes con anterioridad, sino más bien que deberían extenderse a todas las Administraciones y a todas las decisiones sobre forma de gestión de los servicios públicos, en «Criterios determinantes de la forma de gestión de los servicios públicos; especial referencia a la remunicipalización de servicios locales», *RGDA*, núm. 52, pág. 23.: «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) p.º 2.º LRBL 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».

requisitos, con otros idénticos a los que, por razones cronológicas, no se les exigieron (o a la inversa). Pero normalmente se trata de situaciones privadas, destinadas a desaparecer más o menos rápidamente, mientras que aquí hablamos de Administraciones Públicas y de decisiones que pueden perdurar durante mucho tiempo. De ahí que, sin perjuicio del respeto a situaciones que afectan a terceros y que por lo tanto han de respetarse durante su plazo de vigencia (sobre todo, los contratos ya celebrados), sería más razonable establecer mecanismos de revisión periódica de las formas de gestión y no sólo controles puntuales en el momento de decidir la municipalización y la elección de una determinada forma de gestión.

Esos mecanismos estaban previstos incluso en el Estatuto Municipal de 1924 (que obligaba a cambiar la forma de gestión hacia una indirecta, cuando se superaban un determinado nivel de pérdidas), manteniéndose en el artículo 98 del RSCL²³, y se encuentran actualmente en la LRJSP, en la regulación de los entes instrumentales, aunque, en este caso, si bien el artículo 81.2 establece esa obligación de revisión permanente para el sector público institucional de todas las Administraciones Públicas, el grueso de la regulación sólo se aplica al sector público estatal (artículo 85)²⁴.

b) Aplicación de mecanismos de condicionalidad que afectan a la toma de decisiones por las entidades locales

El campo que ahora estamos analizando está muy relacionado con la configuración del sector público de las entidades locales. En él se ha aplicado con fuerza, en los años de la crisis económica iniciada en 2008, la técnica de la condicionalidad en las relaciones entre Administraciones Públicas, que en España resulta paradójica y necesitada de una importante labor de análisis y construcción jurídica, en la medida en que se opone a reglas básicas como las explicitadas por el TC en su sentencia 13/1992, es decir, la regla –no revisada formalmente con posterioridad– de que «el poder de gastar no constituye un título atributivo de competencias, de modo que el ejercicio de competencias estatales anejo al gasto o a la subvención sólo se justifica en los casos en que, por razón de la materia sobre la que opera dicho gasto o subvención la Constitución o los Estatutos de Autonomía hayan reservado al Estado la titularidad de las competencias»²⁵⁻²⁶. Aunque aquí no

²³ El artículo 98 RSCL establece los supuestos de cese de las municipalizaciones o provincializaciones, entre los que se incluye «resultar más desventajoso para los usuarios que el régimen de libre iniciativa privada o el de gestión indirecta», o «[c]omo consecuencia de pérdidas que reduzcan el capital a su tercera parte».

²⁴ El artículo 81.2 dispone que «[t]odas las Administraciones Públicas deberán establecer un sistema de supervisión continua de sus entidades dependientes, con el objeto de comprobar la subsistencia de los motivos que justificaron su creación y su sostenibilidad financiera, y que deberá incluir la formulación expresa de propuestas de mantenimiento, transformación o extinción».

En el caso de las entidades del sector público estatal, el artículo 85 concreta este mecanismo en el control de eficacia del Departamento al que estén adscritos y la supervisión continua del Ministerio de Hacienda a través de la Intervención General de la Administración del Estado. Esos controles verifican, entre otras cosas, «[l]a subsistencia de las circunstancias que justificaron su creación», «[s]u sostenibilidad financiera», «[l]a concurrencia de la causa de disolución (...) referida al incumplimiento de los fines que justificaron su creación o que su subsistencia no resulta el medio más idóneo para lograrlos», y los resultados de la supervisión «se plasmarán en un informe sujeto a procedimiento contradictorio que, según las conclusiones que se hayan obtenido, podrá contener recomendaciones de mejora o una propuesta de transformación o supresión del organismo público o entidad». Criterios muy similares a los que se encuentran en los artículos 85 y 86, LBRL, sólo que no se aplican exclusivamente en el momento de la toma de decisión, sino durante toda la extensión temporal de sus efectos. El artículo 85 bis LBRL establece, para los entes instrumentales de Derecho público de las entidades locales (organismos autónomos y entidades públicas empresariales) un «control de eficacia por la concejalía, área u órgano equivalente de la entidad local a la que estén adscritos», sin más desarrollo.

²⁵ «[E]l problema constitucional que se nos plantea en los presentes recursos es bajo qué forma, condiciones y requisitos el Estado puede consignar en sus Presupuestos Generales de cada año recursos financieros destinados a ámbitos de actuación cuya competencia material ha sido asumida por las Comunidades Autónomas. Pues si –como resulta de la doctrina de este Tribunal– el poder de gastar no constituye un título atributivo de competencias, de modo que el ejercicio de competencias estatales anejo al gasto o a la subvención sólo se justifica en los casos en que, por razón de la materia sobre la que opera dicho gasto o subvención la Constitución o los Estatutos de Autonomía hayan reservado al Estado la titularidad de las competencias, es claro que el Estado, mediante el ejercicio del poder legislativo presupuestario, no dispone de un poder general para subvenciones (gasto público) entendido como poder libre o desvinculado del orden competencial. El poder de gasto o subvencional es siempre un poder instrumental que se ejerce “dentro”, y no “al margen”, del orden de competencias y de los límites que la Constitución establece y entre ellos el del respeto a la autonomía política y financiera de las Comunidades Autónomas que reconocen y garantizan los arts. 2, 137 y 156 CE. No puede, por tanto, el Estado, usando su poder de gasto en materia de subvenciones, condicionar o mediatizar el ejercicio por las Comunidades Autónomas de sus propias competencias (su autonomía política y financiera) de modo tal que convierta, de hecho, su poder de gastar en un poder para regular la materia al margen del reparto competencial establecido en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía» (FJ 6). Me remito a los fundamentos jurídicos posteriores de esta sentencia, en los que se expone de forma didáctica y modélica esta idea. La jurisprudencia constitucional posterior no ha rectificado esta doctrina, a la que se ha referido recientemente, en las sentencias 87 y 88/2019.

²⁶ El problema de la condicionalidad como título de intervención de una Administración Pública sobre otra diferente se plantea en distintos ámbitos y no ha sido objeto de suficiente reflexión. Sobre su aplicación a la financiación de las Universidades

estamos hablando de subvenciones en sentido estricto, existe identidad de razón para aplicar esta doctrina constitucional, porque también tenemos disposiciones financieras en favor de otra Administración motivadas en la mejor situación financiera del Estado y no en otra competencia sustantiva diferente.

La reforma y reestructuración del sector público de las entidades locales (que es la preocupación que late en los cambios normativos sobre las formas de gestión de los servicios públicos) no comenzaron con la Ley 27/2013, sino que el trabajo ya estaba hecho en buena medida a través de la «condicionalidad» a la que se sometieron las ayudas financieras del Estado destinadas a aliviar la deuda de las entidades locales, sobre todo la deuda comercial a través del denominado «plan de pago a proveedores». Es en ese momento cuando se introduce en nuestro ordenamiento ese término poco afortunado de la «condicionalidad» (podemos hablar de anglicismo procedente de la jerga de los préstamos y «rescates» internacionales)²⁷.

Esa «condicionalidad» no se aplica únicamente a las entidades locales como contrapartida del plan de pago a proveedores y de las medidas de apoyo a entidades locales con problemas financieros (Real Decreto-Ley 8/2013, de 28 de junio), sino también a las comunidades autónomas como condición para el acceso a la financiación ofrecida por el Fondo de Liquidez Autonómica (FLA)²⁸. En aplicación de las potestades concedidas a la Administración del Estado, distintas normas han impuesto a las comunidades autónomas, por ejemplo, objetivos en materia de administración electrónica que van más allá de lo exigido por la legislación

públicas, *vid.* AMOEDO SOUTO, C. A. (2018): «Infrafinanciación cronificada, condicionalidad financiera y autonomía universitaria. Notas para un abordaje jurídico», en LÓPEZ RAMÓN, F.; RIVERO ORTEGA, R.; FERNANDO PABLO, M. (coords.): *Organización de la Universidad y la ciencia*, págs. 163-174. Madrid: INAP, donde pone de relieve la excesiva remisión del legislador a los respectivos Gobiernos en el configuración de las condiciones, un problema que también se plantea en relación con las entidades locales.

