

nº 2, Madrid, julio-diciembre 2014, ISSN: 1989-8975
revista semestral

NIPO: 635-14-006-X

reALA
revista de estudios de la
ADMINISTRACIÓN LOCAL Y AUTONÓMICA

2 JULIO-DICIEMBRE 2014

INAP



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE HACIENDA
Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

reALA

Nueva Época

reALA Nueva Época

nº 2

julio-diciembre 2014

REVISTA SEMESTRAL

ISSN: 1989-8975

Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica

INAP

INSTITUTO
NACIONAL
DE ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA

Carta Editorial

La Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA), publicada desde el año 1985 por el Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), es la sucesora de la revista Estudios de la Vida Local (REVL), publicación iniciada por el Instituto de Estudios de Administración Local en 1942. Está dirigida a un público formado por académicos, investigadores, expertos y en general a todos aquellos profesionales interesados por los ámbitos del Gobierno y de la Administración local y autonómica. Tiene carácter multidisciplinar, especialmente en aquellas ciencias sociales que contribuyen a la comprensión del objeto de la revista: derecho, ciencia de la administración, ciencia política, gestión pública, sociología y economía.

1. Objetivos

- Mejorar la comprensión de los Gobiernos y las Administraciones y de las políticas públicas locales y autonómicas.
- Contribuir a la difusión del conocimiento sobre las diferentes aproximaciones al Gobierno y la Administración pública, la gestión pública y los cambios de la Administración local y autonómica en el contexto europeo y mundial.
- Enriquecer el debate científico a través de la publicación de estudios, experiencias y casos puestos en práctica por las Administraciones públicas locales y autonómicas.
- Favorecer el diálogo entre los diferentes profesionales dedicados al estudio y análisis del Gobierno y de la Administración local y autonómica: investigadores, expertos y funcionarios.
- Ayudar a los poderes públicos a mejorar su toma de decisiones ofreciendo elementos de evaluación y comparación sobre las reformas y mejoras en la gestión y la administración en España y en el extranjero.
- Desarrollar una visión comparativa en la aproximación al gobierno y a la administración local y autonómica.

2. Funcionamiento

La REALA se rige por un Consejo Asesor, formado por personalidades acreditadas por su relevante contribución en los ámbitos del gobierno y la administración local y autonómica, y un Consejo de Redacción, formado por expertos y académicos españoles y extranjeros de reconocido prestigio en los ámbitos de estudio de la revista.

Editorial Letter

The Journal of Studies Local and Regional Administration (*Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, REALA), published since 1985 by the National Institute of Public Administration (INAP in Spanish), is the successor to the Local Life Studies journal (*Estudios de la Vida Local*, REVL), a publication started by the Institute of Local Administration Studies in 1942. It is aimed at readership made up of academics, researchers, experts and generally at all those professionals interested in the field of government and local and regional administration. It is multidisciplinary, particularly in those social sciences that contribute to understanding the subject matter of the journal: law, administrative sciences, political science, public management, sociology and economy.

1. Objectives

- To improve the understanding of governments, administrations and local and regional public policies.
- To contribute to popularising knowledge of the different ways to access or contact government and public administration, public management and the changes in local and regional administration in a European and world-wide context.
- To enrich scientific debate by publishing studies, experiences and cases put into practice by local and regional public administration.
- To encourage dialogue between different professionals dedicated to studying and analysing government and local and regional administrations: researchers, experts and civil servants.
- To help the public powers to improve their decision making by offering elements of evaluation and comparison on reforms and improvements to management and administration in Spain and abroad.
- To develop a comparative vision in means of accessing government and local and regional administrations.

2. Operation

REALA is governed by an Advisory Board, made up of professionals accredited by their relevant contribution in the fields of government and local and regional administrations, and an Editorial Board, made up of Spanish and foreign experts and academics of renowned prestige in the fields of study of the journal.

3. Periodicidad y contenido

La REALA es una revista cuatrimestral, por lo que se publican tres números anualmente. El contenido de cada uno de los números sigue la siguiente estructura:

- Estudios: artículos teóricos sobre uno o varios temas.
- Experiencias y casos: artículos sobre innovaciones y debates en curso en la Administración española y europea.
- Documentos.
- Bibliografía: reseñas, notas e información.

El Consejo de Redacción podrá decidir que alguno de los números sea monográfico.

4. Modalidades de publicación

Los artículos publicados en la REALA deben ser originales y se caracterizarán por su valor añadido y/o por su contribución al progreso del objeto de estudio. Los trabajos publicados, por tanto, no deben haber sido publicados previamente. Excepcionalmente se aceptarán trabajos relevantes ya publicados, siempre y cuando representen una contribución importante al conocimiento en las áreas objeto de la REALA, y su publicación previa se haya producido en una lengua no española. En el supuesto de recibir trabajos inéditos en lengua no castellana, si éstos son evaluados positivamente, se publicarán traducidos.

REALA se publica en versión electrónica en el sitio web del INAP: www.inap.es

5. Procedimiento de evaluación

Todos los manuscritos enviados a la REALA para ser publicados, serán evaluados positivamente por el sistema del doble anónimo por, al menos, dos evaluadores, que emitirán un informe motivado. En el caso de informes divergentes se solicitará la evaluación a un tercer evaluador. El proceso de evaluación anónimo se aplicará a todos los originales propuestos para publicación en la REALA.

El Consejo de Redacción decidirá qué manuscritos serán publicados. El autor recibirá un informe de evaluación motivado por parte del Consejo en el que se comunicará si el manuscrito propuesto ha sido aceptado para su publicación, si ha sido aceptado bajo reserva de modificaciones o si ha sido rechazado. En el caso de que la publicación esté condicionada a la introducción de modificaciones, el autor se compromete a revisar el texto e introducir las modificaciones en el plazo indicado.

3. Periodicity and content

REALA is a four-monthly journal, with three issues published each year. The content of each issue follows the following structure:

- Studies: theoretical articles on one or more subjects.
- Experiences and cases studies: articles on innovation and debates in progress in Spanish and European administration.
- Documents.
- Bibliography: reviews, notes and information.

The Editorial Board may decide to make any issue monographic.

4. Types of publication

The articles published in REALA must be original and are characterised by their added value and/or by their contribution to progress in the object of the study. Therefore, the works published in the journal must not have been published previously. Exceptionally, published works will be accepted as long as they represent an important contribution to knowledge in the areas object of REALA, and their previous publication was not in Spanish.

In the case of receiving unpublished work not written in Spanish, if these are positively evaluated, their translation will be published.

REALA is published in electronic version, on the Institute website: www.inap.es

5. Evaluation procedure

All manuscripts sent to REALA to be published will be positively evaluated by the double anonymous system, by at least two evaluators who will issue a reasoned report. In the case of diverging reports, an evaluation will be requested from a third evaluator. The anonymous evaluation process will be applied to all the originals proposed for publication in REALA.

The Editorial Board will decide which manuscripts will be published. The author will receive a reasoned evaluation report from the Board, which will notify them if the proposed manuscript has been accepted for publication, if it has been accepted subject to modifications or if it has been rejected. Should publication be conditioned by the introduction of modifications, the author undertakes to revise the text and make the modifications in the period indicated.

re**ALA**
Nueva Época

nº 2 julio-diciembre 2014

REVISTA SEMESTRAL

INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La revista de *Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)* está incluida en la valoración integrada e índice de citas que realiza el CINDOC con las Revistas de Ciencias Sociales y Humanas (RESH), el IN-RECS tanto con las Revistas Españolas de Ciencias Sociales como con las de Ciencias Jurídicas – Derecho Administrativo– y figura en el catálogo de revistas de LATINDEX, DICE, DIALNET y CSIC.

Director del INAP: Manuel Arenilla Sáez
catedrático de Ciencia Política y de la Administración
(Universidad Rey Juan Carlos)

Director de la Revista: Santiago Muñoz Machado
Catedrático de Derecho Administrativo
(Universidad Complutense de Madrid)

Secretario de Redacción: Juan Antonio Carrillo Donaire
Catedrático de Derecho Administrativo
(Universidad Loyola Andalucía)

COORDINACIÓN:

Departamento de Publicaciones, Estudios y Documentación del INAP

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN: Atocha, 106, 28012 Madrid

Tel.: 91-273-91-04

e-mail: reala@inap.es

Catálogo general de publicaciones oficiales: <http://www.publicacionesoficiales.boe.es>

EDITA

INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

ISSN: 1989-8975

NIPO: 635-14-006-X

Depósito legal: M-1582-1958

Sumario

I. ESTUDIOS	<p><i>NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES, TRAS LA REFORMA DE LA LEY 27/2013, DE 27 DE DICIEMBRE, DE RACIONALIZACIÓN Y SOSTENIBILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL</i> <i>Iñigo del Guayo Castiella</i></p> <p><i>SENTIDO Y ORIENTACIÓN DE LA LEY 27/2013 DE RACIONALIZACIÓN Y SOSTENIBILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL: AUTONOMÍA LOCAL, RECENTRALIZACIÓN Y PROVISIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES</i> <i>Andrés Boix Palop</i></p> <p><i>EL PRETENDIDO BLINDAJE AUTONÓMICO DE COMPETENCIAS MUNICIPALES TRAS LA REFORMA DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL</i> <i>Pilar Navarro Rodríguez y Manolo Zafra Víctor</i></p> <p><i>LA NUEVA REFORMA DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL: PRINCIPALES CUESTIONES PLANTEADAS EN EL MARCO DE SU RACIONALIZACIÓN Y SOSTENIBILIDAD</i> <i>Juan Calvo Vérguez</i></p> <p><i>LA CONCESIÓN DE SERVICIOS, NUEVO OBJETO DE REGULACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO. DIRECTIVA RELATIVA A LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS DE CONCESIÓN</i> <i>Francisca Villalba Pérez</i></p> <p><i>LA CONTRATACIÓN DE LAS ENTIDADES LOCALES EN EL NUEVO PAQUETE LEGISLATIVO EUROPEO SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA</i> <i>Miguel Ángel Bernal Blay</i></p> <p><i>LA INTEGRIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL DERECHO COMUNITARIO. EL CONFLICTO DE INTERÉS Y SU INCIDENCIA SOBRE LA REGULACIÓN DE LAS PROHIBICIONES PARA CONTRATAR, LAS CAUSAS DE INCOMPATIBILIDAD Y LAS DISPOSICIONES SOBRE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO</i> <i>Antonio Luis Fernández Mallo</i></p> <p><i>APROXIMACIÓN AL ESTUDIO DEL GOBIERNO Y LA ADMINISTRACIÓN LOCAL DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARADA</i> <i>Juan F. Sánchez González</i></p> <p><i>ESTADO DE DERECHO, ESTADO AUTONÓMICO Y ENERGÍAS RENOVABLES EN ITALIA</i> <i>Giuseppe Franco Ferrari</i></p> <p><i>RECLAMACIONES FRENTE A LAS ACTUACIONES DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES DE CAPITAL ÍNTEGRAMENTE MUNICIPAL: JURISDICCIÓN COMPETENTE Y LEGITIMACIÓN DE LOS CONCEJALES PARA SU IMPUGNACIÓN</i> <i>Diego Ballina Díaz</i></p>
II. EXPERIENCIAS Y CASOS	<p><i>GOBERNANZA Y DESARROLLO SOSTENIBLE DE CIUDADES HÍBRIDAS-COMPLEJAS</i> <i>Mercedes Ferrer y Arroyo, José Fariña Tojo y Ramón Reyes</i></p> <p><i>LEGITIMIDAD DEL PROCESO DE PARTICIPACIÓN POPULAR: UNA INVESTIGACIÓN DE LAS PRÁCTICAS DE PLANIFICACIÓN PÚBLICA EN BRASIL</i> <i>Marco Aurélio Marques Ferreira, Ambrozina de Abreu Pereira Silva y Anderson de Oliveira Reis</i></p>
III. RECENSIONES	<p><i>GUICHOT, E. (COORDINADOR): TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO, ESTUDIO DE LA LEY 19/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, ED. TECNOS, MADRID, 2014, 383 PÁGS.</i> <i>Gabriela Alés Hermosa</i></p>
V. AUTORES	
VI. CRITERIOS PARA LA PRESENTACIÓN Y PUBLICACIÓN DE ORIGINALES	

Nuevo régimen jurídico de los servicios públicos locales, tras la Ley núm. 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local

Iñigo del Guayo Castiella

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Almería
iguayo@ual.es

Recibido: 17 de abril 2013
Aceptado: 11 de junio 2014

Resumen

La versión original de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local de 1985 y del Texto Refundido de las Disposiciones vigentes en materia de Régimen Local de 1986, no establecían una clara distinción entre competencias locales, servicios públicos locales y servicios esenciales reservados. La reforma llevada a cabo en 2003 proporcionó un poco de claridad, pero no excesiva. Este artículo analiza las reformas llevadas a cabo en materia de servicios públicos locales por la Ley núm. 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local: se modifica la lista de servicios mínimos municipales; se refuerza el papel de las Diputaciones en la gestión de esos servicios mínimos; se introducen modificaciones en las formas de gestión de los servicios públicos; se modifica el precepto relativo a la iniciativa económica local y a las reservas locales; si una corporación local no cumple sus obligaciones financieras debe proceder a la gestión integrada o coordinada de los servicios obligatorios que presta la entidad local para reducir sus costes; y se establece la obligación de proceder a la determinación del coste efectivo de los servicios, antes del 1 de noviembre de cada año.

Palabras clave

Servicios obligatorios locales, gestión de servicios locales, servicios esenciales reservados.

New Legal Regime for Local Public Services, Following Act no. 27/2013, of 27 December, Rationalization and Sustainability of Local Government

Abstract

The original version of the Local Administration Act of 1985 and its development of 1986 did not establish a clear distinction between local competences, local public services and reserved essential services. The reform carried out in 2003 provided some clarity, but not excessive. This article analyses the reforms undertaken in the field of local public services by Act No 27, of 27 December 2013, on the rationalization and sustainability of local government: the list of minimum municipal services is amended; the role of Province Governments in managing these minimum services is reinforced; changes in the forms of managing services are introduced; it amends the provision relating to local economic initiative and local reserves; by local authority does not meet its financial obligations it must arrange an integrated or coordinated management of mandatory services provided local authorities, in order to reduce costs; and it imposes upon Local Governments the obligation to determinate the effective costs of the services by 1 November each year.

Key words

Mandatory local services, management of local services, essential reserved services.