²⁷ El Real Decreto-Ley 4/2012, de 24 de febrero, por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales, dice que el mecanismo de pago permitirá «suministrar liquidez a las empresas, apoyar financieramente a las entidades locales afrontando el pago a largo plazo de sus deudas, complementado con la debida condicionalidad fiscal y financiera». Esa «condicionalidad» se concreta en un plan de ajuste (artículo 7), que se aprobará por cada entidad local a propuesta del interventor, siguiendo los criterios vinculantes que deberá establecer un Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos. El plan deberá ser valorado favorablemente por el Ministerio de Hacienda, y a partir de ese momento se liberarán los fondos requeridos por la entidad local. Se produce, por tanto, una remisión normativa de una norma con rango de Ley (el Real Decreto-Ley 4/2012) a un Acuerdo de la Comisión Delegada, que actuará como un auténtico reglamento. El artículo 7 otorga la máxima amplitud a esa remisión, al decir que «[e]l Plan de ajuste podrá incluir modificación de la organización de la corporación local» y que también incluirá «[c]ualesquiera otros requisitos que se establezcan por Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos».

Ese Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos fue aprobado el 1 de marzo de 2012 y publicado por Orden PRE/773/2012, de 6 de abril. En el Anexo, parta cuarta, se enumeran las «condiciones adicionales», se incluyen algunas que ciertamente poco tienen que ver con la sostenibilidad financiera de la entidad, y que se apoyan, teóricamente, en otros títulos competenciales, como «las medidas de reducción de cargas administrativas a ciudadanos y empresas que se vayan a adoptar y la cuantificación de esta reducción», o «medidas relativas a la limitación de los salarios en los contratos mercantiles o de alta dirección de las empresas de su sector público, de reducción del número de consejeros de los Consejos de Administración de las mismas y a la regulación de las cláusulas indemnizatorias de acuerdo con Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral». Más condiciones se establecen en la Orden PRE/966/2014, de 10 de junio, por la que se publican las características principales de las operaciones de endeudamiento suscritas con cargo al mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales.

Especialmente relacionadas con la reestructuración del sector público local son las condiciones establecidas en el artículo 27 del Real Decreto-Ley 8/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes contra la morosidad de las administraciones públicas y de apoyo a entidades locales con problemas financieros, que obligaban a disolver en el plazo de tres meses todos los organismos y entidades vinculados o dependientes de las entidades a las que se aplique cualquiera de las medidas contenidas en la norma.

²⁸ El origen se encuentra en la Disposición Adicional 1.ª de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, que dice que «[l]as Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales que soliciten al Estado el acceso a medidas extraordinarias o mecanismos adicionales de apoyo a la liquidez, vendrán obligadas a acordar con el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas un plan de ajuste, cuando sea preceptivo, que sea consistente con el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública». El contenido es muy amplio y se remite a normas reglamentarias o incluso a actos administrativos de aplicación, como dice el apartado 2 (se transcribe su redacción vigente, más detallada que la original): «El acceso a estos mecanismos vendrá precedido de la aceptación por la Comunidad Autónoma o la Corporación Local de condiciones particulares en materia de seguimiento y remisión de información y de *aquellas otras condiciones que se determinen* en las disposiciones o acuerdos que dispongan la puesta en marcha de los mecanismos, así como de adopción de medidas de ajuste extraordinarias, en su caso, para cumplir con los objetivos de estabilidad presupuestaria, y deuda pública y con los plazos legales de pago a proveedores establecidos en esta Ley, la normativa sobre morosidad y en la normativa europea».

Por lo que se refiere al fondo de liquidez autonómica (FLA), el Real Decreto-Ley 21/2012, de 13 de julio, de medidas de liquidez de las Administraciones públicas y en el ámbito financiero (después sustituido por el Real Decreto-Ley 17/2014, de 26 de diciembre, de medidas de sostenibilidad financiera de las comunidades autónomas y entidades locales y otras de carácter económico), preveía esa condicionalidad desde el principio en sus artículos 4 y 5.

básica (Leyes 39 y 40/2015), y que además suponen la integración en plataformas y medios suministrados o dirigidos por la Administración del Estado²⁹.

Es difícil hacer un juicio conjunto sobre esos mecanismos de «condicionalidad», que además afectan tanto a las entidades locales como a las comunidades autónomas a pesar de que su marco constitucional es muy diferente. Sí es necesario poner de manifiesto que la regulación de las formas de gestión de los servicios locales no puede entenderse sólo a partir de la regulación contenida en la LBRL y normas de desarrollo o de acompañamiento (como el TRRL), sino que también es necesario tener en cuenta esas otras piezas, teóricamente aplicables sólo a determinadas entidades, pero que en la práctica han tenido una amplísima relevancia.

Si tenemos en cuenta que el «estado de necesidad» que obliga a una comunidad autónoma o entidad local a acudir a estos mecanismos de financiación condicionada, no depende sólo –ni, tal vez, principalmente– de la buena o mala gestión de la entidad, sino del desfase del sistema de financiación, cuya reforma se encuentra igualmente en manos del Estado, es fácil llegar a la conclusión de que el sistema autonómico (y, *mutatis mutandis*, la autonomía local) es menos sólido de lo que parece. De poco sirve la asunción estatutaria (y, por tanto, «blindada» frente a la revocación unilateral) de amplísimas competencias, si después se puede incidir en las mismas a través de fórmulas como ésta de la condicionalidad. Esto contribuye a envenenar el debate político sobre la distribución territorial del poder. Quienes se oponen o cuestionan el sistema constitucional encuentran aquí un fácil argumento, invocando esta clase de mecanismos, que privan de sustancia real a las competencias autonómicas (o al menos la reducen).

c) Excesiva concentración en controles procedimentales, en detrimento de otros controles sobre el ejercicio efectivo de las competencias y el nivel de calidad de los servicios

Ya me he referido previamente a la técnica legislativa en esta materia, que se centra en establecer estrictos requisitos para actos concretos (la municipalización, la opción por la gestión directa o por la creación de una entidad sometida en todo o en parte al Derecho privado), con la consecuencia indirecta de acentuar la importancia de las decisiones tomadas en el pasado, cuando esos mismos actos no estaban sometidos a requisitos tan onerosos³⁰. Como hemos dicho, se produce una situación anómala, en la que algo que hoy sería muy difícil de realizar, puede mantenerse y subsistir durante décadas en otro Ayuntamiento sólo porque la decisión se adoptó antes de la entrada en vigor de la nueva norma.

Pero en este apartado quiero profundizar en otro motivo de perplejidad, como es la dudosa eficacia de estos agravados requisitos con los que se quiere garantizar la sostenibilidad, eficiencia y, en definitiva, adecuación al interés público de la municipalización de servicios y actividades económicas y, especialmente, de su gestión directa, de la creación de personas jurídicas para ello y, en particular, del uso de formas de personificación que conllevan la aplicación del Derecho privado. Y es que los mecanismos elegidos por el legislador para tratar de garantizar el «acierto y eficacia» de la decisión administrativa (por usar una terminología legislativa algo antigua, pero fácil de entender) son básicamente formales. Con ello se consigue que sea relativamente sencillo controlar su cumplimiento (sobre todo en sede judicial contencioso-administrativa), pero al precio de reducir la profundidad del control.

El tipo de requisitos que ha establecido el legislador partiendo de una clara desconfianza hacia el ejercicio de actividades económicas por las entidades locales (y también, en particular, hacia la gestión di-

²⁹ Como ejemplo, pueden verse las condiciones establecidas en la Orden PRE/710/2016, de 12 de mayo, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 31 de marzo de 2016, sobre condiciones adicionales a cumplir por las Comunidades Autónomas adheridas al Fondo de Financiación a Comunidades Autónomas, compartimento Fondo de Liquidez Autonómico 2016, o las 30 condiciones previstas en la Orden PRA/360/2017, de 21 de abril, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 2 de marzo de 2017, sobre condiciones adicionales a cumplir por las Comunidades Autónomas adheridas al Fondo de Financiación a Comunidades Autónomas, compartimento Fondo de Liquidez Autonómico 2017, que son muy heterogéneas y que claramente imponen a las comunidades autónomas exigencias que van más allá de lo que supone el cumplimiento de la legislación básica del Estado, pues convierten en obligatorio lo que es una simple recomendación o una norma aplicable sólo al sector público estatal.

³⁰ A esa lista de actos sometidos a requisitos estrictos habría que añadir el rescate de las concesiones, puesto que, de acuerdo con el artículo 279.c) de la LCSP, el rescate no es una decisión discrecional sin más, sino que es necesario acreditar que se ha adoptado «por razones de interés público» (esto es obvio en cualquier decisión discrecional, aunque el legislador lo subraya expresamente con la probable intención de fortalecer el control) y «requerirá además la acreditación de que dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional». Este precepto se aplica a la concesión de obra y también a la de servicios, en virtud de la cláusula de supletoriedad del artículo 297 LCSP.

recta y hacia la creación de personas jurídicas sometidas al Derecho privado), consisten en la exigencia de mayorías [mayoría absoluta del número legal de miembros de la corporación para la municipalización con monopolio y para la elección de la forma de gestión, artículo 47.1.k) LBRL], la imposición de una tutela administrativa en forma de aprobación autonómica (artículo 86.2 LBRL, para la municipalización con monopolio), así como la exigencia de acreditar la sostenibilidad y eficiencia de la medida (artículo 86.1) o, en el caso de la forma de gestión, acreditar que la elegida es «más» sostenible y eficiente que cualquier otra de las posibles. A veces se ha pretendido exigir el cumplimiento de estos mismos requisitos para la supresión de servicios (no obligatorios), en una suerte de argumento de «no regresión» de los servicios municipales³¹.

Sin duda es fácil verificar si se han cumplido requisitos como la mayoría reforzada o la aprobación autonómica. En cuanto al cumplimiento de la exigencia de acreditar la sostenibilidad o la eficiencia, es necesario distinguir los supuestos en que se exige únicamente demostrar que la acción proyectada es sostenible o eficiente, de aquellos otros en que se exige una motivación comparativa, que acredite la «mayor» eficiencia o sostenibilidad respecto a otras alternativas. Este segundo *test* resulta más difícil de superar. La motivación en términos absolutos (es decir, sin necesidad de analizar alternativas) es mucho más sencilla para la Administración.

Si asumimos que en el control del cumplimiento de estos requisitos los tribunales tenderán a reconocer un margen de apreciación significativo a la Administración, como corresponde a conceptos muy abiertos (pensemos en la «eficiencia», o incluso en la «mayor eficiencia») y también a que con estos conceptos se están sustituyendo a habilitaciones discrecionales a la Administración, es fácil prever que nos encontremos ante un control de la seriedad de la motivación, y que al final se discutirá sobre todo cuándo se debe aplicar este control (sólo en caso de municipalización de nuevas actividades, o también ante cualquier cambio en la forma de gestión), y también si la motivación tiene suficiente apariencia de seriedad³². Como he dicho *supra*, el tenor de las normas aplicables permite, al menos en principio, ir más

³¹ Rechaza, con razón, este argumento la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Asturias de 18 de diciembre de 2017 (recurso de apelación 293/2017), en un asunto en que se impugnaba la decisión municipal de cerrar un centro ecuestre que se había revelado muy deficitario y para el que no existían licitadores que optasen a la gestión indirecta: «no existe obligación alguna de aplicar una especie de simetría o equivalencia de motivación a la hora de establecer un servicio que a la de suprimirlo, porque lo relevante es la existencia de razones objetivas que además se exterioricen y no su volumen, perspectiva, extensión o trámites de instrucción».

³² Un ejemplo de proceso en el que el recurrente (empresa aspirante a la concesión) se opone a la decisión de optar por la gestión directa, y se discute si el Ayuntamiento estaba obligado a seguir el procedimiento de municipalización, lo encontramos en el caso «Aguas de Valladolid», resuelto en apelación por la sentencia de la Sala de Valladolid de 21 de mayo de 2019 (recurso de apelación 339/2018). La sentencia niega que dicho procedimiento sea aplicable cuando de lo que se trata es de cambiar la forma de gestión (de indirecta a directa) de un servicio que ya venía siendo prestado por la Administración: «La Sala estima, como en la sentencia de instancia, que no es exigible seguir el procedimiento previsto en los artículos 86.1 de la LBRL y 97.1 del TRRL, para la adopción de un acuerdo, como el que se examina, en el que únicamente se decide sobre la forma de gestión, directa en este caso, de unos servicios públicos locales, que son de prestación obligatoria *en todo caso* para el Municipio (art. 26.1 LBRL) y que por disposición legal *están reservados* a favor de las Entidades Locales. En acuerdo impugnado *internaliza*, no *municipaliza* un servicio que por disposición legal es municipal». Por lo tanto, la discusión no se centra en si se ha acreditado o no la sostenibilidad y eficiencia (uno de los contenidos del acuerdo de municipalización), sino en si es, o no, necesario seguir ese procedimiento (con respuesta, en este caso, negativa). La misma doctrina se establece en la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Albacete del TSJ de Castilla-La Mancha de 30 de noviembre de 2015 (recurso de apelación 152/2014), que también rechaza la necesidad de autorización autonómica cuando lo único que se decide es optar por la gestión directa mediante la creación de una empresa municipal: «Con el acuerdo plenario el 27 de diciembre de 2012 el Ayuntamiento de Cuenca no acordó la municipalización de ningún servicio y, tampoco, la «conveniencia del régimen» de monopolio ex artículo 97.2 del Texto refundido aprobado por RD 781/1986, precepto invocado por el Ayuntamiento de Cuenca».

Además, pese a que el acuerdo municipal recurrido es de 23 de febrero de 2017 (posterior, por tanto, a la entrada en vigor de la nueva redacción del artículo 85 LBRL, que establece que los servicios «habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación»), dice que «la aprobación de las formas de gestión de los servicios públicos corresponde al Pleno del Ayuntamiento (art. 22.1.f de la LBRL); constituye una decisión de carácter discrecional, que tiene un contenido político, no predeterminado por el Derecho, de modo que la Administración decide entre las formas de gestión legalmente previstas con un margen de libertad, condicionado por la sujeción de su actuación a la satisfacción de los intereses generales (art. 103.1 CE), que no puede ser arbitraria (art. 9.3 CE) y al cumplimiento de los requisitos materiales y formales establecidos en el art. 85.2 de la LBRL».

En el mismo sentido, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Asturias de 18 de diciembre de 2017 (recurso de apelación 293/2017): «el establecimiento, modificación o supresión de la modalidad de gestión de un servicio público, o de su asunción o supresión, fuera de los imperativos legalmente tasados sobre servicios públicos obligatorios según la población o por tratarse de gestión de servicios con autoridad, pertenece a una potestad discrecional, encaminada a apreciar la oportunidad o no de su existencia y forma de gestión. Tal potestad cuenta con anclaje normativo directo en el art. 30 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales en relación con el desarrollo local a través del Reglamento de uso y régimen de utilización de las instalaciones deportivas municipales (BOPA 11-1-2013). El criterio de oportunidad no es capricho ni arbitrariedad sino sencillamente que, existiendo distintas opciones políticamente posibles dentro de las jurídicamente admisibles, corresponde a la administración local la decisión final.

allá de ese control formal y que el recurrente intente demostrar que los informes en que se ha basado la Administración llegan a conclusiones incorrectas, aunque en la práctica parece poco probable que pueda prosperar un recurso de este tipo.