1. PLANTEAMIENTO

La Ley núm. 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (en adelante, LRSAL) incluye algunas importantes reformas en materia de servicios públicos locales: a) se modifica la lista de servicios mínimos municipales del art. 26 de la Ley núm. 7/1985, de 18 de abril, reguladora de las bases de Régimen local (en adelante, LRBRL); b) se refuerza el papel de las Diputaciones en la gestión de esos servicios mínimos; c) se introducen modificaciones en las formas de gestión de los servicios públicos en el art. 85 y 85 ter de la LRBRL; d) se modifica el precepto relativo a la iniciativa económica local y a la reservas locales (art. 86 de la LRBRL); e) se modifica el apartado segundo del artículo 97 del texto refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (en adelante, TRRL); f) si una corporación local incumple el objetivo de estabilidad presupuestaria o de deuda pública, o incumple la regla de gasto, el plan económico-financiero debe incluir, entre otras, la gestión integrada o coordinada de los servicios obligatorios que presta la entidad local para reducir sus costes¹; y g) se establece la obligación de proceder a la determinación del efectivo coste de todos y cada uno de los servicios, antes del 1 de noviembre de cada año². A continuación se destacan algunas de esas reformas y se proporciona una interpretación de su sentido y consecuencias.

El tema tiene relevancia, tanto para las entidades locales, como para sus vecinos, pues una mayor precisión legal sobre cuáles son los servicios públicos locales y sobre el régimen de su gestión facilita la acción administrativa y proporciona claridad a los ciudadanos acerca de qué pueden exigir a quién. La Exposición de Motivos de la LRSAL hace referencia a esa relevancia, cuando critica el modelo competencial de la LRBRL, entre otras cosas porque implicaba, a veces, «duplicidad en la prestación de servicios» o, en otras ocasiones «que los Ayuntamientos presten servicios sin un título competencial específico que les habilite y sin contar con los recursos adecuados para ello». En definitiva, para el autor de la Exposición de Motivos, «este sistema competencial municipal hace que se difumine la responsabilidad de los gobiernos locales en su ejercicio y se confunda con los ámbitos competenciales propios de otras Administraciones Públicas, generando, en no pocas ocasiones, el desconcierto de los ciudadanos que desconocen cuál es la Administración responsable de los servicios públicos».

2. INICIATIVA ECONÓMICA LOCAL Y SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

El sector público económico (estatal, autonómico y local) al que se refiere el art. 128, 2, de la CE, opera en dos principales ámbitos: los servicios públicos de naturaleza económica y las actividades económicas que formalmente no resultan referibles al concepto estricto de servicio público. Aquel precepto constitucional dice tres cosas: en primer lugar, que los poderes públicos están habilitados para intervenir en la economía; en segundo lugar, que la ley puede reservar al sector público recursos o servicios esenciales; en tercer lugar, que los poderes públicos pueden intervenir en las empresas cuando lo exija el interés general. De aquí derivan las dos grandes modalidades que puede revestir la actividad pública económica, una en ámbitos no *publicados* donde el sector público debe concurrir como un agente más del mercado de que se trate (siempre que eso sea verdaderamente posible) y otra relativa a la intervención en ámbitos reservados a favor del sector público (servicios públicos).

Esas dos modalidades se cumplen también en la esfera local. En primer lugar, las entidades locales son titulares de determinados servicios públicos que la ley ha reservado a su favor. En la organización de tales servicios gozan las entidades locales de libertad –con algunos límites en determinados casos– para gestionarlos directamente (con exclusión de las empresas particulares) o para contratar la gestión con terceros. En segundo lugar, las entidades locales pueden intervenir en la economía (en sectores no *publicados* a su favor), mediante, por ejemplo, la constitución de empresas públicas para el desempeño de cuantas actividades y servicios reputen las entidades locales convenientes u oportunas –y así lo acrediten–, con objeto de satisfacer las necesidades de los vecinos y que se designan a veces como servicios económicos para distinguirlos de los servicios públicos en sentido estricto. En esta segunda modalidad las entidades locales no excluyen a los particulares del funcionamiento en el sector de que se trate ni pueden gozar de privilegio alguno.

Las versiones originales de la LRBRL de 1985 y del TRRL de 1986 confundían frecuentemente ambos ámbitos de actuación de los entes locales. Las sucesivas reformas no aclararon el panorama, sino que con frecuencia lo oscurecieron aún más. Los intentos de trazar paralelismos entre el sector público económico local, tal y como se configura en la CE y la LRBRL, con los antiguos conceptos de la municipalización (o provincialización) de servicios, con o sin monopolio, no hacen sino aumentar la confusión. Debe aceptarse que el régimen del sector público económico local surgido de la CE es nuevo y no una mera continuidad³

1 Nuevo art. 116 bis, 2, letra b, en relación con la DA 15ª, ambas de la LRBRL.

2 Nuevo art. 116 ter de la LRBRL.

3 Vid. Magaldi Mendaña, N., *Los orígenes de la municipalización de servicios en España*, INAP, Madrid 2012.

Cuando en este trabajo hablo de la «*iniciativa económica local*» me quiero referir a todas las actividades o servicios de naturaleza económica que puede llevar a cabo la entidad local, distintos de los servicios públicos económicos. Es decir, que no incluyo la reserva de una actividad o servicio, ni la gestión de un servicio público, dentro del concepto de «*iniciativa económica local*». En este trabajo, por tanto, el concepto de «*iniciativa económica local*» tiene carácter residual, porque está constituido por todas las actividades económicas distintas de los servicios públicos económicos. Esto realza la importancia de determinar con precisión qué es un servicio público local, pues también ayuda a dejar fuera todas las demás actividades económicas que no son servicios públicos económicos⁴.

3. NUEVOS LÍMITES PARA EL EJERCICIO DE INICIATIVAS ECONÓMICAS LOCALES

La versión original del art. 86, 1, de la LRBRL era una reiteración de lo dispuesto en el art. 128, 2, primera frase, de la CE, una versión local de esa previsión constitucional:

«Las Entidades locales, mediante expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida, podrán ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas conforme al artículo 128.2 de la Constitución».

Este precepto se completa con el art. 96 del TRRL, que establece lo siguiente:

«La 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».

El precepto transcrito del TRRL reafirma lo establecido en la versión original del art. 86, 1, LRBRL, pero en el precepto del TRRL hay dos elementos novedosos respecto de la LRBRL, a saber: se aclara expresamente que la iniciativa local puede recaer sobre cualquier actividad de utilidad pública y además se limita la amplitud de las actividades que puede la entidad local emprender a la circunstancia de que se desarrollen en régimen de libre competencia.

Cuando el art. 96 del TRRL habla de «*la iniciativa de las Entidades locales para el ejercicio de actividades económicas(...)*» utiliza la expresión *iniciativa económica local* en un sentido amplio, para acoger tanto la *iniciativa* que da lugar a servicios públicos económicos, como la *iniciativa* que da lugar a otras actividades económicas distintas de los servicios públicos. No utiliza la expresión *iniciativa económica local* en el sentido que tiene en este trabajo, más reducido, como la *iniciativa* que se lleva a cabo fuera del ámbito de los servicios públicos. Sólo a partir de ese sentido amplio se entiende que el precepto añade lo siguiente: «*(...) 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*». Lo que quiere decir el artículo es que la *iniciativa* propia de los servicios públicos sólo puede recaer en actividades susceptibles de ser reservadas, mientras que *la otra iniciativa* puede recaer en cualquier actividad de utilidad pública, pero ha de llevarse a cabo en régimen de libre concurrencia.

Las cuestiones relativas a la *iniciativa municipal* en la economía (ámbito, modos, intensidad...) quedaba en consecuencia remitidas -dada la referencia del art. 86, 1, de la LRBRL al art. 128 CE- a los más amplios temas del modelo económico de la CE y del papel que reserva a los poderes públicos en la economía. Aun cuando aquella versión original remitía al art. 128, 2, era fácil deducir que la remisión estaba hecha sólo a la primera frase del precepto constitucional (*iniciativa pública en la economía*), pero no a la segunda frase (*reservas*), porque el apartado 3 de la versión original del art. 86 de la LRBRL era el dedicado a las reservas.

La LRSAL modifica el primer apartado del art. 86. Ahora, aun cuando ya no hay ni siquiera remisión al art. 128, 2, de la CE, debe seguir interpretándose que de las dos modalidades de la acción pública en la economía, contempladas en ese precepto constitucional, el art. 86, 1, de la LRBRL es un *trasunto local* de la *iniciativa pública local* en la economía, no de las reservas locales ni, por tanto de los servicios públicos económicos. De acuerdo con la nueva redacción, las Entidades Locales pueden ejercer la *iniciativa pública* para el desarrollo de actividades económicas, con el límite siguiente: la garantía del «*cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias*».

En la versión original de la LRBRL, se exigía que la *iniciativa económica* se llevase a cabo mediante expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida, pero no se decía nada más. Tras la LRSAL de 2013, la

⁴ Vid. Sosa Wagner, *La gestión de los servicios públicos locales*, ed. Civitas, Cizur Menor 2008, 7ª ed.; Ortega Bernardo, J., *Competencias, servicios públicos y actividad económica de los municipios (Presupuestos actuales para su delimitación y ejercicio)*, en «Revista de Administración Pública», núm. 169 (2006), pp. 55-98.

LRBRL exige que en ese expediente se justifique «que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal» y debe «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».

La versión aprobada en la Cortes Generales como apartado 1 del art. 86 de la LRBRL es la que se contenía en el Proyecto remitido por el Gobierno⁵. Se aprobó, por tanto, sin modificaciones. Los anteproyectos que preparó el Gobierno tenían una redacción diferente, dirigida a sujetar a más condiciones el ejercicio de la iniciativa pública en la economía. Concretamente, los Anteproyectos añadían al precepto, lo siguiente:

«En el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida habrá de justificarse, en especial, que la entidad local presta todos los servicios mínimos, con arreglo al coste estándar de los servicios, en su caso, establecidos, así como que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del Municipio, ni en lo relativo al mantenimiento de los referidos servicios, ni a la propia actividad fruto de la iniciativa pública».

Como se ve, el autor del Anteproyecto quería ligar la suerte de la iniciativa pública económica a la óptima satisfacción de los servicios públicos municipales. El autor del anteproyecto partía de la premisa (que no es necesariamente falsa) de que la iniciativa económica local, en ámbitos distintos de los servicios públicos o de los servicios esenciales reservados, es un estadio ulterior a la implantación eficiente de los servicios mínimos. En definitiva, el mensaje dirigido a las entidades locales era el siguiente: cuando tenga todos los servicios mínimos bien atendidos, con costes razonables, entonces puede la entidad local desempeñar otras actividades económicas.

Si bien esas exigencias del Anteproyecto no se incluyeron en el Proyecto ni, por ende, en la LRSAL, la nueva versión del art. 86 de la LRBRL sí exige que el expediente contenga 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. No se puede decir que la LRSAL venga a limitar (en contra de la Constitución) la libertad de las entidades locales para llevar a cabo nuevas iniciativas económicas. Por el contrario, la nueva versión de la LRBRL tras la LRSAL viene a concretar qué ha de entenderse por oportunidad y conveniencia. Lógicamente, en el ámbito económico (distinto de los servicios públicos) la oportunidad y la conveniencia no pueden estar desligadas de las leyes económicas, como las que explicita hoy, tras la LRSAL, el apartado 1 del art. 86 la LRBRL.

4. ¿UN PASO HACIA UNA MÁS CLARA DELIMITACIÓN DE LOS DOS ÁMBITOS DE ACTIVIDAD ECONÓMICA DE LAS ENTIDADES LOCALES? SOBRE LA EXIGENCIA DE LIBRE CONCURRENCIA CUANDO LA ENTIDAD LOCAL EJERCITA SU INICIATIVA ECONÓMICA Y SOBRE EL ÓRGANO COMPETENTE PARA APROBAR LA ACTIVIDAD ECONÓMICA

El apartado 2 de la versión original del art. 86 de la LRBRL decía así:

«Cuando el ejercicio de la actividad se haga en régimen de libre concurrencia, la aprobación definitiva corresponderá al Pleno de la Corporación, que determinará la forma concreta de gestión del servicio».

Como el apartado 1 de ese mismo precepto se refiere a la *iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas* del art. 128, 2, de la CE y como el apartado 3 trata sobre las reservas locales, hay que interpretar que el apartado 2 versa sobre la iniciativa económica que opera en ámbitos distintos de los servicios reservados (servicios públicos); por consiguiente, el apartado 2 de la versión original del art. 86 de la LRBRL es una especificación relativa a esta iniciativa económica en ámbitos no publicados.

En el contexto del art. 86 de la LRBRL en su conjunto, la previsión establecida en el apartado 2 tenía una cierta lógica, por cuanto sólo era necesaria la aprobación de la Comunidad Autónoma (aprobación contemplada en el art. 86, 3, de la LRBRL) si se pretendía ejercitar en régimen de monopolio un servicio esencial reservado. Ahora bien, ese apartado 2 llevaba a confusión, por cuanto parecía dar a entender que las entidades locales podían establecer que el ejercicio de la actividad económica de que se tratase (fuera de los servicios públicos) no se haría en régimen de libre concurrencia. Frente a esa confusión, ha de reiterarse que las actividades económicas que puede llevar a cabo la entidad local como consecuencia de la iniciativa económica no son actividades tasadas, nunca podrán implicar un monopolio y no son auténticos servicios públicos.

Sorprende el contenido que el autor de la LRBRL dio al apartado 2 del art. 86 LRBRL, porque *a contrario sensu* parecía admitir que la actividad empresarial de la entidad local no se realizase en régimen de libre concurrencia y porque lo que al principio del párrafo designaba como «actividad» terminaba llamándolo al final «servicio».

5 BOCC, Serie A, núm. 58-1, de 6 de septiembre de 2013.

Ambas *perplejidades* podrían explicarse parcial aunque no satisfactoriamente de la manera siguiente: si se entiende que los apartados 1 y 2 del art. 86 de la LRBRL se referían tanto a la iniciativa económica en ámbitos publicados (servicios públicos o reservados), como a la iniciativa en otros sectores económicos, entonces no había inconveniente en aceptar que la actividad no se llevase en régimen de libre concurrencia, porque habría actividades o servicios reservados cuya gestión conforme a la LRBRL podría ser efectivamente monopolística (es decir, que la «actividad» a que se refería el art. 86, 2, de la LRBRL podía ser alguna de las «actividades» del art. 86, 3, en la versión original de la LRBRL); en favor de esa interpretación estaba la circunstancia que el art. 86, 2, de la LRBRL se refería conjuntamente a las *actividades reservadas* y a los *servicios reservados*, es decir que podría aceptarse que el apartado 2 se refería a ambos tipos de iniciativa económica local.

Al margen de ese debate, conviene recordar que el propósito del apartado 2 de la versión original del art 86 de la LRBRL era el señalamiento de la autoridad competente para aprobar la actividad: si se trataba de una actividad no constitutiva de servicio público o de un servicio público cuya gestión no va a monopolizarse, la aprobación correspondería al Pleno del Ayuntamiento; si se trataba de un servicio público (es decir, de alguna de las actividades o servicios reservados del art. 86, 3, de la LRBRL) que pretendía gestionarse monopolísticamente, la aprobación se sometía al órgano de Gobierno de la Comunidad Autónoma (argumento: arts. 86, 2 y 86, 3, párrafo 2, de la versión original de la LRBRL, puestos en relación).