Parece que el legislador, de entre todas las formas posibles de «programación normativa» o de «dirección» de la Administración desde el derecho, sólo confía en las que admiten una respuesta binaria (se ha obtenido mayoría absoluta, o no, constan los informes, o no), fácilmente verificable por los funcionarios que intervienen en el expediente (en particular los habilitados nacionales, a los que se cita expresamente en los preceptos legales) y por la jurisdicción contencioso-administrativa. Otro tipo de formas de programación o de influencia sobre la conducta de la Administración, como puede ser la información pública, o la participación de expertos o de instancias administrativas pero no alineadas con ninguno de los interesados (es decir, que no sean ni funcionarios de la entidad, ni expertos contratados por ella), no se utilizan.

En la práctica, la utilidad de exigencias de justificación como las que se contienen en la nueva redacción del artículo 85.1 es dudosa, a pesar del énfasis de su redacción. No olvidemos que en la legislación de contratos públicos se exige que se acredite que el contrato era necesario, debido a la falta de medios propios que permitan a la Administración cubrir esa necesidad, y sin embargo se trata de un requisito que en la práctica es muy fácil de cumplir³³.

Se echa de menos que la legislación se ocupe también de velar por la eficacia y calidad de la gestión de los servicios públicos cualquiera que sea la forma de gestión, y no sólo por el cumplimiento de los requisitos establecidos para la elección de la misma. No olvidemos que está en juego, además de la sostenibilidad financiera, la calidad de los servicios públicos básicos que reciben los ciudadanos. La gestión de los servicios a nivel municipal es la más respetuosa con la autonomía local y tiene ventajas en términos de descentralización, pero también tiene riesgos desde el punto de vista de la igualdad de los ciudadanos, que reciben –o pueden recibir– servicios de una calidad muy desigual en función del municipio en que vivan. El establecimiento de indicadores objetivos de dicha calidad, vinculantes para las entidades que prestan el servicio con independencia de la forma de prestación, e incluso la creación de entidades horizontales (en virtud del asociacionismo local) que pongan en común las buenas prácticas y generen indicadores no vinculantes pero relevantes, son caminos que conviene recorrer.

d) La utilización de concesiones demaniales para la prestación de servicios, ¿un punto ciego?

El progresivo fortalecimiento de los requisitos legales relativos a las formas de prestación de los servicios públicos hace que resulte más llamativo y necesitado de explicación jurídica el recurso, que se observa en la práctica, a las concesiones demaniales como forma de gestionar, materialmente, un servicio o actividad económica, de modo prácticamente intercambiable con los instrumentos jurídicos legalmente previstos como formas de prestación de los servicios públicos³⁴.

Cuando un Ayuntamiento otorga una concesión sobre un bien de dominio público para que, por ejemplo, se construya y gestione un centro geriátrico, y en la concesión se establecen condiciones relativas a las ca-

Una cosa es la obligación de contar con instalaciones deportivas del Ayuntamiento de Oviedo, que dimana del art. 26.1.c) LBRL y otra muy distinta que tales instalaciones, su extensión y contenido disciplinar, deban ser los que se ajusten a la apetencia de los potenciales usuarios».

³³ En la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995, ya se exigía, en la tramitación del contrato de servicios, que «[a]l expediente de contratación deberá incorporarse un informe del servicio interesado en la celebración del contrato, en el que se justifique debidamente la insuficiencia, la falta de adecuación o la conveniencia de no ampliación de los medios personales y materiales con que cuenta la Administración para cubrir las necesidades que se trata de satisfacer a través del contrato (artículo 203.1)». En la legislación posterior, esa exigencia se ha vuelto más genérica, pero se ha extendido a todos los contratos, y así el artículo 28 de la vigente LCSP (con el antecedente del 22 del TRLCSP de 2011) establece que «[l]as entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación».

³⁴ Sobre esta cuestión, *vid.* VELASCO CABALLERO, F. (2018): “¿Puede haber residencias privadas de mayores sobre suelo dotacional público?”, en su blog (<https://franciscovelascoballeroblog.wordpress.com/2018/05/29/puede-haber-residencias-privadas-de-mayores-sobre-suelo-dotacional-publico/>, consultado por última vez el 1 de diciembre de 2019); GONZÁLEZ GARCÍA, J. (2017): “Ley de Contratos del Sector Público: aplicación a los contratos patrimoniales”, en su blog *Global Politics and Law* (<https://www.global-politicsandlaw.com/2017/12/12/contratos-patrimoniales-nueva-ley-contratos-sector-publico/>, consultado por última vez el 1 de diciembre de 2019).

racterísticas y funcionamiento del centro (sobre precios, por ejemplo), a fin de conseguir que en el municipio existan plazas asequibles suficientes para satisfacer las necesidades de la población afectada, se está consiguiendo, por esa vía, y al margen de los artículos 85 y siguientes de la LBRL, la prestación de un servicio local, utilizando una forma de gestión indirecta.

La regulación de las concesiones demaniales es mucho más corta que la de los contratos similares (concesión de obras o concesión de servicios). De hecho, en lo relativo al procedimiento de licitación se remite a la legislación de contratos (artículo 78.2 RBEL).

Los contratos públicos y las concesiones demaniales son dos figuras jurídicas de características muy diferentes entre sí. Cuando la Administración quiere conseguir una determinada finalidad, o cuando se debe calificar un determinado negocio jurídico, se debe optar por una de las dos figuras, porque son incompatibles y cada una de ellas está sometida a una normativa diferente. A su vez, las dos tienen puntos de conexión, de forma que hay supuestos que, si los contemplamos desde una determinada perspectiva podemos construirlos como concesión demanial, mientras que si los contemplamos desde otro punto de vista podemos construirlos como contratos. Pero, en todo caso, hay que llegar a una única conclusión, porque contratos públicos y concesiones son cosas distintas y tienen regímenes jurídicos diferentes (por más que a las concesiones se aplique en alguna medida el régimen de los contratos, concretamente el procedimiento de licitación y adjudicación de los contratos públicos por remisión expresa del RBEL).

Entre otras cosas, las concesiones demaniales son actos unilaterales de la Administración (aunque sólo pueden otorgarse a solicitud de un particular), no contratos. Su plazo de duración es distinto del de los contratos. Su cumplimiento se rige por la LPAP y el RBEL, no por la legislación de contratos públicos.

Actualmente, la cuestión de la delimitación ha experimentado un giro debido a la regulación de los contratos por normas de Derecho comunitario, concretamente las Directivas 2014/23 (sobre concesiones) y 2014/24 (sobre los demás contratos públicos). Los Estados miembros no pueden utilizar un concepto interno como el de concesión para eludir las Directivas³⁵. Por tanto, sólo serán concesiones demaniales (y quedarán excluidas de la legislación de contratos públicos) las que encajen en el párrafo 15 del preámbulo de la Directiva 2014/23: «acuerdos cuyo objeto es el derecho de un operador económico a explotar determinados parajes o recursos de carácter público, con arreglo al Derecho privado o público, como es el caso de terrenos o cualquier propiedad pública, especialmente en el sector de los puertos marítimos e interiores o aeroportuario, en los que el Estado, poder adjudicador o entidad adjudicadora establece únicamente sus condiciones generales de utilización, sin contratar obras o servicios específicos. Tal es el caso, normalmente, de los contratos de arrendamiento de bienes o de tierras de dominio público, que en general contienen condiciones sobre la toma de posesión del arrendatario, el uso al que debe destinarse el bien, las obligaciones del propietario y del arrendatario por cuanto se refiere al mantenimiento del bien, la duración del contrato de arrendamiento y la devolución de la posesión al propietario, la cuantía del alquiler y los gastos accesorios que debe abonar el arrendatario» (el artículo 9.1 LCSP recoge esta exclusión). Pero, hasta la aprobación de esta Directiva, los contratos públicos de concesión (que constituyen la categoría fronteriza con la concesión demanial, con la que se plantean los problemas de delimitación) no estaban incluidos en el ámbito de aplicación de las Directivas, de modo que la delimitación de las dos figuras era algo que podía decidir con entera libertad el ordenamiento jurídico interno.

Como se ha indicado hace un momento, existe una cierta relación entre las concesiones demaniales y los contratos, en el sentido de que tanto en un caso como en otro se combinan los mismos elementos, con la diferencia de que el predominio corresponde a uno o a otro, y eso determina la calificación jurídica. En la concesión demanial la Administración aparece como titular de un bien de dominio público y otorga a un tercero su aprovechamiento privativo temporal. Lo más importante es el bien demanial y el derecho que la Administración ostenta sobre él, lo que determina que sea prioritaria la idea de conservación del bien (reversión) y de obtención de rendimientos por la Administración. En cambio, en las concesiones de servicios o de obras, lo importante es la prestación de un servicio público o la puesta en servicio de una obra pública, a disposición de los ciudadanos que son sus usuarios. El bien público, cuando lo hay, es un instrumento para la prestación del servicio público o es el soporte de la obra pública. En cambio, puede haber concesiones demaniales en las que el bien demanial vaya a ser utilizado para finalidades estrictamente privadas (como la construcción de una nave industrial o de un hotel, por ejemplo).

³⁵ *Vid.*, sobre la exclusión de las concesiones y de los contratos relativos a bienes inmuebles del ámbito de aplicación de la legislación de contratos públicos, y su interpretación, GONZÁLEZ GARCÍA, J. V. (2018): "Colaboración público-privada: más allá de la nueva Ley de Contratos del Sector Público", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 74, págs. 34-43, especialmente págs. 38-41.

En todo caso, y aunque pueda haber supuestos más o menos dudosos, se ha acuñado el criterio de que, cuando el elemento más importante es el servicio que el particular va a prestar a partir del bien demanial concedido, nos hallamos ante un contrato de concesión (de obra o servicio), mientras que, cuando lo importante es el bien concedido, quedando en un segundo plano la actividad que el particular va a llevar a cabo sobre él (aunque no sea enteramente libre, por supuesto), nos hallaremos ante una concesión demanial³⁶. Todo ello al margen del argumento urbanístico que apunta inteligentemente F. Velasco Caballero, es decir, que en las parcelas demaniales calificadas como equipamiento público, la vinculación de su uso a un servicio público sólo estaría garantizada por una concesión de servicio público y no por una concesión demanial.

La concesión demanial, con todas sus incertidumbres, representa a veces una vía de escape frente a la compleja regulación de los servicios públicos locales. Aunque se descarte en una interpretación razonable de la ley, en la práctica se utiliza a veces, sin que los mecanismos preventivos y represivos permitan corregir estas desviaciones³⁷.

e) El sesgo a favor de la contractualización de los servicios públicos

A pesar de la neutralidad de los artículos 85 y siguientes de la LBRL, que admiten tanto la gestión directa como la indirecta, existe circunstancias bien conocidas que, de hecho, hacen que resulten mucho más cómodo para las entidades locales optar por la gestión indirecta, y que, una vez iniciada, favorecen que la misma continúe con una nueva licitación cuando expire el plazo del contrato inicial, en lugar de pasar a la gestión directa (definida como «internalización» del servicio, término más correcto que el de «remunicipalización»)³⁸.

Los requisitos de motivación de los artículos 85 y 86 LBRL son más estrictos para justificar la gestión directa (especialmente la monopolista) y la creación de nuevas personas jurídicas, que para optar por la gestión indirecta mediante un contrato.

Uno de los factores más relevantes, aunque aparentemente sea instrumental y no aparezca en la LBRL, es el régimen del personal, es decir, las severas limitaciones a la incorporación de nuevo personal, materializadas en la «tasa de reposición» establecida por la legislación estatal (Leyes de Presupuestos Generales

³⁶ Como establece, por ejemplo, la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) número 076/2012, de 28 de marzo: «Sin embargo, falta en el supuesto que analizamos claramente la idea de la existencia de un servicio público de carácter predominante, siendo obvio que lo que se cede no es tanto la posibilidad de prestar un servicio público, cuanto la explotación de un determinado terreno calificado jurídicamente como demanio natural. Ello no resulta desvirtuado por el hecho de que el concesionario deba facilitar a los usuarios el suministro de agua y electricidad para las embarcaciones amarradas pues ello no supone sino una característica de la propia instalación que debe contar con los puntos de conexión correspondientes pero sin que el suministro de una u otra constituya propiamente un servicio prestado por el concesionario. Tampoco constituye una contradicción con la naturaleza demanial de la concesión que analizamos el hecho de que se prevea la posibilidad de realizar obras de acondicionamiento, mejora o ampliación de las instalaciones existentes, pues evidentemente éstas carecen de la entidad necesaria como para desvirtuar el carácter de la misma y convertirla en una concesión de obras. Está claro, y así se deduce de la base segunda del pliego, que el objeto concesional lo constituyen las instalaciones actuales, sin perjuicio de que se prevea la posibilidad de mejorar o acondicionar algunas de ellas o, incluso, de ampliarlas llegado el caso. Resulta evidente, tal como se configura la concesión, que el derecho a explotar los amarres no constituye la retribución del concesionario en contrapartida por la realización de obras, tal como exige el apartado 1 del artículo 7 de la Ley de Contratos del Sector Público».

En el mismo sentido, el informe número 67/99 de la entonces Junta Consultiva de Contratación Administrativa (del Estado), ahora Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, de 6 de julio de 2000, da a entender que, cuando la Administración persigue la obtención de una prestación por el privado (que puede consistir en la explotación de una obra, para permitir su utilización por los ciudadanos, o en la prestación de un servicio a los ciudadanos), habría concesión de obra o de servicio (es decir, un contrato), mientras que, cuando la Administración actúa únicamente como titular de un bien que percibe una contraprestación por el particular que lo explota para una actividad de su interés particular, habría una simple concesión demanial (por ejemplo, instalación de un restaurante o de una máquina expendedora de bebidas). Se cita un informe anterior de 7 de marzo de 1996.

³⁷ Un ejemplo práctico en el dictamen 259/2019 del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, sobre el contrato celebrado por el Ayuntamiento de Gozón para la construcción y explotación, en una parcela municipal destinada a equipamiento, de una residencia geriátrica. En el procedimiento de licitación, el Ayuntamiento actuó ambiguamente, calificando la relación, alternativamente, como concesión demanial y como contrato. Durante la ejecución, el concesionario se apoya en la primera calificación para eludir las reglas de la legislación de contratos sobre cesión o modificación, más estrictas. En este caso, el dictamen asume que se trata de una concesión de obra o un contrato de gestión de servicios en forma de concesión, y no una concesión demanial, porque la causa que lleva al Ayuntamiento a su otorgamiento es la prestación de un servicio público (en este caso, la obtención de suficientes plazas para los vecinos que necesitan residir en un establecimiento geriátrico) y no la mera conveniencia patrimonial del Ayuntamiento como titular de la parcela: «El engarce con el servicio público se corrobora a la vista de la causa que determina el negocio ahora cuestionado. (...) En suma, no puede soslayarse que es el interés público, y no el puramente patrimonial del explotador, el que determina la actuación municipal, en la que el fin público se erige como elemento esencial».

³⁸ Vid. TORNOS MAS, J. (2016): «La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales», *cit.*, pág. 32.

del Estado) con efectos vinculantes para todas las Administraciones Públicas³⁹. La gestión directa de servicios o, en general, actividades económicas, ya se trate de la asunción *ex novo* de un servicio o actividad por el municipio o de la internalización de una que se viniera llevando a cabo mediante gestión indirecta, exige la incorporación de nuevo personal por el Ayuntamiento, que en la práctica resulta casi inviable o muy limitada.