La LRSAL ha derogado el apartado 2 del art. 86 de la LRBRL. Su contenido –al menos, parcialmente- ha sido llevado a un nuevo párrafo segundo del art. 86, 1, de la LRBRL, que dice así:

«Corresponde al pleno de la respectiva Corporación local la aprobación del expediente, que determinará la forma concreta de gestión del servicio».

Tras la reforma llevada a cabo por la LRSAL, el art. 86 de la LRBRL ya no dice nada sobre el principio de concurrencia en el caso de la iniciativa pública local, pero debe defenderse su subsistencia, a la luz de la CE y del TFUE. Es más, la supresión de la locución «*cuando el ejercicio de la actividad se haga en régimen de libre concurrencia*» debería entenderse como una reforma orientada a dejar claro que la iniciativa económica en ámbitos no publicados sólo puede llevarse en régimen de libre concurrencia. Adicionalmente puede recordarse que el art. 96 del TRRL, de una manera velada pero indiscutible, viene a exigir que la iniciativa económica local en sectores no *publicados* se lleve a cabo en régimen de libre concurrencia, en la forma señalada *supra*.

En definitiva, aunque no se menciona ya la *libre concurrencia* en el art. 86, 1, segundo párrafo (añadido por la LRSAL), de la LRBRL, subsiste en ese precepto de la LRBRL la distinción entre la actividad que se lleva a cabo en libre concurrencia y que es aprobada por la Corporación (art. 86, 1, segundo párrafo, de la LRSAL) y la actividad o servicio reservados que, cuando se van a prestar en régimen de monopolio, han de ser aprobados por la Comunidad Autónoma (art. 86, 2, segundo párrafo, de la LRBRL).

Debe darse la bienvenida a la reforma llevada a cabo por la LRSAL en la estructura del art. 86 de la LRBRL. En la versión original, no era claro saber a qué tipo de iniciativa económica se referían los apartados 1 y 2 (si a la iniciativa en ámbitos publicados o a la iniciativa en otros ámbitos económicos no publicados o a ambas). Estaba claro que el apartado 3 versaba sólo sobre las reservas (servicios públicos). Tras la LRSAL, el art. 86 de la LRBRL tiene sólo dos apartados (el contenido del original apartado 2 ha sido parcialmente subsumido en el apartado 1) y puede afirmarse que el apartado 1 versa sobre aquello que este trabajo denomina iniciativa económica local, mientras que el apartado 2 versa sobre las reservas (servicios públicos). La reforma ha introducido un tanto de mayor claridad.

Las actividades económicas fruto de la libre iniciativa local contempladas en el art. 86, 1, LRBRL pueden dar lugar a empresas públicas que las entidades locales crean para el desempeño de actividades que se realizan en concurrencia con los particulares: si no se trata de servicios reservados, esta concurrencia es exigible. También la gestión de los servicios públicos, cuando se lleva a cabo mediante gestión directa, puede dar lugar a la aparición de empresas públicas locales (OAs, EPEs o sociedades mercantiles locales), pero estas empresas públicas tienen un régimen peculiar y distinto de las otras empresas públicas locales (es decir, de aquellas que cree la entidad local en ámbitos distintos de los servicios públicos).

5. SOBRE LA FORMA DE GESTIÓN DE LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS FRUTO DE LA INICIATIVA ECONÓMICA LOCAL

El apartado 2 del art. 86 de la versión original de la LRBRL llevaba también a confusión porque al decir que la Corporación determinaría «*la forma concreta de gestión del servicio*» parecía dar a entender que la iniciativa económica local del art. 86, 1, en ámbitos distintos de los servicios públicos, daba lugar a servicios susceptibles

de ser gestionados de acuerdo con alguna de las formas específicamente previstas para la gestión de los servicios públicos y, concretamente, susceptibles de ser gestionados de forma indirecta.

La LRSAL ha derogado ese apartado 2 del art. 86, pero la reforma arroja todavía mayor oscuridad sobre el problema planteado en el párrafo anterior. El art. 86, 1, segundo párrafo, de la LRBRL dice ahora que «*corresponde al pleno de la respectiva Corporación local la aprobación del expediente, que determinará la forma concreta de gestión del servicio*». La expresión final («*forma concreta de gestión del servicio*») es más propia de la gestión de los servicios públicos y, sin embargo, se ubica en el apartado 1 del art. 86 de la LRBRL que versa sobre la iniciativa económica local, distinta del ámbito de los servicios públicos o de los servicios reservados.

El art. 95, apartado 1, del TRRL dice así: «*Los servicios públicos locales, incluso los ejercidos en virtud de la iniciativa pública prevista en el artículo 86 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, podrán ser gestionados directa o indirectamente. Sin embargo, los servicios que impliquen ejercicio de autoridad sólo podrán ser ejercitados por gestión directa*». Para entenderlo, hay que aceptar que el precepto descansa en dos premisas: en primer lugar, que el art. 86 de la LRBRL, todo él (y no sólo el apartado 3 de la versión original, apartado 2 de la versión actual), se refiere a la iniciativa local en ámbitos publicados (reservados); en segundo lugar, que una cosa son los *servicios públicos locales* (evidentemente, cuando el art. 95, 1 del TRRL habla de los servicios públicos locales se está refiriendo a los servicios mínimos municipales del art. 26 de la LRBRL) y otra cosa distinta son los *servicios esenciales reservados*. En este trabajo no se comparte ninguna de esas dos premisas, sino que, por un lado, se discrimina dentro del art. 86 de la LRBRL entre la iniciativa pública económica local del apartado 1 y las reservas del apartado 2 (según la numeración que a los apartados del artículo ha dado la LRSAL); y, por otro lado, se parte de la premisa que los *servicios públicos económicos* no son sino los *servicios esenciales reservados*.

Sea como fuere el modo en que se interpreta el art. 95, 1, del TRRL parece evidente que fuera del ámbito de los servicios públicos o servicios reservados no es admisible que las actividades económicas que lleven a cabo las entidades locales puedan gestionarse de acuerdo con alguna de las formas indirectas de gestión de los servicios públicos del TRRL, por cuanto tal cosa supondría aceptar que para llevar a cabo la actividad hace falta obtener, por ejemplo, una concesión municipal, una consecuencia directamente contraria al principio de libertad de empresa del art. 38 de la CE.

Sólo los servicios públicos locales –y no otras actividades o servicios locales de naturaleza económica, derivados del ejercicio de la iniciativa pública económica local– pueden gestionarse mediante alguna de las formas contempladas en el art. 85, 2, letra B, de la LRBRL, es decir, sólo los servicios públicos locales pueden gestionarse indirectamente. Una interpretación distinta del art. 95, 1, del TRRL, como si admitiese la gestión indirecta no sólo los servicios públicos locales, sino también de otros servicios locales que se establezcan en virtud de la iniciativa pública prevista en el art. 86 LRBRL (la prevista, aunque el art. 95, 1, TRRL no lo dice, en el núm. 1 del art. 86 LRBRL), debe ser rechazada. La reforma llevada a cabo en el art. 86 por la LRSAL no contribuye a aclarar este punto.

6. LAS MODIFICACIONES EN MATERIA DE RESERVAS LOCALES

Un precepto clave para el estudio de los servicios públicos locales es el art. 86, 2, LRBRL, que versa sobre la reserva de determinadas actividades y servicios esenciales a favor de las entidades locales. A continuación transcribo la redacción que al precepto ha dado la LRSAL:

«2. Se declara la reserva en favor de las Entidades Locales de las siguientes actividades o servicios esenciales: abastecimiento domiciliario y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros, de conformidad con lo previsto en la legislación sectorial aplicable. El Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer, mediante Ley, idéntica reserva para otras actividades y servicios.

La efectiva ejecución de estas actividades en régimen de monopolio requiere, además del acuerdo de aprobación del pleno de la correspondiente Corporación local, la aprobación por el órgano competente de la Comunidad Autónoma».

Como fácilmente se aprecia, el precepto transcrito constituye un *trasunto local* del concepto constitucional de reserva del art. 128, 2, segunda frase, de la CE, que dice así:

«Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio(...).».

El art. 86, 2, de la LRBRL ha sido interpretado de diversas maneras, tanto por los autores, como por los tribunales. Los debates sobre el concepto constitucional de reserva del art. 128 de la CE se han proyectado sobre su equivalente local (es decir, el art. 86, 2 de la LRBRL).

En la búsqueda de un concepto de servicio público local producía (y produce) perplejidad que haya servicios municipales obligatorios del art. 26 de la LRBRL no relacionados en el art. 86, 2, de la LRBRL, y *viceversa*. Existe una coincidencia (pero no identidad) entre las actividades y servicios enumerados en el art. 86, 2, primer párrafo, de la LRBRL con los servicios municipales del art. 26 de la LRBRL (facultativos u obligatorios: el precepto va enumerando los servicios en función de la población, de manera que aquellos servicios cuya prestación resulta obligada, por ejemplo, en municipios de más de 50.000 habitantes son, al mismo tiempo, servicios que se pueden prestar o no en municipios con menor población y son, por eso, facultativos).

Otras discusiones han girado en torno al sentido de la necesidad de una aprobación de la Comunidad Autónoma cuando alguna de las actividades o servicios reservados quiere ejecutarse en forma de monopolio (la llamada *efectividad de la reserva*), de acuerdo con el art. 86, 3, párrafo segundo, LRBRL.

En mi opinión, hay una identidad conceptual entre servicios públicos y servicios esenciales reservados. Entre las características del concepto de servicio público acuñado en España en los tres primeros cuartos del siglo XX destaca la *publicación* de la actividad en que el servicio consiste, con atribución de la titularidad sobre el servicio a la Administración Pública. Tras la aprobación de la CE en 1978 esa tesis fue mantenida por una parte de la comunidad científica, la cual, por un cierto temor al vacío derivado de la inexistencia de referencia alguna a los servicios públicos económicos en la CE⁶, vertió la doctrina tradicional del servicio público sobre la reserva de servicios esenciales del art. 128, 2, segunda frase, de la CE. Este sector doctrinal suele afirmar, tras aclarar que el concepto de servicio esencial -a secas- no es identificable con el concepto de servicio público, que los servicios esenciales reservados ocupan el mismo espacio que los servicios públicos tal y como fueron conceptuados en tiempos preconstitucionales. En consecuencia, la reserva comporta tanto la *publicatio* de la actividad, su titularidad pública, como la libertad de la Administración para gestionar el servicio reservado como estime más conveniente para los intereses generales, directa o indirectamente, con monopolio o sin él; el reverso de esta tesis es que la actividad en que consiste el servicio esencial reservado queda extraída del ámbito de la libre iniciativa económica de los ciudadanos, como una suerte de excepción a la libertad de empresa en una economía de mercado; desde un punto de vista práctico, la única forma al alcance de los particulares para operar en el ámbito reservado es la obtención de una concesión administrativa u otro tipo de contrato de gestión de servicios públicos⁷.

¿Y qué significado ha de otorgarse a las palabras «*especialmente en caso de monopolio*» del art. 128, 2, de la CE? Estas palabras significan que un indicio de que el servicio es esencial y de que, por tanto, la ley puede reservarlo al sector público es que se trate de una actividad que tienda naturalmente al monopolio, es decir, que sea un monopolio natural, definido como aquella situación del mercado en que una sola empresa puede producir el *output* deseado a menor coste que en cualquier combinación de dos o más empresas. Los recursos y los servicios pueden ser esenciales según la consideración de los ciudadanos y de la clase política, pero hasta que la ley no reserva no hay servicio público propiamente dicho. El concepto de servicio esencial es más amplio que el de servicio público, pues éste no es sino un servicio esencial reservado.

La palabra reserva en el art. 128, 2, CE es sinónima de *publicatio*. Erigir un servicio público es lo mismo que *publicar* una actividad y es también lo mismo que reservar un servicio. Son expresiones sinónimas. Todo servicio público implica una exclusividad en la titularidad a favor de una Administración. No todo servicio público implica un monopolio *de facto*, es decir, la gestión del servicio puede estar en manos de particulares. Ambos planos -titularidad y gestión- deben diferenciarse netamente. Aunque la gestión esté en manos de los particulares (*v.gr.*, mediante concesión administrativa), la Administración no pierde la titularidad. La ley que reserva establece el servicio público, lo crea, y no prejuzga el modo en que el servicio va a gestionarse pues la reserva implica más bien la exclusividad a favor del poder público, sin perjuicio de que *a posteriori* la actividad se conceda a los particulares, se gestione directamente por la Administración de forma monopolística o, por último, se gestione en parte directa y en parte indirectamente. Desde esta perspectiva la palabra «reserva» no significa en el art. 128, 2, CE, gestión directa.

⁶ En los dos preceptos en que la CE se refiere a los servicios públicos (arts. 106 y 158, 1), ni la ubicación sistemática de los artículos ni la amplitud del significado con que se utiliza, son útiles a los efectos de la identificación del concepto tradicional estricto de servicio público en el nuevo texto constitucional.

⁷ Por todos, *vid.* Ariño Ortiz, G., *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*, ed. Comares, Granada 2004 (3ª ed. ampliada), pp. 347, 365 y 496-499. Muy crítico con la interpretación de las reservas constitucionales a la luz de un concepto preconstitucional de servicio público se muestra Troncoso Reigada, A., *Dogmática administrativa y derecho constitucional: el caso del servicio público*, en «Revista Española de Derecho Constitucional», núm. 57 (1999), pp. 87-164, particularmente pp. 87-98.

Para quienes mantenemos lo expuesto en los tres párrafos anteriores (a la luz del art. 128, 2 CE), el segundo párrafo del art. 86, 2, LRBRL produce *perplejidad*: el precepto limita la libertad de organización del servicio por parte de la entidad local, porque exige aprobación autonómica para ejecutar el servicio en régimen de monopolio (aunque se trata de un control de legalidad, no de oportunidad). Así como la reserva del art. 86, 2, primer párrafo, de la LRBRL, es la reserva de que habla el art. 128, 2, segunda frase, CE, la previsión del art. 86, 2, segundo párrafo, de la LRBRL, previsión específica para las entidades locales, es extraña al concepto constitucional de reserva, la cual implica por sí misma la posibilidad de ejecución en régimen de monopolio.

Otra parte relevante de la doctrina procuró realizar un nuevo esfuerzo interpretativo del art. 128, 2, segunda frase, de la CE, tratando de deslindarlo del concepto de servicio público; para este sector, el precepto tan sólo sienta los fundamentos constitucionales para que la Administración intervenga en sectores económicos determinados, de manera que junto a los servicios esenciales reservados, con titularidad exclusiva de la Administración, el art. 128, 2, segunda frase, de la CE, contempla también servicios públicos sin esa titularidad⁸.

En algunos autores parece advertirse que el contenido del art. 86, 2, de la LRBRL se utiliza para interpretar el art. 128 de la CE: a la vista del precepto de la LRBRL afirman que las reservas del art. 128, 2, de la CE no consisten en erigir un servicio público, sino en la decisión de gestionar ese servicio de forma directa por la propia Administración y de forma monopólica. Dada la proximidad temporal entre la CE (1978) y la LRBRL (1985) y dado que el concepto constitucional de reserva (inédito en Derecho español, cuando fue introducido por la CE de 1978) no había sido objeto de desarrollo legislativo antes de 1985 (año de aprobación de la LRBRL), resulta que la forma en que la LRBRL interpretó la reserva de la CE (con todas sus anomalías y errores) se convirtió en una suerte de interpretación auténtica del sentido de la reserva constitucional. Como para la LRBRL la mera declaración legal de que un servicio está reservado no es suficiente para entender que la reserva es efectiva y como sólo la *efectividad* de la reserva permite que el servicio reservado se gestione de forma monopólica, entonces la reserva constitucional de un servicio no se traduce en la declaración de que ese servicio ha devenido público, sino en que la reserva implica gestión directa y monopólica por la propia Administración Pública. Sólo así se entienden las siguientes afirmaciones: «(...) no se trata sólo de mantener una determinada titularidad pública de algo que ya lo es (...). En el art. 128, 2 CE, por el contrario, el término tiene un significado del todo distinto. Se trata de asumir “con carácter exclusivo”, “apartando a los demás” –son expresiones que se recogen en el Diccionario de la Lengua-, una determinada actividad que, por exigencias del interés general, se sustrae a su posible realización por el sector privado»⁹.

El TS, en Sentencia de su Sala 3ª (Sección 7ª) de 21 de diciembre de 2000 ha reconocido expresamente que la efectividad de la reserva no significa gestión directa, sino que el servicio –monopolizado– puede encomendarse a un tercero. Esto es lo que afirma en el Fundamento de derecho núm. 6 (apartado 4):

«Por lo que ya en particular se refiere al ejercicio de actividades o servicios en régimen de monopolio, por parte de las Entidades Locales, la lectura de los artículos 128 de la CE, 86 de la LBRL y 96 y 97 del TRRL permite distinguir, como aspectos o conceptos diferenciados, los siguientes:

- La posibilidad general de reservar al sector público actividades o servicios esenciales, con la consiguiente exclusión respecto de ellos de la titularidad privada, que está prevista en la Constitución, y para la que dicha norma fundamental requiere una específica habilitación legal (al disponer que ha de hacerse “mediante ley”).
- La habilitación legal específicamente referida a la reserva en favor de las Entidades locales del servicio esencial de abastecimiento y depuración de aguas, que se encuentra establecida en el artículo 86 de la LBRL.
- La decisión de la Entidad local por la que, ejercitando esa habilitación legal, asume de manera efectiva la responsabilidad sobre la ejecución de la actividad legalmente reservada, para desarrollarla en régimen de monopolio, y que, por ello, impide en lo sucesivo la iniciativa privada que con anterioridad pudiera haber existido sobre esa actividad. Esta decisión requiere cumplir los trámites ordenados en los artículos 86 LBRL y 97 TRRL, y, además, la aprobación del órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma.
- La gestión del servicio monopolizado, que puede ser directa o indirecta; y
- La adjudicación a un particular del contrato por el que se encarga de la gestión indirecta del servicio municipal monopolizado».

⁸ Por todos *vid.* Muñoz Machado, S., *Servicio Público y Mercado. I. Los fundamentos*, ed. Civitas, Madrid 1998, especialmente pp. 113-118 (este trabajo consta de tres volúmenes más: *II. Las telecomunicaciones*, *III La televisión* y *IV. El sistema eléctrico*, en la misma editorial y año)

⁹ Martín-Retortillo, S., *Derecho Administrativo Económico*, I, ed. La Ley, Madrid 1988, pp. 250-258. La cita está en p. 251.

A propósito de los arts. 25, 1; 26; 85, 1; y 86, 2, de la LRBRL la mejor doctrina ha tratado de clarificar el panorama relativo a los servicios públicos. La exposición más coherente de lo que significa la reserva local del art. 86, 2, de la LRBRL –como vía para el establecimiento de monopolios locales- se encuentra en el trabajo de Díaz Lema en cuyas páginas se hallan todos los elementos necesarios para comprender el régimen jurídico de los servicios públicos locales y su relación con la iniciativa económica local, expuestos de tal manera que el autor alcanza a construir un sistema inteligible, a pesar de que algunas de las premisas de que parte (concretamente, la identificación del servicio público y de la reserva, con el monopolio) sean discutibles. Por lo demás, la lectura de este trabajo, que se sustenta sobre la base de la distinción entre cuatro conceptos (competencias, servicios mínimos –facultativos y obligatorios-, reserva e iniciativa pública), proporciona al lector las claves para entender, en parte, qué se ha pretendido con la LRSAL.¹⁰

La reforma operada sobre el art. 86, 2, de la LRBRL por la LRSAL no altera su estructura esencial, pero sí lleva a cabo una nueva y muy significativa reducción del número de servicios reservados y contiene alguna otra modificación de interés. La interpretación del art. 86, 2, de la LRBRL, como precepto que fundamenta el establecimiento de monopolios locales está recogida por la Exposición de Motivos de la LRSAL, que explica la reducción del número de servicios que se pueden reservar de la siguiente manera:

«Finalmente, para favorecer la iniciativa económica privada (...). Asimismo, se suprimen monopolios municipales que venían heredados del pasado y que recaen sobre sectores económicos pujantes en la actualidad».

La versión original del art. 86, 3, de la LRBRL decía así:

«Se declara la reserva en favor de las Entidades locales de las siguientes actividades o servicios esenciales: 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».

La referencia a los servicios mortuorios fue suprimida por el RD-L núm. 7/1996, de 7 de junio. Por su parte, la Ley de Hidrocarburos de 1998 suprimió la referencia al suministro de gas. Finalmente, la LRSAL suprime las referencias a la calefacción, los mataderos, mercados y lonjas centrales.

La progresiva reducción del número de actividades o servicios que pueden ser objeto de reserva, de acuerdo con el art. 86, 2, de la LRBRL constata un hecho indiscutible: que las reservas de servicios esenciales, como técnica novedosa de la CE de 1978 para la intervención pública en la economía, han caído, en la práctica, en desuso. La CE de 1978 responde a un paradigma económico que estaba siendo sustituido por uno nuevo cuando se aprobó. Adicionalmente, la incorporación de España a la UE en 1986, ocho años después de la aprobación de la CE, supuso la progresiva desactivación del art. 128, 2, de la CE, en la parte relativa a las reservas, por su incompatibilidad (en principio) con las libertades económicas comunitarias. Para salvar el concepto de reserva de su desaparición, he propuesto en otro lugar una nueva lectura del precepto constitucional, como aquel que albergaría el concepto de *regulación económica*, técnica dirigida a solventar los problemas ínsitos a los monopolios naturales¹¹.

Como se ve, ahora sólo hay tres servicios susceptibles de ser reservados:

1. abastecimiento domiciliario y depuración de aguas;
2. recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos y
3. transporte público de viajeros.

Una limitación adicional que introduce la LRSAL en el art. 86, 2, de la LRBRL es que esa reserva puede llevarse a cabo *«de conformidad con lo previsto en la legislación sectorial aplicable»*, que es una manera de avisar que la reserva puede no llegar a ser efectiva, es decir, que podría no ejecutarse de forma monopólica, si la legislación pertinente (suministro de agua, transporte de viajeros y residuos) impidiesen tal monopolio. Ahora bien, si de acuerdo con el art. 128, 2 de la CE aquellos servicios esenciales que pueden ser reservados al sector público son aquellos que tienden naturalmente al monopolio, y si se admite (como ha de hacerse) que los servicios esenciales que subsisten como reservados en el art. 86, 2, de la LRBRL constituyen (en la mayoría del ciclo), claros monopolios naturales,

¹⁰ Díaz Lema, J.M., *Los monopolios locales*, ed. Montecorvo, Madrid 1994.

¹¹ Vid. Guayo, I. del, *La regulación económica como alternativa* en «Revista española de Derecho Administrativo», núm. 130 (2006), pp. 227-254, también publicado con el mismo título en Ariño, G., Cuétara, J.M. de la y Guayo, I. del (editores), «Regulación económica. Lecturas escogidas», ed. Aranzadi/Thomson, Cizur Menor 2012, pp. 183-213.

entonces no parece que la legislación sectorial goce de margen para impedir que la reserva sea efectiva (por seguir con la terminología del art. 86, 2, de la LRBRL, una terminología que no comparto, según he expuesto en otros lugares de este trabajo).

En la versión original de la LRBRL resultaba extraño que fuese necesaria la aprobación de la Comunidad Autónoma para ejercer en régimen de monopolio unos servicios que la ley reservaba a las entidades locales. Ahora que la reserva se reduce al suministro del agua, residuos y al transporte urbano, esa autorización es todavía más incomprensible, por cuanto se trata de actividades (al menos en las partes más importantes del ciclo) que tienen claros elementos de monopolio natural. Sin embargo, la LRSAL, en ardorosa defensa de la libre competencia, modifica el art. 97 del TRRL, que dice ahora lo siguiente (apréciese que la principal novedad es la necesidad de un informe de la autoridad de competencia):

«Para la ejecución efectiva en régimen de monopolio de las actividades reservadas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, se requerirá el cumplimiento de los trámites previstos en el número anterior referidos a la conveniencia del régimen de monopolio y se recabará informe de la autoridad de competencia correspondiente, si bien el acuerdo a que se refiere su apartado d) deberá ser optado por mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación. Recaido acuerdo de la Corporación, se elevará el expediente completo al órgano competente de la Comunidad Autónoma. El Consejo de Gobierno de ésta deberá resolver sobre su aprobación en el plazo de tres meses. Si se solicitase dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo superior del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, donde existiese, no se computará el tiempo invertido en evacuar la consulta».

Sorprende que esta misma reforma no se haya introducido en el art. 86, 2, de la LRBRL, y que sólo se haya hecho en el TRRL.

El segundo párrafo del art. 86, 2, de la LRBRL ha sido modificado por la LRSAL. Donde antes se decía que la efectividad de la reserva sería aprobada por «el órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma», ahora se dice por el «órgano competente de la Comunidad Autónoma». Una gran parte de la doctrina había criticado que dado que la efectividad de la reserva implicaba su monopolio, la LRBRL debería haber establecido que la decisión correspondiese al órgano legislativo de la Comunidad Autónoma y no que tal efectividad fuese decidida por un acto administrativo del Consejo de Gobierno. Desde esa perspectiva, la reforma no ha mejorado las cosas, sino que las empeora, pues donde antes se exigía una decisión (acto) del Consejo de Gobierno, ahora se exige un acto administrativo, pero no necesariamente del Consejo de Gobierno, sino que puede ser adoptado por un órgano administrativo de jerarquía inferior. La única forma de solventar ese retroceso sería interpretar, un tanto forzosamente, que al referirse ahora al «órgano competente» podría estar apuntando, también, al órgano legislativo competente.

7. UN INTENTO DE DETERMINACIÓN DE CUÁLES SON LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES, TRAS LA REFORMA DE 2013

La versión original del apartado 1 del art. 85 de la LRBRL establecía lo siguiente: «Son servicios públicos locales cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las Entidades locales». Era una definición amplísima. La Ley núm. 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local modificó ese precepto, que dice, desde entonces, lo siguiente: «Son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias». Se trató de un tímido intento de introducir una claridad en el confuso concepto de servicio público local. Concretamente, se quiso desligar el concepto de servicio público del concepto de competencia, para que la indefinición que rodea el tema de las competencias locales desde la aprobación de la LRBRL no afectase a los servicios públicos.

La estrecha relación entre competencias y servicios públicos, en el ámbito local, ha tenido un expreso reconocimiento en la jurisprudencia, como en la STS de 23 de mayo de 1997 (Sala 3ª, Sección 4ª), en cuyo Fundamento de Derecho Sexto se afirma lo siguiente:

«El concepto de servicio público, calificado frecuentemente como polisémico, no es ciertamente una categoría dogmática unívoca. En Sentencia de 24 octubre 1989, este Tribunal advierte que ningún Texto Legal da un concepto de servicio público y atiende a una noción estricta de servicio público considerándolo “como actividad cuya titularidad ha sido reservada en virtud de una Ley a la Administración para que ésta la reglamente, dirija y gestione, en forma directa o indirecta, y a través de la cual se preste un servicio al público de manera regular y continua”. En este sentido, la actividad que se contempla, de explotación de «Balsas» para el abastecimiento de agua para el riego, no puede considerarse, desde luego, como un

servicio público de titularidad del Cabildo. Ahora bien, la referida noción, a pesar del supuesto en el que se pronuncia la sentencia citada, es más bien predicable del servicio público en la esfera estatal, en la que aparece íntimamente vinculada a la idea de titularidad, junto a la referida exigencia de Ley formal. El servicio público es así una actividad de prestación de titularidad estatal reconocida por la Ley y que comporta, potencialmente, un derecho excluyente a su prestación. Sin embargo, en el ámbito local, existe una noción de servicio público vinculada a la idea de competencia en sintonía con el reiterado artículo 85 LRBRL, que considera servicios públicos a «cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las entidades locales». Este concepto atiende no tanto a la idea de titularidad como a la de la competencia, de manera que la calificación de una determinada actividad prestacional como de servicio público local no convierte al correspondiente ente local en titular de dicha actividad, ni excluye una eventual prestación a iniciativa de otras Administraciones públicas o a iniciativa de particulares. Así, cabe distinguir entre servicios de titularidad municipal y servicios públicos locales caracterizados: por la declaración formal o “publicatio”, la naturaleza prestacional, la necesidad de utilizar un procedimiento o forma de gestión de Derecho público y por el criterio teleológico de servir a fines señalados como de la competencia de la Entidad Local».

La Sentencia del TSJ de las Islas Baleares (Sala de lo contencioso-administrativo), de 29 de octubre de 2010, proporcionó una explicación de la relación entre la competencia que el art. 25 atribuye a los Municipios sobre cementerios y actividades funerarias, la liberalización de los servicios mortuorios y el servicio mínimo obligatorio de cementerios:

«Debe distinguirse entre lo que constituye por un lado el servicio público esencial de cementerio, que engloba la regulación, construcción, cuidado y mantenimiento de las dependencias e instalaciones destinadas a este fin, y de otro, el servicio funerario, incluyendo en ese concepto el traslado de cadáveres y todo el conjunto de posibles prestaciones en relación al fallecimiento de una persona, entierro e incineración de cadáveres».