Como es sabido, la consecuencia ha sido el protagonismo de la figura del «indefinido no fijo». En principio, la internalización de un servicio antes prestado por un contratista privado (normalmente concesionario de servicio, aunque a veces se trata de contratos de servicios) daría lugar a la marcha de ese contratista, con su personal, y a la necesidad municipal de reclutar nuevo personal⁴⁰. Sin embargo, en no pocas ocasiones los tribunales declaran que se ha producido «sucesión de empresas» y que los trabajadores del concesionario deben ser asumidos por el Ayuntamiento. Como no se han incorporado a la plantilla municipal a través de los procedimientos legalmente previstos para la selección de personal laboral, esa incorporación se produce a través de la figura del «indefinido no fijo». Aunque, teóricamente, no debería producirse ese fenómeno de sucesión de empresas cuando se pasa a la gestión directa, porque de ese modo se ponen en cuestión los procedimientos de incorporación de personal al Ayuntamiento (del mismo modo que la externalización de servicios no debería dar lugar al fenómeno de la cesión ilegal de trabajadores), y la incorporación de «indefinidos no fijos» supone, en principio, una señal de mal funcionamiento, en la práctica los Ayuntamientos casi la saludan porque les permite disponer del personal que necesitaban para la gestión del servicio⁴¹. El legislador estatal ha acabado casi otorgando carta de naturaleza al fenómeno al establecer que las convocatorias dirigidas a cubrir por los procedimientos legalmente establecidos las plazas ocupadas por indefinidos no fijos (que, en una elevada proporción, conducen a la estabilización de este personal, sobre todo porque, al ser personal laboral, los procedimientos de acceso permiten dar más importancia a la experiencia que en muchos casos atesoran), no computan como nuevas incorporaciones al aplicar la tasa de reposición, de modo que los Ayuntamientos pueden convocar esos procedimientos sin limitar sus posibilidades legales de incorporación de nuevo personal, que sólo se «consumen» con la incorporación de nuevo personal en sentido estricto⁴². El catálogo de triquiñuelas va en aumento, incluyendo el abuso de la contratación por obra o servicio, para reclutar el personal que ha de prestar nuevos servicios gestionados directamente por el Ayuntamiento, y el recurso al aumento de jornada de ese personal laboral para suplir la marcha de aquellos a quienes no se puede renovar el contrato para evitar que adquieran la condición de indefinido no fijo⁴³.

Con independencia de las peculiaridades de cada caso concreto, el resultado final es que las normas hacen muy difícil para el Ayuntamiento la gestión directa, mientras que le ponen facilidades para la indirecta. No es un problema de sostenibilidad financiera, porque los recursos existen (la buena salud financiera de

³⁹ Sobre los aspectos laborales de las «remunicipalizaciones», *vid.* CASTILLO BLANCO, F. (2016): «Remunicipalización de servicios locales y situación del personal de los servicios rescatados», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59, págs. 72-95.; MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M. (2018): «Una visión administrativista de los problemas laborales derivados de cambios en la gestión de los servicios públicos», en *REDA*, núm. 193, págs. 127-155; ALFONSO MELLADO, C. L. (2017): «La reversión a la gestión directa de servicios públicos: problemas laborales», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 69, págs. 22-35.

⁴⁰ También se producen problemas cuando se suprimen organismos públicos locales y se integra su personal en la entidad local matriz, como muestra el caso resuelto por la sentencia del TS de 19 de diciembre de 2018 (recurso de casación 720/2016), relativo al Ayuntamiento de Ferrol. El TS concluye que «es correcta la decisión de la corporación municipal de subrogarse en la posición que mantenían con su personal sus entidades públicas suprimidas. También son ajustadas a Derecho por razones obvias las previsiones sobre la integración de los funcionarios y del personal laboral que hubiere superado un proceso selectivo y estuvieren destinados en ellas. Por lo que hace al resto del personal, el juego de la sucesión de empresas implica el mantenimiento del régimen al que estaban sujetos y eso significa que el Ayuntamiento ha de adoptar las medidas necesarias para hacer frente a las obligaciones que sus organismos autónomos contrajeron con sus restantes empleados no funcionarios con vínculo temporal o indefinido no fijo».

⁴¹ Esto ha dado lugar a fenómenos como el allanamiento (o la falta de oposición seria, que es casi lo mismo en la práctica) de los Ayuntamientos a las demandas en la jurisdicción social de los trabajadores que alegan que se ha producido sucesión de empresas y que reclaman que se reconozca su relación laboral con la Administración (y no con la antigua empresa contratista), así como el alto porcentaje de trabajadores indefinidos no fijos en la plantilla municipal (sobre todo su alto porcentaje sobre el total de nuevas incorporaciones).

El Ayuntamiento puede, en la práctica, desear que los tribunales le obliguen a asumir como personal indefinido no fijo al de la antigua contrata, aunque la Ley le impide reconocer voluntariamente esa condición: Disposición Adicional 34.^a de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 y Disposición Adicional 43.^a de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018.

⁴² Artículo 19.4 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 y artículo 19.7 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018.

⁴³ Véanse, como ejemplo, noticias como «El Ayuntamiento prescindirá de 24 educadoras infantiles que tenían un contrato de obra o servicio» (<https://www.lne.es/oviedo/2019/09/02/ayuntamiento-prescindira-24-educadoras-infantiles/2523797.html>) o «El Ayuntamiento readmitirá a las educadoras infantiles si lo dice el juez» (<https://www.lne.es/oviedo/2019/11/26/educacion-readmitira-educadoras-infantiles-dice/2563382.html>).

las entidades locales en comparación con las Administraciones estatal y autonómicas es una evidencia), y porque, además, tanto la gestión directa como la indirecta tienen un coste. Sencillamente, se ponen más facilidades para que esos recursos se gasten en un contrato, que para que se comprometan con la incorporación de nuevo personal. La legislación ha optado, implícitamente, por las ventajas del *outsourcing* o externalización. Un criterio que el legislador puede asumir, pero que choca con la tendencia que ha acogido, por ejemplo, la LCSP de 2017 en favor de la estabilidad y la calidad en el empleo⁴⁴.

La tendencia hacia la contractualización también se debe a razones fácticas. La decisión de optar por la gestión indirecta es una decisión que vincula a la Administración durante el plazo de duración del contrato, que puede ser corto si hablamos de un contrato de servicios, pero largo si se trata de una concesión. En todo caso, es una decisión cuyo efecto vinculante va más allá (por lo menos cuando se trata de concesiones, que es la fórmula contractual más habitual para la gestión de servicios públicos) del mandato de la corporación que toma la decisión de optar por la gestión indirecta. Puede ocurrir, incluso (y no se trata de un supuesto académico, sino real), que uno de los factores que justifique el plazo de duración del contrato sea la necesidad de amortizar el canon concesional que el concesionario abona al Ayuntamiento al inicio del contrato⁴⁵. En este punto son necesarias normas imperativas, en la medida en que el interés inmediato de la corporación que licita el contrato tiende a que se produzcan dos circunstancias que son un «mal necesario»: administrar en poco tiempo un canon que en realidad se genera a lo largo de todo el plazo de duración de la concesión (más allá, por tanto, del mandato de la corporación que licita y adjudica el contrato) y maximizar el plazo de duración, lo que también produce el efecto de hipotecar o predeterminar a corporaciones futuras en sus decisiones sobre la forma de gestión del servicio⁴⁶.

Por otro lado, el juego de las prórrogas prolonga con cierta frecuencia el plazo de duración del contrato (y, por tanto, el efecto de las decisiones de gestión indirecta del servicio), porque incluso aunque se trate de prórrogas contrarias a la legalidad, son difíciles de revertir debido a un rígido entendimiento de los límites a la revisión de oficio⁴⁷.

En cambio, la gestión directa puede ser modificada o rectificada en todo momento, porque se adopta por plazo indefinido y, por tanto, libremente revocable por la corporación. El efecto conjunto de todos estos factores es que, si suponemos un Ayuntamiento en el que se produce alternancia política, de modo que el 50% del tiempo tiene una mayoría partidaria de la gestión directa, y el otro 50% del tiempo la mayoría es partidaria de la gestión indirecta (y ello en periodos de alternancia de, supongamos, 4 u 8 años), los servicios se van a prestar en régimen de gestión indirecta (contractual) durante mucho más tiempo que en régimen de gestión directa, porque las adjudicaciones de contratos vincularán a las corporaciones futuras y las decisiones de optar por la gestión directa no lo harán.

⁴⁴ La LCSP permite tener en cuenta «la mejora de las condiciones laborales y salariales» y «la estabilidad en el empleo» como criterios de adjudicación (artículo 145.2.1.º). Además, se refuerza el cumplimiento de las normas relativas a condicionales laborales y sociales (incluidos los convenios colectivos), al considerar que su eventual infracción también constituye incumplimiento del contrato, con las consecuencias a él anudadas (artículo 201). Todo ello sin perjuicio de las condiciones especiales de ejecución de carácter social, reguladas en el artículo 202, teniendo en cuenta que el pliego deberá establecer «al menos una de las condiciones especiales de ejecución» enumeradas en el artículo 202.2, que no incluye sólo las sociales, sino también las ambientales.