El servicio funerario, que no el de cementerios, está liberalizado por el Real Decreto Ley 7/1996 de 7 de junio sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, de forma que el ayuntamiento ya no puede prestar los servicios funerarios en régimen de monopolio o de prevalencia sobre el resto de empresas del sector como antaño ocurría en el ejercicio de la actividad de “servicios mortuorios”. En esta materia el Ayuntamiento ha de someterse a las reglas de la libre competencia, con la única matización de que es exigible a las empresas que deseen ejercer esa actividad, la obtención previa de una autorización municipal de carácter reglado (art. 22 del RDL 7/1996) así como aquellas otras que sean exigibles en materia sanitaria y de transportes. Esa limitación no constituye una vulneración de la libertad de empresa consagrado y regulado en el artículo 38 de la CE , pues en definitiva la liberalización o privatización que contempla el artículo 22 del RD 7/1996 no es completa o absoluta, sino que queda sometida a un régimen de autorización municipal, lo cual no puede esconder la intención de consagrar una posición monopolística por parte del ayuntamiento a través de la imposición de numerosas trabas o dificultades a la hora de autorizar en el término municipal aquella actividad económica, que convierta en ilusoria dicha actividad por su imposible ejercicio.

Dicho ello, el Ayuntamiento en el legítimo ejercicio de una competencia que le es propia, servicios funerarios, puede organizar la prestación de ese servicio, como actividad liberalizada a través de la creación de una empresa pública municipal. A tal efecto ya se ha dicho que son servicios públicos locales aquellos que se prestan por las entidades locales en el ámbito de sus competencias y el artículo 25-2 j) de la LRBRL contempla como competencia municipal los “cementerios y servicios funerarios”. Nada impide pues, que la administración local decida prestar de forma directa el servicio funerario, pudiendo hacerlo a través de la constitución de una sociedad mercantil con capital enteramente municipal (STS 1 de febrero de 2002 Ponente Sr. Xiol Ríos). Tampoco nada impide que el Ayuntamiento a través de una empresa pública municipal decida gestionar los servicios de cementerio. Son dos actividades distintas, pero mientras la primera ha de moverse bajo el respeto absoluto al criterio de actividad de libre mercado dada la liberalización del servicio, la segunda, no queda afecta a esa liberalización. Y es por ello que en ningún caso la actividad de servicios funerarios a prestar por una empresa pública municipal si así se acordare, puede irrogarse una actitud monopolística o de

supremacía en el sector, aprovechando la actividad en materia de gestión de cementerio, que como servicio monopolístico y no liberalizado, puede también prestar la administración a través de una empresa pública municipal».

La definición que el art. 85, 1, LRBRL hace de los servicios públicos locales es muy amplia y el art. 25, 1, LRBRL se refiere al servicio público en términos igualmente amplios. Las referencias de ambos preceptos son tan amplias que carecen realmente de virtualidad definidora y no permite que conozcamos cuáles son los servicios públicos locales en sentido estricto, pues también las actividades o servicios económicos que presten las entidades locales como fruto de su libre iniciativa en el ámbito económico podrían ser considerados a tenor de ambos preceptos como *servicios públicos*. Es preciso, no obstante, hacer un esfuerzo de identificación de cuáles son en sentido estricto los servicios públicos locales¹².

El art. 95, 1, del TRRL habla de *servicios públicos locales*. La norma sólo habla de *servicios públicos* en este precepto y en el art. 1, que dispone que para el cumplimiento de sus fines los Ayuntamientos tienen plena capacidad jurídica para establecer y explotar servicios públicos (en materia de bienes hay un par de referencias al *servicio público*, que no son ahora relevantes). Parece claro el art. 95, 1, del TRRL designa como servicios públicos los servicios mínimos del art. 26 y, también, los servicios esenciales reservados del art. 86, 2, de la LRBRL.

¿Cuáles son, en definitiva, los servicios públicos locales? Son servicios públicos locales los servicios cuya titularidad es otorgada por la ley a las entidades locales. Esta afirmación es insuficiente, pero nos permite trazar una primera línea divisoria: no todas las actividades sobre las que las entidades locales tienen competencias son servicios públicos. En efecto, una cosa es la titularidad sobre un servicio y otra es la competencia sobre una materia. La diferencia entre titularidad y competencia explica que distintas Administraciones territoriales ejerzan competencias sobre determinados servicios públicos y que sólo una de ellas sea su titular; esta diferencia autoriza que prescindamos (en esta tarea de búsqueda de cuáles son los servicios públicos locales), de la larga y heterogénea lista de competencias enumeradas en el art. 25 LRBRL. La lista enumera competencias, no servicios públicos, a pesar de que alguna de esas materias coincida con alguno de los servicios públicos locales¹³.

Son servicios públicos locales la práctica totalidad de los servicios mencionados en el art. 26 de la LRBRL y también todas las actividades y servicios reservados del art. 86, 2, párrafo primero, de la LRBRL. Para una comprensión cabal de esta postura es preciso llevar a cabo una comparación de los servicios municipales del art. 26 de la LRBRL, con las actividades y servicios reservados del art. 86, 2, de la LRBRL.

En la versión original de ambos preceptos, todos los servicios y actividades enumerados en el segundo de esos dos preceptos (86, 2) se encontraban también en el primero (26), salvo los siguientes: a) depuración de aguas; b) aprovechamiento de residuos, c) suministro de gas, d) calefacción y e) lonjas centrales. El art. 86, 3, primer párrafo, de la versión original de la LRBRL hablaba también de *servicios mortuorios*, parte de los cuales podían entenderse comprendidos en la referencia al servicio de cementerios del art. 26 de la LRBRL, pero esa referencia fue suprimida por el RDL núm. 7/1996, de 7 de junio. La Ley de Hidrocarburos de 1998 suprimió la referencia al suministro de gas en el art. 86, 3, párrafo primero, de la versión original de la LRBRL.

A la lista de servicios que estaban en la versión original del art. 86, 3, de la LRBRL, pero no en el art. 26 de la LRBRL había que añadir los *mataderos*, los cuales, en virtud del RDL núm. 7/1996, de 7 de junio, dejaron de estar mencionados en el art. 26 de la LRBRL. Los servicios enumerados en esa lista (letras a, b, d y e, *supra*) eran (hasta la LRSAL) servicios esenciales reservados, pero que no constituían servicios municipales obligatorios en función de la población. Y la referencia al gas, como he dicho, fue suprimida en 1998.

Tras la LRSAL desaparecen entre los servicios reservados del art. 86, 2, de la LRBRL, los siguientes: calefacción, mataderos, mercados y lonjas centrales. Dado que en el art. 26 de la LRBRL (en la versión que le da la LRSAL de 2013) no hay mención alguna ni a la calefacción ni a los mercados, mataderos y lonjas (los mataderos y lonjas no estaban tampoco mencionados en la versión inmediatamente anterior a la LRSAL; la LRSAL suprime la mención a los mercados del art. 26 LRBRL), ha de entenderse que esas actividades no constituyen ya servicios públicos.

¹² Vid. Koninckx Frasquet, A., *Comentario a los arts. 85, 85 bis, 85 ter y 86*, en Domingo Zaballo, M.J. (coordinador), *Comentarios a la Ley Básica de Régimen Local*, ed. Civitas, Cizur Menor 2013, 3ª ed., Tomo II, pp. 1744-1664, donde adopta una postura tendente a identificar servicio público local y competencia local, con fundamento en alguna jurisprudencia, como la STS de 23 de mayo de 1997 (transcrita en el texto, más adelante).

¹³ Vid. Montero Pascual, J.J., *Servicios Públicos Locales*, en Fuentetaja Pastor, J.A. y Fernández Rodríguez, C. (codirectores), *Manual de Derecho Local*, Iustel, Madrid 2013, 2ª ed., pp. 403-424; y Rivero Ysern, J.L., *Manual de Derecho Local*, ed. Civitas, Cizur Menor 2010, 6ª ed., en particular pp. 425-464

La supresión de la mención de la calefacción del art. 86, llevada a cabo por la LRSAL, debe conectarse con el escaso (prácticamente nulo) interés de las autoridades españolas por el *district heating*, sistema de calefacción y/o agua caliente tan extendido en otros países de Europa. Se trata de un sistema que introduce altos grados de eficiencia energética.

Por su parte, el art. 26 LRBRL contiene algunos servicios obligatorios no contemplados entre los reservados del art. 86, 2, párrafo primero, de la LRBRL, a saber:

- en todos los Municipios: alumbrado público, cementerio, limpieza viaria, alcantarillado, acceso a los núcleos de población, pavimentación de las vías públicas;
- en Municipios de más de 5.000 habitantes: parque público y biblioteca pública;
- en Municipios de más de 20.000 habitantes: protección civil, evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social, prevención y extinción de incendios e instalaciones deportivas de uso público; y
- en los Municipios de más de 50.000 habitantes: medio ambiente urbano.

La LRSAL suprime la referencia a «control de alimentos y bebidas» en el art. 26 de la LRBRL. Esto es coherente con la supresión de la referencia a los mercados, mataderos y lonjas y ha de entenderse en el mismo contexto. La supresión, obviamente, no significa que el Ayuntamiento no pueda llevar a cabo actuaciones en esos campos, no ya como servicios públicos, sino en cuanto actuación debida como consecuencia de las competencias del Municipio en materia de «ferias, abastos, mercados, lonjas y comercio ambulante» (art. 25 de la LRBRL, según la redacción que le da la LRSAL). La original referencia a la «protección de los servicios sociales» se ha sustituido por una referencia a la «evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social». El propósito del nuevo circunloquio es decantar los servicios sociales hacia las Comunidades Autónomas. Así queda patente en la Disposición Transitoria Segunda de la LRSAL: a su tenor, con fecha 31 de diciembre de 2015, y en los términos previstos en las normas reguladoras del sistema de financiación autonómica y de las Haciendas Locales, las Comunidades Autónomas habrán de asumir la titularidad de las competencias que se preveían como propias del Municipio, antes de la LRSAL, relativas a la prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social. Por último, en la versión original se hablaba de «protección del medio ambiente» y, ahora, con un propósito reduccionista, se habla del «medio ambiente urbano».

Todas las actividades enumeradas simultáneamente en uno y otro artículo son servicios públicos locales, es decir, servicios esenciales para los vecinos de los municipios que, por ese carácter esencial, han sido reservados. Los sectores que sólo se encuentran en el art. 26 de la LRBRL pueden ser incluidos en uno de los dos siguientes grupos: o auténticos servicios públicos o ámbitos en el que los municipios han de tener competencias ex LRBRL (en este segundo grupo se encuentran, a mi juicio, la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social protección civil y medio ambiente urbano, es decir, como materias o ámbitos en los cuales los municipios han de tener, de conformidad con lo que señalen las respectivas leyes, competencias). En el primer grupo, todos los demás.

El hecho de que algunos servicios del art. 26 de la LRBRL no estén mencionados entre las actividades o servicios reservados del art. 86, 2, de la LRBRL constituyen sin duda una fuente de perplejidad y el intérprete se siente tentado después de considerar todas las posibles explicaciones, bien a pensar que se trata de un defecto de la LRBRL bien – desde una postura un tanto heterodoxa- a considerar la posibilidad de que algunos servicios municipales del art. 26 de la LRBRL que no están reservados expresamente en el art. 86, 2, primer párrafo, de la LRBRL a favor de las entidades locales (como, por ejemplo, alumbrado público, limpieza viaria, alcantarillado, acceso a los núcleos de población y pavimentación de las vías públicas), están reservados por el propio art. 26 de la LRBRL y que en tales servicios no hará falta trámite ulterior ante la Comunidad Autónoma cuando se quieren ejercitar en régimen de monopolio.

La reforma de la LRSAL del art. 86, 2 LRBRL, ahonda en dos tendencias que se perciben en el derecho local desde 1985. Por un lado, las reservas van desapareciendo. Ahora, tras la LRSAL, sólo quedan tres: agua, residuos y transporte; por otro lado, la posición de los entes locales en las reservas queda diferido a lo que disponga la ley sectorial, como dice expresamente la LRBRL, tras la LRSAL: «de conformidad con la legislación sectorial aplicable».

Otra de las razones de la confusión entre las actividades económicas locales y los servicios públicos locales estriba en que el art. 86, 2, primer párrafo, de la LRBRL habla de actividades y servicios reservados, pero la lista no discrimina entre las realidades enumeradas cuáles son actividades y cuáles son servicios. De todas formas, la confusión no origina especiales inconvenientes conceptuales dado que unas (actividades) y otros (servicios) están reservados (*publicados*). A partir de una determinada interpretación del art. 128, 2, segunda frase, de la CE tanto las actividades como los servicios del art. 86, 2, primer párrafo, de la LRBRL, son servicios públicos. El precepto

prevé además que futuras leyes autonómicas o estatales amplíen la reserva a otros sectores. Las consecuencias que se siguen de la reserva son las mismas para los servicios reservados que para las actividades reservadas.

En cualquier caso, y con independencia de la confusa terminología, las actividades del art. 86, 2, primer párrafo, de la LRBRL, no son las actividades del art. 86, 1, de la LRBRL: aquéllas son actividades reservadas y las segundas son actividades desarrolladas en sectores no reservados. El art. 86, 2, primer párrafo, de la LRBRL habla de actividades y servicios esenciales reservados, pero no se está refiriendo, con la expresión *actividades reservadas*, a las actividades que la entidad local lleva a cabo en ejercicio de su libre iniciativa económica sino que en el contexto en que se inserta ese precepto se trata de actividades reservadas y de servicios reservados.

Esta parcial asimilación en la legislación entre actividades económicas de la entidad local y sus servicios públicos es perceptible también en el art. 97 del TRRL porque en él se establece un procedimiento común para el ejercicio de ambos tipos de iniciativa, si bien la monopolización de actividades o servicios reservados requiere algunos trámites ulteriores, que son novedosos, pues han sido reformados por la LRSAL según he explicado *supra*.¹⁴ Puede añadirse que el art. 95, 1, primera frase, del TRRL incurre en la misma confusión. La iniciativa pública local del art. 86 de la LRBRL (al menos la de su apartado 1 no origina servicios públicos, sino ejercicio de variadas actividades económicas distintas de los servicios públicos).

8. FUSIÓN DE MUNICIPIOS Y SERVICIOS PÚBLICOS

El art. 13, 4, letra f, de la LRBRL (según la redacción que le da la LRSAL), dice así:

«Los municipios, con independencia de su población, colindantes dentro de la misma provincia podrán acordar su fusión mediante un convenio de fusión, sin perjuicio del procedimiento previsto en la normativa autonómica. El nuevo municipio resultante de la fusión no podrá segregarse hasta transcurridos diez años desde la adopción del convenio de fusión.»

Al municipio resultante de esta fusión le será de aplicación lo siguiente:

(...) f) Queda dispensado de prestar nuevos servicios mínimos de los previstos en el artículo 26 que le corresponda por razón de su aumento poblacional».

Se trata de una medida dirigida a fomentar la fusión de Municipios, que es una de las principales finalidades de la LRSAL.

9. EL NUEVO PAPEL DE LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES

Otra novedad introducida por la LRSAL en el art. 26 LRBRL es que se establece una preferencia de las Diputaciones Provinciales, sobre las Comunidades Autónomas, para la asistencia a los municipios en el establecimiento y prestación de los servicios mínimos (se suprimen los apartados 2 y 4 de la versión original del art. 26 de la LRBRL, que daban mayor protagonismo a las Comunidades Autónomas). Concretamente, el nuevo apartado 2 del art. 26 LRBRL dispone que en los municipios con población inferior a 20.000 habitantes será la Diputación provincial o entidad equivalente la que coordinará la prestación de los siguientes servicios: a) Recogida y tratamiento de residuos; b) Abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales; c) Limpieza viaria; d) Acceso a los núcleos de población; e) Pavimentación de vías urbanas; y f) Alumbrado público.¹⁵

Para coordinar la prestación de esos servicios la Diputación ha de proponer al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, con la conformidad de los municipios afectados, la forma de prestación, consistente en la prestación directa por la Diputación o la implantación de fórmulas de gestión compartida a través de consorcios, mancomunidades u otras fórmulas. En su propósito de ahorro de costes, el apartado 2 del art. 26 de la LRBRL continúa diciendo que, para reducir los costes efectivos de los servicios, el Ministerio decide sobre la propuesta formulada que debe contar con el informe preceptivo de la Comunidad Autónoma si es la Administración que ejerce la tutela financiera. El nuevo precepto contiene otras previsiones sobre la asunción de costes y sobre la posibilidad de que sea el Municipio quien decida la forma de gestión. Debe subrayarse que ha desaparecido la posibilidad de que la Comunidad Autónoma exima a los Municipios de la prestación de los servicios mínimos.

¹⁴ Vid. epígrafe 6 de este trabajo.

¹⁵ Así lo explica la Exposición de Motivos: «Otra de las medidas adoptadas en la Ley es la de reforzar el papel de las Diputaciones Provinciales, Cabildos, Consejos insulares o entidades equivalentes. Esto se lleva a cabo mediante la coordinación por las Diputaciones de determinados servicios mínimos en los municipios con población inferior a 20.000 habitantes».

Cuando se lleva a cabo una fusión, a las Diputaciones provinciales o entidades equivalentes, en colaboración con la Comunidad Autónoma, les corresponde coordinar y supervisar la integración de los servicios resultantes del proceso de fusión (art. 14, 5, de la LRBR, según la redacción que le ha dado la LRSAL).

Entre las competencias propias de las Diputaciones se establece en el art. 36, tras la LRSAL, la siguiente:

«c) La prestación de servicios públicos de carácter supramunicipal y, en su caso, supracomarcal y el fomento o, en su caso, coordinación de la prestación unificada de servicios de los municipios de su respectivo ámbito territorial. En particular, asumirá la prestación de los servicios de tratamiento de residuos en los municipios de menos de 5.000 habitantes, y de prevención y extinción de incendios en los de menos de 20.000 habitantes, cuando éstos no procedan a su prestación».

Para reforzar esa competencia, el precepto establece que a las Diputaciones provinciales corresponde asegurar el acceso de la población de la provincia al conjunto de los servicios mínimos de competencia municipal y a la mayor eficacia y economía en la prestación de éstos mediante cualesquiera fórmulas de asistencia y cooperación municipal. Con esa finalidad, las Diputaciones o entidades equivalentes pueden otorgar subvenciones y ayudas con cargo a sus recursos propios.

La LRSAL ha venido a reforzar el papel de las Diputaciones como instancias de integración territorial, precisamente en unos momentos en que se redoblaban las discusiones acerca de esta entidad local.

10. REFORMAS EN MATERIA DE GESTIÓN DIRECTA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

En el año 2003, las dos reformas más significativas en materia de gestión directa de los servicios públicos locales fueron, en primer lugar, que entre las formas posibles que la gestión directa puede adoptar se incluyó la entidad pública empresarial local (EPE), junto a las otras tres formas de gestión directa que contemplaba la versión inicial de la LRBR (gestión por la propia entidad local, organismo autónomo local y sociedad mercantil local cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local) y, en segundo lugar, que el régimen jurídico de los OAs locales y de las EPEs locales quedó referido, parcialmente, a las previsiones que la LOFAGE contempla sobre los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales estatales¹⁶.

La LRSAL se aprueba en un momento de profunda crisis económica y, consiguientemente, de necesidad de reducción del tamaño del sector público para contener el déficit. La Exposición de Motivos de la LRSAL destaca, en materia de entes instrumentales, varias ideas, como las siguientes:

«(...)se incluye una revisión del conjunto de las entidades instrumentales que conforman el sector público local»;

«(...)En ese contexto, se trata de impedir la participación o constitución de entidades instrumentales por las Entidades Locales cuando estén sujetas a un plan económico-financiero o a un plan de ajuste. En cuanto a las existentes que se encuentren en situación deficitaria se les exige su saneamiento, y, si éste no se produce, se deberá proceder a su disolución. Por último, se prohíbe, en todo caso, la creación de entidades instrumentales de segundo nivel, es decir unidades controladas por otras, que, a su vez, lo estén por las Entidades Locales. Esta prohibición, motivada por razones de eficiencia y de racionalidad económica, obliga a la disolución de aquellas que ya existan a la entrada en vigor de la presente norma en el plazo previsto»;

«Asimismo, como medida de transparencia, se establece la obligación de determinar el coste efectivo de los servicios que prestan las Entidades Locales, de acuerdo con criterios comunes».

En materia de entes para la gestión de los servicios públicos, la LRSAL ha venido a decantarse claramente por la gestión directa en la modalidad de gestión directa por la propia entidad local o por organismo autónomo local, en detrimento de la EPE local y la sociedad mercantil local. El legislador entiende que la proliferación de personas jurídicas no es sostenible financieramente. Con ese objeto, se introduce en el apartado 2 del art. 85, el siguiente párrafo:

¹⁶ Vid., más ampliamente Guayo Castiella, I. del, *La gestión de servicios públicos locales*, en «RAP», núm. 165(2004), pp. 87-133.

«Solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) y d) cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b), para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Además, deberá constar en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al Pleno para su aprobación en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como, el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados. A estos efectos, se recabará informe del interventor local quien valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera».

Con carácter general (no sólo, por tanto, para los entes instrumentales específicamente diseñados para la gestión de servicios públicos), la LRSAL contempla el redimensionamiento del sector público local en la Disposición Adicional Novena (una Disposición originalmente dedicada al Observatorio Urbano). La principal preocupación es la simplificación y supresión de estructuras innecesarias. Se propone un específico calendario. Los plazos para el cambio de adscripción, vinculación o dependencia, la disolución y para proceder a la transmisión de la correspondiente participación (contemplados en el apartado 4 de esa DA 9ª) se amplían en un año más, cuando las entidades en desequilibrio estén prestando, precisamente, alguno de los siguientes servicios esenciales que subsisten en el art. 86, 3, de la LRBRL: abastecimiento domiciliario y depuración de aguas, recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros.¹⁷

La LRSAL suprime el apartado 3 del art. 85, que decía así:

«En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta ni mediante sociedad mercantil de capital social exclusivamente local los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad».

Esta supresión no puede ser entendida como si ahora las sociedades mercantiles locales puedan ejercer autoridad o que pueda contratarse un servicio que implique autoridad, sino que esa prohibición sigue operativa, por la remisión que la LRBRL, en materia de gestión indirecta, hace al Real Decreto Legislativo núm. 3/2011, de 14 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, cuyo art. 275, 1, segunda frase, establece lo siguiente:

«En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos».

11. CONCLUSIONES

En las circunstancias actuales, es lógico que el legislador haya buscado soluciones al grave problema financiero que aqueja a tantas corporaciones locales españolas. Esta preocupación por el déficit y por la reducción y simplificación de estructuras administrativas explica, casi en su totalidad, la finalidad y los objetivos de la LRSAL, pero subraya la necesidad de que se diseñe una nueva Ley de Régimen Local, que aborde todos los problemas que tiene pendiente la vida local española, que son más que los relativos a la sostenibilidad financiera, aun cuando la solución a este problema es, sin duda, un prerrequisito o *condicio sine qua non* para la solución del resto.

En materia de servicios públicos, la LRSAL ahonda en la reforma iniciada en el año 2003, tendente a deslindar los servicios públicos locales de las competencias locales. En ese contexto debería leerse el nuevo adelgazamiento que se produce en el número de servicios reservados. La disminución de esa lista no debe interpretarse como un desapoderamiento de las entidades locales de control o poder sobre ámbitos antes públicos. Antes al contrario, en la medida en que la efectividad de la reserva requiere aprobación de la Comunidad Autónoma, la reforma habría de entenderse como una profundización en la autonomía local, máxime si se considera que los tres grandes servicios subsistentes entre los servicios reservables (agua, residuos y transporte) están también entre los servicios mínimos municipales obligatorios (o facultativos, en función de la población). La reforma del art. 86 de la LRBRL mediante la LRSAL es un paso más en la clarificación de cuántos y cuáles son los servicios públicos de la responsabilidad de los Ayuntamientos, por cuanto la existencia de una lista de servicios públicos (art. 26 de la LRBRL) y otra lista de servicios reservados (pero no de modo efectivo: art. 86, también de la LRBRL) era más una fuente de confusión (y,

¹⁷ Vid. Hurtado López, G., *El rediseño y redimensionamiento del sector público económico local*, en Santamaría Pastor, J.A. (coordinador), *La reforma de 2013 del régimen local español*, ed. Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid 2014, pp. 307-337. El calendario se explica en pp. 334-335. Sobre el suministro de agua, vid. López de Castro, L. "La configuración jurídica poliédrica del servicio de abastecimiento de agua a poblaciones", en: *Revista española de Derecho Administrativo*, nº 163, 2014, pp. 181-215.

por ende, de debilitamiento de la posición de las entidades locales v. las Comunidades Autónomas) que una fuente de claridad, ni en la acción administrativa, ni en el ejercicio del derecho de los vecinos a los servicios públicos.

La LRSAL no aporta claridad en la distinción entre servicios públicos de naturaleza económica y actividades económicas que las entidades locales pueden llevar a cabo en ámbitos no publicados. La confusión entre ambos ámbitos de actuación existe desde el momento mismo de aprobación de la LRBR. Aun cuando la simplificación en la estructura del art. 86 contribuye a clarificar ese punto, son necesarias aún ulteriores reformas, sobre todo en el TRRL.

Sentido y orientación de la Ley 27/2013 de racionalización y sostenibilidad de la Administración local: autonomía local, recentralización y provisión de servicios públicos locales¹

Andrés Boix Palop

Profesor de Derecho administrativo. Universitat de València – Estudi General
Andres.boix@uv.es

Recibido: 20 de mayo 2014

Aceptado: 16 de junio 2014

Resumen

El presente trabajo trata de identificar algunas de las líneas esenciales de la reforma local operada por la ley 27/2013 y analizar cómo, en concreto, es previsible que afecten a nuestro régimen local tradicional y a los fundamentos de su marco jurídico constitucional. En concreto, el estudio se centra en indagar en la efectiva posibilidad de que la noción de autonomía local permita predicar cierta capacidad de resistencia jurídica frente a las pretensiones de reforma del legislador, en primer lugar. También analiza la reforma local a partir de la identificación de una línea, rastreable ya desde hace unos años, tendente a limitar las posibilidades de desarrollo autonómico, esto es, de recentralización jurídica de la regulación sobre el régimen local. Por último, se estudian las consecuencias en materia de prestación de servicios públicos locales derivadas del cambio legal, explicándose las razones por las que se entiende que la nueva ley local, en el fondo, lo que pretende introducir son elementos favorecedores de una creciente privatización de los mismos.

Palabras clave

Reforma local, autonomía local, recentralización, régimen local, privatización, servicios públicos locales

Main guidelines of the 27/2013 Spanish Act of Rationalization and Sustainability of Local Government about Local Autonomy, Recentralization and Provision of Local Public Services

Abstract

This paper tries to identify some of the main guidelines underlying the Local Law reform made in Spain by law 27/2013 and to analyze how, in particular, this legislative change is expected to affect both the way our local governments had been acting since 1985 as well as the basic foundations of our constitutional framework in relation with local government. Specifically, the paper focuses on investigating whether the notion of local autonomy allows us to preach at least some legal resistance to the changes the 2013 reform is intending to make. It also analyzes the reform as a product of the trend, traceable in recent years, aimed to limit the possibilities of regional legislatures regulating local government, i.e. as a product and evidence of a legal recentralization process. Finally, the paper studies how local public services will be provided as a result of these legal changes, explaining how the new local law, in fact, is intended to introduce measures favoring increased privatization in the provision of local services.

Keywords

Local reform, local autonomy, recentralization, local government, privatization, local public services.

¹ Este trabajo fue presentado inicialmente en el Seminari de la Facultat de Dret de València el pasado 27 de noviembre de 2013, cuando la Ley 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, estaba todavía en proceso de tramitación parlamentaria. Una primera versión escrita, necesariamente incompleta y ayuna de muchas referencias, fue publicada con el título “Tres notas explicativas sobre el sentido y orientación de la Ley 27/2013 de racionalización y sostenibilidad de la Administración local: limitación de la autonomía local, recentralización y redefinición de los mercados de provisión de servicios sociales” por el *Diario del Derecho Municipal* de la editorial Iustel del día 2 de enero de 2014 como primera reacción a la definitiva aprobación de la norma, que había aparecido en el Boletín Oficial del Estado del día 30 de diciembre de 2013.

SUMARIO

I. Génesis y principios de la reforma legal. II. Reforma del régimen local y debilidad de la garantía de la autonomía municipal. III. La reforma como mecanismo de redefinición en clave centralizadora de las competencias sobre régimen local. IV. Eficiencia y gestión de los servicios públicos locales: hacia un redimensionamiento de los mercados de servicios y la gestión privada de los mismos. V. Críticas al modelo plasmado en la ley de reforma local y a sus insuficiencias.