⁴⁵ Tanto en el contrato de servicios como en el de concesión de obras o servicios, el plazo se fijará teniendo en cuenta, entre otros factores, «el periodo de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato» (artículo 29.4 LCSP, para el contrato de servicios), o «el tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios» (artículo 29.6 LCSP, para las concesiones), con la única diferencia de que el contrato de servicios tiene un plazo de duración máximo de 5 años, que sólo puede superarse de forma excepcional en atención a factores como el indicado, mientras que el de concesión tiene un plazo de duración mucho más alto (de hasta 40 años), y esos factores sirven para determinar el plazo concreto, por debajo de dicho tope máximo. El canon concesional es una esas inversiones que efectúa el contratista, que no puede utilizar en el resto de su actividad productiva (como un vehículo o una máquina, por ejemplo), y que tiene que recuperar con la actividad económica objeto del contrato, de modo que puede justificar una mayor duración del contrato.

⁴⁶ Se produce un incentivo perverso. Una Administración puede querer maximizar el canon, para poder efectuar gasto público que en realidad sustituye a ingresos que se habrían producido más allá de su mandato, y para conseguirlo maximiza el plazo de duración de la concesión, agravando otro «mal necesario» como es la extensión de dicho plazo más allá del plazo de duración del mandato municipal.

Esas normas imperativas pueden ser las de estabilidad financiera, concretamente la regla de gasto, que, al limitar la capacidad de gasto de la entidad local con independencia de sus disponibilidades presupuestarias inmediatas, hacen que el canon concesional no pueda ser «gastado» rápidamente por la corporación que licita y adjudica el contrato.

⁴⁷ Nos puede servir como ejemplo el caso de la prohibición legal de las prórrogas tácitas, o el caso de las aparentes prórrogas que en realidad constituyen modificaciones contractuales aprobadas al margen del procedimiento legalmente establecido, y que con frecuencia no se pueden revertir *a posteriori* debido a la aplicación de los límites a la potestad de revisión de oficio (dictamen 259/2019 del Consejo Consultivo del Principado de Asturias). Sobre la aplicación del artículo 110 de la LPAC, *vid.* MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M. (2019): *Los límites a la potestad de revisión*. Cizur Menor: Aranzadi.

f) La cooperación horizontal como forma de gestión de los servicios públicos

Es sabido que la principal causa de que las directivas sobre contratación pública hayan tardado tanto en incluir plenamente a las concesiones (sólo con la «cuarta generación» de directivas, de 2014, se ha producido esa incorporación, y sólo a medias, puesto que se trata de una directiva distinta a la general, y mucho menos incisiva en su regulación), es el hecho de que en algunos Estados miembros (sobre todo Alemania) se tiende frecuentemente a gestionar servicios públicos mediante acuerdos entre distintas Administraciones, que devienen imposibles si las únicas opciones que se ofrecen a los poderes adjudicadores son la gestión directa (interna o mediante medio propio) o la gestión indirecta contractual con licitación pública⁴⁸.

Me estoy refiriendo a fórmulas de gestión de los servicios públicos en las que la Administración titular del servicio no lo licita (con libre acceso a operadores privados), ni lo presta de forma directa o a través de un medio propio, sino que se lo encomienda a otra Administración o a una entidad creada por otra Administración, con frecuencia con el objetivo final de aprovechar capacidades ociosas de las infraestructuras o empresas de esa otra Administración (como en el conocido asunto *Hamburgo*)⁴⁹.

La respuesta del Derecho comunitario para no obligar a los Estados miembros a renunciar a esas fórmulas de gestión y a la vez no encoger el ámbito de aplicación de las Directivas ha sido doble: una concepción amplia del «riesgo operacional» para permitir una concepción también amplia del contrato de concesión (sometido a una regulación más laxa que los demás), y la expresa acogida de la «cooperación horizontal», que permite que los poderes adjudicadores celebren poderes adjudicadores entre sí, *exentos de la aplicación de las Directivas*, siempre que se cumplan ciertos requisitos como que actúen siguiendo exclusivamente consideraciones de interés público y en ejercicio de sus competencias.

Ello afecta, indudablemente, a las formas de gestión de los servicios públicos porque está pensado para acoger fórmulas que se utilizan en algunos Estados miembros para la gestión de servicios públicos o la realización de actividades económicas⁵⁰.

En este punto, es necesario constatar que el Derecho comunitario se encuentra en una situación de indefinición, tanto a nivel legislativo (Directiva 24/2014) como jurisprudencial, y que el Derecho español se ha quedado un paso por detrás, al haber mantenido, seguramente por falta de atención en la preparación de los textos legislativos, una posición más restrictiva que la del Derecho comunitario, que, aun en el caso de que pueda ser considerada conforme con el Derecho comunitario, supone una restricción seguramente no querida y que está obligando a esfuerzos argumentativos que personalmente me parecen baldíos y dignos de mejor causa.

¿Cuál es la situación de indefinición del Derecho comunitario? En el caso de la cooperación vertical, se permite a los poderes adjudicadores adjudicar *directamente* encargos a sus medios propios, aunque con ello se reduzcan las posibilidades de negocio de las empresas que hubieran podido aspirar a la adjudicación del encargo, si, en lugar de poder adjudicarse directamente a un medio propio, fuese obligatorio sacarlo a licitación (artículo 12 de la Directiva 2014/24). La posición de la Directiva, adelantada por la jurisprudencia, es la consecuencia lógica de no admitir el principio del contratista interpuesto. La progresiva relajación de los requisitos exigidos a los medios propios (a partir de la doctrina TRAGSA) ha propiciado la extensión de la figura.

No está claro, en cambio, que todos estos encargos puedan ser canalizados a través de la cooperación horizontal. Sin duda pueden adjudicarse por esa vía encargos que tengan el mismo objeto que un contrato, y que, en ese sentido, restrinjan la competencia o perjudiquen a empresas que hubieran podido aspirar a la adjudicación del contrato. Pero se exige un requisito de «razones de interés público» y «ejercicio de competencias» [artículo 12.4, apartados a) y b)], de carácter indeterminado, que restringe el ámbito de la figura de forma clara respecto al que tiene la cooperación vertical (es decir, los encargos a medios propios)⁵¹.

⁴⁸ He estudiado esta cuestión en mis trabajos (2018): “Los convenios interadministrativos y la legislación de contratos públicos”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, Nueva época, núm. 8, págs. 5-26; (2018): “El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, en *Documentación Administrativa*, Nueva época, núm. 4, págs. 31-51; (2018): “Skin in the game: riesgo operacional y responsabilidad patrimonial administrativa”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 74, págs. 20-33.

⁴⁹ Sentencia del TJ de 9 de junio de 2009 (asunto C480/06).

⁵⁰ Si acudimos a las sentencias *Hamburgo* y *Remondis* (sentencia de 21 de diciembre de 2016, asunto C-51/15), vemos cómo esos convenios sirven para la gestión de servicios locales (fundamentalmente gestión de residuos, por oposición a lo que sucede en España, donde el debate se centra en el agua) y sustituyen a licitaciones a las que hubieran podido presentarse empresas privadas (por ejemplo, *Remondis*, que es quien ha dado nombre a estos pleitos en su intento por conseguir que se saque a licitación pública la cobertura de las necesidades públicas que actualmente se satisfacen mediante convenios de cooperación horizontal).

⁵¹ La cuestión vuelve a estar sobre la mesa del TJ a través de la cuestión prejudicial “*Remondis 2*” (asunto C-429/2019), presentada el 5 de junio de 2019 por el Oberlandesgericht Koblenz (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Coblenza, Alemania), es

¿Por qué se ha quedado un paso por detrás el Derecho español? Porque, al decir que la cooperación horizontal sólo es admisible cuando el convenio tenga un objeto distinto al de los contratos típicos, sigue anclado en una doctrina que el TJ estableció en 2005 pero abandonó en 2009, es decir, una doctrina que sólo admite una única excepción al principio del contratista interpuesto: la excepción de las adjudicaciones a medios propios. Esto obliga a distinguir «convenios» y «contratos», no por su objeto sino por su causa, algo que me parece, como he dicho, estéril.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

En este inventario de perplejidades he intentado repasar los cambios más recientes en la regulación de la forma de gestión de los servicios públicos de una forma crítica y que no parta de la asunción más o menos irreflexiva del sistema y de sus a veces equívocos presupuestos (como por ejemplo el expediente de municipalización, que sigue siendo la clave aunque su sentido ha ido cambiando, sin haberse aclarado nunca del todo).

En este como en otros campos de la legislación de régimen local, el legislador estatal, sin cambiar los pilares básicos del sistema de la LBRL de 1985, ha ido recortando la autonomía local (sobre todo por razones financieras) de forma poco consecuente con ese sistema que teóricamente se mantiene. Ello ha colocado al TC en una situación comprometida que se va solventando caso a caso, con la interpretación del concepto (no poco indeterminado) de «legislación básica». Algo frecuente en la jurisprudencia constitucional (imposible no acordarse de las «matizaciones» del *ius puniendi*), pero que no ayuda a la construcción de sistemas o explicaciones racionales y previsibles del conjunto, sino que aboca a decisiones casuísticas. La sensación de que el amplio reconocimiento de la autonomía en el plano de los principios es compatible con el juego de determinados «comodines» que permiten recortarla con facilidad en casos concretos es inevitable, y no demasiado diferente de lo que sucede en el plano autonómico. Tenemos la complejidad de un sistema descentralizado y, en la práctica, la concentración de poder de uno centralizado.

Por otro lado, el legislador ha optado por acumular la presión normativa en la toma de las decisiones sobre la forma de gestión del servicio, más que en el control de la gestión efectiva. Como hemos visto, esa estrategia puede no ser la más adecuada, porque introduce un sesgo a favor de la gestión indirecta y contractual, y porque no garantiza a largo plazo la calidad de la gestión ni la igualdad en los servicios que reciben los ciudadanos.

Por último, me parece necesario llamar la atención sobre la excesiva importancia que ha asumido el subsector normativo de la legislación de contratos públicos, que acaba condicionando las decisiones sobre las formas de gestión de los servicios públicos⁵². El Derecho comunitario trata las Directivas de contratación casi como un subsector del Derecho de la competencia, muy ligado al objetivo de garantizar la libre circulación de servicios y el libre acceso a las compras públicas, pero no como la vía para regular la gestión de los servicios públicos, que está sujeta a otra lógica y persigue otros objetivos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALFONSO MELLADO, C. L. (2017): "La reversión a la gestión directa de servicios públicos: problemas laborales", en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 69, págs. 22-35.
- ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, M. (2004): *El abastecimiento de agua en España*. Cizur Menor: Civitas.
- AMOEDO SOUTO, C. A. (2018): "Infrafinanciación crónica, condicionalidad financiera y autonomía universitaria. Notas para un abordaje jurídico", en LÓPEZ RAMÓN, F.; RIVERO ORTEGA, R.; FERNANDO PABLO, M. (coords.): *Organización de la Universidad y la ciencia*, págs. 163-174. Madrid: INAP.
- BEL I QUERALT, G. (2002): "Privatización de servicios locales: algunas implicaciones sobre la tasa de usuarios y el presupuesto", en *Análisis Local*, núm. 45, págs. 45-58.

decir, un tribunal de segunda instancia de la jurisdicción civil, que es el competente para conocer de los recursos especiales en materia de contratación (en segunda instancia frente a las decisiones adoptadas por órganos administrativos de recursos, ligados en algunos casos a las autoridades de defensa de la competencia).

⁵² Una visión de la «remunicipalización» desde el punto de vista de la legislación comunitaria sobre contratos públicos, en GIMENO FELIU, J. M. (2016): "Remunicipalización de servicios locales y Derecho comunitario", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59, págs. 50-71.

- CARRO MARINA, M. (2019): “Municipalizaciones y remunicipalizaciones”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 81, págs. 4-11.
- CASTILLO BLANCO, F. (2016): “Remunicipalización de servicios locales y situación del personal de los servicios rescatados”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59, págs. 72-95.
- El Ayuntamiento prescindirá de 24 educadoras infantiles que tenían un contrato de obra o servicio (2019), en *La Nueva España*.
- ESTEVE PARDO, J. (2017): “El movimiento remunicipalizador. Experiencias y expectativas”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 69, págs. 4-11.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. J. (1995): *La intervención del municipio en la actividad económica. Los títulos que la legitiman*. Madrid: Civitas.
- GAMERO CASADO, E. (2019): “Criterios determinantes de la forma de gestión de los servicios públicos; especial referencia a la remunicipalización de servicios locales”, *RGDA*, núm. 52, pág. 23.
- GIMENO FELIU, J. M. (2016): “Remunicipalización de servicios locales y Derecho comunitario”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59, págs. 50-71.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. V. (2018): “Colaboración público-privada: más allá de la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 74, págs. 34-43.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. (2017): “Ley de Contratos del Sector Público: aplicación a los contratos patrimoniales”, en *Global Politics and Law*. Disponible en: <https://www.globalpoliticsandlaw.com/2017/12/12/contratos-patrimoniales-nueva-ley-contratos-sector-publico/>. Consultado por última vez el 1 de diciembre de 2019.
- HUERGO LORA, A. (2017): “El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, en *Documentación Administrativa, Nueva época*, núm. 4, págs. 31-51. DOI: <https://doi.org/10.24965/da.v0i4.10494>.
- HUERGO LORA, A. (2017): “Los convenios interadministrativos y la legislación de contratos públicos”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, Nueva época, núm. 8, págs. 5-26. DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.v0i8.10457>.
- HUERGO LORA, A. J. (2018): “Skin in the game: riesgo operacional y responsabilidad patrimonial administrativa”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 74, págs. 20-33.
- LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L. (2017): “Formas de gestión de los servicios públicos locales”, en VELASCO CABALLERO, F. (dir.): *Tratado de derecho económico local*, págs. 105-152. Madrid: Marcial Pons.
- MAGALDI MENDAÑA, N. (2012): *Los orígenes de la municipalización de servicios en España. El tránsito del Estado liberal al Estado social a la luz de la municipalización de servicios públicos*. Madrid: INAP.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M. (2018): “Una visión administrativista de los problemas laborales derivados de cambios en la gestión de los servicios públicos”, en *REDA*, núm. 193, págs. 127-155.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M. (2019): *Los límites a la potestad de revisión*. Cizur Menor: Aranzadi.
- 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*, págs. 2.063-2.175. Madrid: lustel.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2018): “El agua en la ciudad”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 76, págs. 4-15.
- MUÑOZ MACHADO, S. (dir.) (2011): *Tratado de derecho municipal*, vol. II, págs. 2.063-2.175. Madrid: lustel. 3.ª ed.
- ORIHUELA, D. (2019): “El Ayuntamiento readmitirá a las educadoras infantiles si lo dice el juez”, en *La Nueva España*.
- ORTEGA BERNARDO, J. (2017): “Servicios públicos e iniciativa económica local”, en VELASCO CABALLERO, F. (dir.): *Tratado de derecho económico local*, págs. 73-104 y 83 y sigs. Madrid: Marcial Pons.
- TORNOS MAS, J. (2016): “La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59, págs. 32-49.
- VELASCO CABALLERO, F. (2018): “¿Puede haber residencias privadas de mayores sobre suelo dotacional público?”, en *Blog de Francisco Velasco*. Disponible en: <https://franciscovelascocaballeroblog.wordpress.com/2018/05/29/puede-haber-residencias-privadas-de-mayores-sobre-suelo-dotacional-publico/>. Consultado por última vez el 1 de diciembre de 2019.
- VELASCO CABALLERO, F. (2019): “Artículo 140. La autonomía municipal”, en CASAS BAHAMONDE, M. E.; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. (dirs.): *Comentarios a la Constitución Española*, vol. II., págs. 1.018-1.034. Madrid: BOE.