I. GÉNESIS Y PRINCIPIOS DE LA REFORMA LEGAL

La tramitación parlamentaria de la Ley de racionalización y sostenibilidad en la Administración Local (en adelante, LRSAL) ha resultado, como es sabido, mucho menos azarosa y complicada, merced a la sólida mayoría parlamentaria con la que cuenta el gobierno, que todo el proceso previo de elaboración de la norma. A los cambios sucesivos que fueron padeciendo los diversos borradores presentados durante meses por los órganos que han diseñado la reforma, encabezados por el Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), se añadió el varapalo que el Consejo de Estado por medio de su Dictamen de 26 de junio de 2013 propinó al Anteproyecto de la norma (en adelante, ALRSAL) que finalmente había presentado el gobierno, lo que obligó a nuevas modificaciones. Finalmente, tras sucesivas rectificaciones, el texto remitido por el Gobierno como Proyecto de ley (en adelante, PLRSAL) ha acabado convirtiéndose, sin excesivas modificaciones de calado, en la ley finalmente aprobada en Cortes. Una norma, la ya referida LRSAL, Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (publicada en el BOE del 30 de diciembre de 2013) que se parece muy poco o casi nada a las primeras propuestas lanzadas por el Gobierno. Básicamente porque, si bien muy criticable desde muchos puntos de vista, en los primeros borradores sí aparecía un modelo de régimen local diferenciado (muy limitador de la autonomía local, imponiendo transformaciones estructurales enormes y controles de todo tipo), mientras que la norma finalmente aprobada, aunque comparta las orientaciones de fondo, de tan diluida que ha quedado adolece de una manifiesta falta de visión sobre lo que quiere que sea el régimen local y es muy dudoso, por ello, que vaya a suponer realmente un cambio de verdadero calado respecto del régimen local español y sus perfiles básicos definidos como tales desde 1985, tal y como sus primeros comentaristas ya han señalado (Santamaría Pastor, 2014: 141-148, 154-155).

Conviene recordar que estas primeras propuestas, por mucho que es cierto que eran mucho más ambiciosas de lo que ha sido el resultado final y no podía negarse, en efecto, que contenían un “modelo de régimen local”, fueron acogidas con enorme escepticismo por casi todos los especialistas en la materia y una gran mayoría de técnicos de nuestras Administraciones locales. Escepticismo referido tanto a la conveniencia de una reforma planteada en esos términos (sus concretas orientaciones), como en lo que tenía que ver con su encaje constitucional (es decir, con sus posibilidades de ser aceptable en términos jurídicos), pero en general nadie discutía ni la necesidad de reformas ni la importancia de que, si éstas se acometían finalmente, fueran ambiciosas y no meros parches. Nada de ello han satisfecho el proceso de reforma seguido y el texto finalmente aprobado. La reforma, incluso en su formulación más suave, tras constatarse que tampoco las propias administraciones implicadas (las locales) o las Comunidades Autónomas mostraban el más mínimo entusiasmo, recibió también las severas críticas ya referidas del Consejo de Estado.

De manera que en la norma finalmente aprobada han desaparecido algunas de las líneas de reforma inicialmente presentadas con más fuerza, tales como la forzosa desaparición masiva de entidades locales menores o de entidades locales de tamaño superior al municipio e inferior a la provincia de tipo colaborativo o asociativo; el establecimiento de procesos de fusión forzosa de los municipios más pequeños y con problemas para gestionar correctamente ciertos servicios; e incluso la previsión de que las Diputaciones provinciales pudieran a partir de la constatación de la ineficiencia en la prestación de ciertos servicios (medida a través de un difuso “coste estándar”) asumir directamente de forma masiva e imperativa la gestión de muchos servicios públicos locales de municipios de menos de 20.000 habitantes. En la norma definitivamente aprobada todas estas propuestas iniciales han dejado un rastro evidente, pero en las soluciones finalmente adoptadas hay más de voluntariedad y menos de coactividad, por lo que muchas de ellas aparecen como ideas y principios a los que tender pero ya ayunas, en la mayor parte de los supuestos (aunque no en todos), de los mecanismos que permitían su imposición imperativa por parte del Gobierno con los que quedaban mucho más respaldadas en los primeros borradores².

² Así, por ejemplo, el nuevo artículo 13.3 de la LRBRL tal y como queda regulado por el texto aprobado por la LRSAL se limita a superponer a la competencia autonómica en materia de fusiones de municipios una acción del Estado, que, atendiendo a “criterios geográficos, sociales, económicos y culturales”, se basará únicamente en el establecimiento de “medidas que tiendan a fomentar la fusión de municipios con el fin de mejorar la capacidad de gestión de los asuntos públicos locales”. Medidas que pasan esencialmente por el incremento de su financiación, la preferencia en la asignación de planes de cooperación local o de subvenciones, o la dispensa en la prestación de nuevos

Sin embargo, no por ello deja de ser verdad que la orientación y principios últimos de la reforma, por mucho que puedan haber quedado diluidas sus consecuencias, no han cambiado tanto y que, aunque sólo se aprecien en el texto finalmente aprobado algunos restos de esa pretensión de forzar ciertos cambios, el esquema último de régimen local que moldea la norma no es tan diferente, al menos, en los principios que lo inspiran³. Resulta por ello esencial prestarle atención teniendo en mente de dónde vienen algunas de las propuestas para poder atender mejor las ideas inspiradoras de todo este proceso, por mucho que hayan quedado en algunos casos muy atenuadas.

Este proceso de transformación se enmarca, por otro lado, y como es sabido, en la necesidad de acometer reformas de calado en la Administración española en sus diferentes niveles. Un diagnóstico que además no es sólo interno o político sino que viene también desde fuera, por ejemplo en forma de condicionalidad por los fondos que los diversos mecanismos de rescate bancario han puesto a disposición, en forma de “crédito muy ventajoso”, de España para afrontar la reestructuración de algunas entidades financieras⁴. Obligaciones que incluso son jurídicas y han sido contraídas con Europa y constitucionalmente integradas en nuestro ordenamiento jurídico por la vía de la reforma del art. 135 de la Constitución, al menos en lo referido a la necesidad de ahorro –obviamente, no en cuanto a cómo conseguirlo o en cómo lograr mejoras de eficiencia, donde hay un margen político y de Derecho interno evidente-. Es en este contexto en el que se enmarcan los trabajos del INAP que han dado lugar a esta reforma local, junto a otros esfuerzos –de resultados también magros hasta la fecha- como los acometidos por la CORA (Comisión para la Reforma Administrativa⁵), que se ha limitado hasta la fecha a proponer reordenaciones menores en la gestión interna de la Administración del Estado y a difundir informes sobre la conveniencia de evitar “duplicidades” que siempre van en la línea de pedir la eliminación de entes autonómicos caso de que se entienda que existe una de ellas.

servicios obligatorios como consecuencia del aumento poblacional (medidas concretadas en el art. 13.4 que, por cierto, tampoco son de una especial generosidad, lo que puede convertir el mecanismo en poco empleado). En esta misma línea, el definitivo contenido del art. 26.2 en la nueva redacción establece que la prestación de ciertos servicios en municipios de menos de 20.000 habitantes será coordinada por las Diputaciones provinciales, pero que “para coordinar la citada prestación de servicios la Diputación propondrá, con la conformidad de los municipios afectados, al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas la forma de prestación, consistente en la prestación directa por la Diputación o la implantación de fórmulas de gestión compartida a través de consorcios, mancomunidades u otras fórmulas”. Desde el momento en que la conformidad de los municipios afectados es necesaria queda rebajada enormemente la voluntad de imponer cierto modelo que se atisbaba en los primeros borradores. Dos de las medidas estrella pues, del modelo inicial, basado en la fusión obligatoria y reducción de competencias, que pasarán a las Diputaciones, quedan, como se ve, enormemente desdibujadas, con lo que el modelo en sí acaba viniéndose abajo. Por su parte, la DT 1ª “salva” finalmente las mancomunidades siempre y cuando cumplan el régimen legal ya vigente (art. 44 LBRL), mientras que en materia de consorcios la DA 9ª prohíbe la constitución de los mismos mientras un municipio se encuentre inmerso en un plan de ajuste y obliga a liquidar los que no estén en situación de equilibrio financiero, a la vez que introduce por medio de la DF 2ª una DA 20ª a la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con nuevo régimen jurídico para los mismos al que deberán adaptar paulatinamente sus estatutos.

3 Así, por ejemplo, el ya mencionado artículo 26.2 de la norma local básica según la redacción dada por la LRSAL sigue estableciendo, si bien ya modulado por esa idea de acuerdo, un sistema de prestación de ciertos servicios que claramente pretende ir llevándolo, aunque ya no sea exactamente de manera coactiva, a las Diputaciones provinciales la prestación de los mismos para aquellos municipios que no logren acreditar que sus “costes efectivos” de prestación son menores que los que garantiza la correspondiente Diputación provincial (u órgano equivalente), lo que permite por medio de medidas indirectas, entre las que puede estar el mismo ahogo financiero, ir recentralizando provincialmente estos servicios; o el ya referido artículo 13, que si bien en la redacción dada por la LRSAL renuncia a fusiones forzadas como ya se ha señalado, también dificulta enormemente la creación de nuevos municipios (y la imposibilita para entidades con menos de 5.000 habitantes); y las normas respecto de figuras de tipo asociativo que se han demostrado muy útiles en ocasiones como las mancomunidades o de mecanismos de participación de base y de acercamiento a los ciudadanos como las entidades locales menores, aunque no fueren necesariamente a la disolución de las mismas, siguen manifestando una clara hostilidad (DT 4ª, DT 11ª...), al igual que ocurre con los consorcios y figuras afines.

4 El *Memorandum of Understanding (MOU)* o *Memorando de Entendimiento sobre condiciones de Política Sectorial Financiera*, hecho en Bruselas y Madrid el 23 de julio de 2012 (así como el correlativo *Acuerdo Marco de Asistencia Financiera*, hecho en Madrid y Luxemburgo el 24 de julio de 2012) donde se detallan las condiciones establecidas, y a las que el Reino de España se obliga en correspondencia a la ayuda financiera recibida, fue publicado por el BOE de 10 de diciembre de 2012. Aunque los compromisos adquiridos por España en virtud del mismo se refieren esencialmente a la reforma y estabilización del sistema financiero, es evidente que este contexto tiene mucho peso, como no ocultan sus promotores, en la decisión de acometer una reforma de las Administraciones públicas españolas para hacerlas, como señala la ley 27/2013, más “sostenibles”. En este sentido, por ejemplo, Arenilla Sáez (2014: 18-19), como uno de los promotores del cambio legal que ha trabajado desde el INAP en la orientación y primeros borradores, no oculta la importancia de este factor en el proceso decisorio que lleva a la reforma, algo que también aparece en la propia exposición de motivos de la propia ley. Véase también Medina Guerrero (2014: 29-32). Para una explicación general de cómo ha cambiado el marco europeo y constitucional en nuestro Derecho público a la luz de la crisis y qué mecanismos de control han aparecido, uno de los cuales es el señalado, Embid Irujo (2012 y 2014) y también el trabajo de Menéndez (2014).

5 La tradición de crear comisiones de reforma administrativa, como es sabido, no es nueva (Jordana de Pozas, 1956), pero el esfuerzo de la CORA ha sido presentado como muy ambicioso. Sin embargo, como se deduce de una consulta crítica de su extenso informe en la Red (véase la referencia al mismo en el listado bibliográfico final), más allá de un ingente acopio de información y de algunas propuestas de racionalización de cierto interés en materia de contratación aprovechando las actuales posibilidades tecnológicas que permiten crear ciertas sinergias, por ejemplo (Cea Alaya, 2014), lo cierto es que las medidas parecen más voluntaristas muchas veces, y excesivamente centradas en convencer a otras Administraciones públicas (las autonómicas) respecto de la conveniencia de realizar modificaciones y transformaciones antes que en analizar las posibilidades de reforma y ahorro internas en la Administración del Estado (Boix Palop, 2013b).

La valoración general sobre la reforma administrativa que de este proceso se deduce es, por ello, más bien pobre en sus contenidos y ambiciones, poco original y recentralizadora sin más en cuanto a su orientación política y por todo ello escasamente satisfactoria desde la perspectiva tanto del ahorro como de la eficiencia, que exigirían un análisis más matizado y fundamentado, por un lado, así como intervenciones con más contenido, por otro. Señala Muñoz Machado (2013) que, en este contexto, y ante la necesidad de lograr un ahorro de 8.000 millones de euros en gestión administrativa el expediente más fácil, constatada la nula voluntad de la Administración del Estado de autorrecetarse una cura de adelgazamiento que de verdad sea digna de ese nombre y las enormes dificultades jurídicas y políticas de ordenar una recentralización orgánica y funcional a las Comunidades Autónomas una vez ya se ha concretado la financiera y presupuestaria (con todo lo que ello ha supuesto, reforma constitucional incluida) a partir de mecanismos de legislación ordinaria, es reformar el régimen local, más intervenible. Cuestión distinta es que sea tan fácil obtener el mencionado ahorro, a la hora de la verdad (o siquiera una fracción del mismo) con la misma sencillez con la que se deciden y aprueban este tipo de reformas⁶.

Parece, pues, que, en definitiva, el origen de la reforma no es tanto una evaluación particularmente negativa respecto del funcionamiento de nuestros órganos locales⁷ ni, como por otra parte es una evidencia contable, porque sea particularmente grave la situación de sus cuentas públicas en su conjunto (es más, se trata de las Administraciones públicas con menos deuda y de las únicas que no incurren en déficit público en la actualidad, como recuerda respecto de su endeudamiento acumulado Carbonell Porras, 2013: 29-30), como los datos oficiales publicados por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas para el cierre del presupuesto de 2013 confirman⁸, sino simplemente porque es el expediente jurídicamente más sencillo de afrontar. Probablemente no pocos de los problemas de la reforma tienen que ver con este planteamiento de partida: pensar que lo jurídicamente fácil, por el mero hecho de serlo, pueda serlo también social y políticamente y, lo que es peor, entender que el camino legislativo y políticamente más sencillo es, a su vez, el que ha de ser recorrido con independencia de que, haya más o menos dificultades, lo esencial debiera ser dónde se quiera llegar.

La reforma aprobada del régimen local, con estos defectos de partida, es además reflejo de algunas de las limitaciones constitucionales del encuadramiento jurídico de nuestras Administraciones locales. Así que aprovechando la coyuntura vale la pena hacer el esfuerzo de tratar de identificar las líneas generales que nos indican el sentido y objetivos de la reforma para, a continuación, intentar valorar la conveniencia de esas orientaciones y, sobre todo, las evidentes incoherencias que plantean si las contrastamos con la regulación que la Constitución española contiene en lo que se refiere a la autonomía local y al reparto competencial sobre el régimen local entre Estado y Comunidades Autónomas. O, al menos, las incoherencias y contradicciones que, por mucho que quizás ahora no parezcan tan graves en un contexto donde la comprensión de nuestro Derecho público se ha vuelto con carácter general más centralista y limitadora respecto de la idea y extensión de lo que es cualquier autonomía institucional, sí lo habrían sido con la interpretación constitucional dominante hace un par de décadas, más generosa con el entendimiento de lo que debía ser la autonomía local o con las posibilidades de acción competencial de las Comunidades Autónomas.

La LRSAL, más allá de que se haya ido dulcificando a medida que los borradores se iban sucediendo y las propuestas no concitaban sino un rechazo muy generalizado en el mundo local, entre casi todos los especialistas

6 En este sentido, también, Muñoz Machado (2013). Respecto de la cifra de 8.000 millones de euros, montante total al parecer exigido desde la Unión Europea, lo cierto es que las medidas, borrador tras borrador, proyecto a proyecto, han pasado de ser explicadas por sus promotores como supuestas generadoras de un ahorro anual en esos umbrales a ser luego presentadas como productoras de estas mismas economías pero bianuales, para a continuación pasar los manidos 8.000 millones a ser el ahorro previsto para todo el período 2013-2016 y finalmente, a estas alturas, y por lo que se ha explicado en el momento de aprobar la norma, el ahorro al que se aspira a llegar durante los años 2014-2019, pero ya no sólo con la reforma local sino con todos los cambios en nuestra organización administrativa local, incluyendo medidas de control presupuestario previas a la reforma local que estudiamos. Como se deduce fácilmente, una memoria económica sería ha brillado por su ausencia desde el primer momento, en lo que sigue siendo una práctica tristemente habitual pero particularmente espectacular en lo que se refiere a la aprobación de una ley que se ha demorado casi dos años y donde, precisamente, el acento reformista se ha puesto desde un primer momento en el supuesto ahorro económico que estaba destinada a generar.

7 Es curioso que ello sea así y sea además llevado a cabo sin un estudio mínimo de las experiencias de cambio y transformación llevadas a cabo en otros países en un momento en que habían proliferado obras muy completas documentando estos procesos en nuestro entorno comparado, como las coordinadas por Moreno Molina (2012) con experiencias en numerosos países de nuestro entorno, Velasco Caballero (2010) con una particular atención a la manera de resolver estas reformas en países con estructuras de tipo federal, Cosculluela Montaner y Carbonell Porras (2011) en referencia a la articulación de los mismos con las recientes reformas estatutarias y con interesantes miradas, también, al exterior, o, incluso, desde perspectivas no jurídicas, con trabajos como el de Lago Peñas y Martínez Vázquez (2013) sobre las dimensiones y estructuras apropiadas para el gobierno local desde una perspectiva más económica y política.

8 Los municipios españoles han cerrado 2013 no sólo siendo las únicas Administraciones públicas en no presentar déficit (a diferencia de lo que ocurre tanto con las Comunidades Autónomas como, sobre todo, con la Administración del Estado y la Seguridad Social, que presentan desequilibrios inquietantes y en el caso de la Administración del Estado ya por sí sola muy por encima de los límites máximos marcados por las normas tanto europeas como españolas), sino que globalmente han logrado un superávit del 0,4% en relación al PIB (los datos oficiales de cierre de ejercicio y demás información sobre la situación financiera de las Administraciones locales están disponibles en la web del Ministerio en <http://www.minhap.gob.es/ca-ES/Areas%20Tematicas/Administracion%20Electronica/OVEELL/Paginas/DatosFinanciacionEL.aspx> -consulta 1 de mayo de 2014).

(véase, por ejemplo, la muy crítica evaluación que realizó Velasco Caballero, 2013) e incluso, como ya se ha comentado, en órganos consultivos no demasiado beligerantes –por lo común– con los proyectos de reforma que le remiten los sucesivos gobiernos como el Consejo de Estado, sigue respondiendo a tres ideas esenciales que, por mucho que suavizadas, todavía son reconocibles en el texto final de la ley. A partir de ellas vamos a vehicular estas reflexiones, dando ejemplos sobre cómo se van plasmando en el texto, porque de este modo es posible entender mejor la panorámica general tanto de lo que pretendía lograr la reforma como de las que es previsible que sean sus efectivas posibilidades de éxito cuando haya de ser aplicada.

Así, de una parte, *la nueva ley refleja un entendimiento muy poco ambicioso de la autonomía local*, por no decir que es francamente hostil a su misma idea. Toda la reforma transmite desconfianza hacia los ayuntamientos, a los que se intenta limitar y constreñir en su actuación por muy diversas vías, así como predeterminar todo lo posible respecto de cómo han de organizarse hasta umbrales insospechados y, por ello, difícilmente conciliables con lo que habitualmente hemos entendido por autonomía local en España hasta hace muy poco.

De otra, *la reforma se asienta en la consideración de que la organización del régimen local es cuestión que esencial, cuando no únicamente, concierne al Estado*, sin que las Comunidades Autónomas tengan mucho más que decir, a efectos estructurales, sobre lo que sean los municipios, cómo deban organizarse y qué deban hacer más allá de ceñirse a concretar y desarrollar el esquema ordenador previamente diseñado por el Estado. La reforma planteada, a estos efectos, no sólo jibariza el régimen local español sino que lo desplaza hacia un control mucho más predeterminado por el Estado.

Por último, y a partir de la interposición de una institución tan peculiar en muchos de sus trazos (elección democrática indirecta⁹, inexistencia en la mitad del territorio estatal¹⁰, connotaciones centralistas evidentes, desubicación constitucional tras la aparición de las Comunidades Autónomas) como es la Diputación provincial, *la reforma aspira también, de forma muy poco velada, a crear mercados de ámbito provincial para la prestación de muchos servicios públicos*, pues éste y no otro es el efecto de desplazar las decisiones de gestión de los entes locales de ámbito municipal a los entes locales provinciales.

Todo ello, además, se realiza a partir de un entendimiento de la capacidad que tiene el Estado para legislar y supraordenar, ya sea para limitar la idea de autonomía local, ya para desplazar a las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias, que se ha incrementado notablemente tras la reforma constitucional de agosto de 2011 que dio una nueva redacción al artículo 135, las normas de desarrollo asociadas a la misma en materia de estabilidad financiera¹¹ y muy especialmente, a partir de ahí, por la vía de un nuevo entendimiento de la competencia horizontal contenida en el artículo 149.1.14^a CE, sobre Hacienda general y deuda, que aparece convertido en una especie de vórtice que succiona todo lo que hay enrededor para acabar haciendo confluir todo en un mismo punto: el control del Estado y del Gobierno central sobre toda la acción pública y administrativa del país, que se entiende justificado constitucionalmente y competencialmente posible en cuanto se invoque la existencia de un riesgo de tipo financiero, por remoto o teórico que sea (como es el caso de la reforma local, de hecho, respecto de los municipios muy especialmente de los más pequeños, si atendemos a su nivel de endeudamiento, Carbonell Porras, 2013: 29-30).

Vamos a tratar de desarrollar estas cuestiones con algo más de detalle para quienes prefieran, llegados a este punto, ir más allá de esta valoración inicial y analizar con más profundidad cada uno de estos puntos.

II. REFORMA DEL RÉGIMEN LOCAL Y DEBILIDAD DE LA GARANTÍA DE LA AUTONOMÍA MUNICIPAL

El elemento estructural más importante de la reforma, y el que más consecuencias puede acabar teniendo a largo plazo para la estructura global de nuestro sistema de reparto territorial del poder desde una óptica constitucional, es su entendimiento de la autonomía local como una barrera más bien testimonial frente a las pretensiones del legislador ordinario de despojar de funciones y servicios a los municipios, así como a la hora de

⁹ Lo que supone un problema evidente pero que hasta la fecha el Derecho español no ha pretendido solucionar, algo que es una apreciación ya muy compartida y que debería obligar a actuar en esa dirección (Almeida Cerredá, 2013: 40-41), máxime si se pretende fortalecer competencialmente a estas instituciones.

¹⁰ Como es obvio, que no existan Diputaciones provinciales no significa que no haya órganos equivalentes (desde las propias Comunidades Autónomas en las que son uniprovinciales a las instituciones de ámbito insular en los archipiélagos o las formas propias de los territorios forales) que vayan a encargarse de las mismas funciones que la reforma asigna a las Diputaciones provinciales. Pero vale la pena mencionar este aspecto a efectos de entender hasta qué punto la forma provincial de prestación de ciertos servicios y la necesidad de que exista una institución local de ese ámbito es constitucionalmente dudoso que sea ineluctable, como la propia inexistencia de Diputaciones provinciales en gran parte del territorio nacional pone de manifiesto en la práctica de forma patente (sobre esta cuestión, extensamente, Boix Palop, 2013a: 111-119).

¹¹ Como es sabido, la más importante de estas normas es la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, publicada en el BOE de 30 de marzo de 2012 y que, justamente, da continuidad y desarrolla los nuevos contenidos del artículo 135 de la Constitución.

poder establecer espacios de autonomía organizativa efectiva interna dignos de ese nombre (comparables, por ejemplo, a los que son los propios de las Comunidades Autónomas y que, en este punto, el Tribunal Constitucional, al menos hasta la fecha, ha defendido siempre con bastante consistencia). Se trata de una nota que se infería claramente de las versiones previas al Anteproyecto, que aun minimizado enhebraba el entendimiento de lo que era posible determinar que contenía el ALRSAL y que, incluso tras el proceso de poda a que ha sido sometido el proyecto final para acomodarlo a los planteamientos del Consejo de Estado, podía verse aún en el proyecto de ley (PLRSAL) finalmente presentado por el gobierno por lo que a la postre ha acabado también reflejada en la ley finalmente aprobada. Hay una evidente línea de continuidad entre considerar que el legislador puede eliminar muchas competencias hasta ahora propias de los entes locales (y algunas de ellas, de importancia no menor, como las que se refieren a su participación en relevantes parcelas de la gestión de los servicios sociales, sanitarios y educativos) y llegar a pensar que incluso se puedan predeterminar procedimientos para forzar a su concentración en entes territorialmente superiores (algo que, por lo demás, se ha mantenido finalmente para algunos casos excepcionales, como es el caso del art. 116 bis en su redacción LRSAL para casos de incumplimientos del plan de estabilidad presupuestaria, que permite la retirada de competencias¹²), con la posibilidad incluso de poder llegar a tener entes locales sin apenas competencias efectivas para la gestión de sus intereses propios. Aunque de los primeros textos a la ley aprobada la letra haya cambiado, la música en este punto no ha dejado de ser la misma. Una música en la que, aunque se trate de una cuestión testimonial, la idea de autonomía local no es mencionada en la Exposición de Motivos más que en una sola ocasión en realidad más como apoyo argumental para justificar la competencia estatal para legislar la cuestión que para cualquier otra cosa (lo ha resaltado también Jiménez Asensio, 2013).

En este sentido, hay que señalar que existen dos planos diferenciados para la reflexión que hemos de distinguir. En primer lugar, la efectiva existencia de posibilidades en la Constitución que, con base en la autonomía local, puedan limitar al legislador en este punto. En segundo término, y con independencia de lo que podamos concluir respecto del primer punto, habrá que analizar qué entendimiento de la autonomía local (más bien pobre, puede anticiparse ya) contiene el modelo efectivamente elegido por el parlamento español con la aprobación de la LRSAL.

Resulta por ello necesario plantear, en primer lugar y a la luz de este proyecto de reforma, cuál pueda ser la sustantividad de la idea de autonomía local en la Constitución desde un punto de vista jurídico. Esto es, hasta qué punto constituye una garantía efectiva frente al poder legislativo o si, por el contrario, estamos en un terreno donde todos los contenidos de la misma serían totalmente (o casi totalmente) disponibles para el legislador. En este sentido, no puede negarse que el reconocimiento constitucional de la misma es ciertamente débil. Aunque el artículo 137 CE establece esta autonomía para la gestión de los intereses que le son propios en idénticos términos para las Comunidades Autónomas, provincias y municipios resulta evidente que no es la misma la situación en cada uno de esos casos. Las Comunidades Autónomas tienen después un anclaje competencial claro a partir de las listas de los artículos 148 y sobre todo 149 de la Constitución, que marca el límite máximo de competencias que pueden asumir sus Estatutos de Autonomía y establece, así, indirectamente, un ámbito posible de acción autonómica protegida claramente imbricado con el diseño constitucional. Por el contrario, los municipios han de conformarse con una apelación muy genérica en el artículo 140 CE, que si bien vuelve a reconocer su autonomía para la gestión de sus intereses (a diferencia de lo que ocurre luego con las provincias, por ejemplo), se limita a establecer unas mínimas pautas organizativas y a mencionar, eso sí, que “su gobierno y administración corresponde a sus respectivos Ayuntamientos” pero sin mayores concreciones y sin establecer, en ningún caso, un listado de competencias o de áreas que se correspondan con ese ámbito de “gestión de sus respectivos intereses” que pueda ser entendido como expresamente integrado en el diseño constitucional. Serán los intérpretes de la Constitución, y por ello en primer término el propio legislador y en última instancia el Tribunal Constitucional, los que hayan de definir y en su caso proteger el concreto contenido de la autonomía local constitucionalmente garantizada. En este punto, principios jurídicos como el de subsidiaridad (que en el fondo es un trasunto de principios constitucionales como el de democracia y participación en su intersección con la eficiencia, Boix Palop, 2013a: 38-42, que la Unión Europea tiene plenamente incorporados y concretados respecto del régimen local, Medina Guerrero, 2014: 28-31), al haber sido plasmados y desarrollados por el Derecho de la Unión Europea, podrían servir para dotar de

12 En adición a lo que ya prevé en estos casos, en materia de intervención financiera, el artículo 21 de la ya mencionada Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, la reforma local, por medio del mencionado nuevo art. 116 bis prevé que el plan económico-financiero aprobado pueda intervenir en las competencias municipales y su forma de prestación, pudiendo desde suprimir directamente todas las competencias que el municipio esté ejerciendo y que sean “distintas de las propias” (esto es, las conocidas popularmente como “competencias impropias” del art. 7.4 LBRL en su nueva redacción), así como todas las que se estén ejerciendo por delegación (arts. 7.1 y 7.3 en relación con las nuevas reglas del art. 27 sobre cómo haya de operar ésta y con qué controles) hasta determinar modelos de “gestión integrada o coordinada de los servicios obligatorios que presta la Entidad Local para reducir sus costes” en los que tendría una importante participación la Diputación provincial (art. 116 bis 3).

cierta sustantividad jurídica a la autonomía local, pero ello requiere de una tradición de análisis constitucional más principalista y con un Tribunal constitucional más interventor (a la manera alemana, por ejemplo) del que, como es manifiesto (sea para bien, sea para mal) tenemos en España, donde el ámbito de libre determinación del legislador es en la práctica de nuestros particulares *checks and balances* mucho mayor¹³.

Como es evidente, para acometer esta tarea existen instrumentos jurídicos interpretativos que pueden ayudar a densificar lo que constitucionalmente sea la autonomía local como barrera de defensa de esa esfera de actos propios. Por una parte, contamos con aquello que ha ido señalando el Tribunal Constitucional a lo largo de estos años. Sin embargo, su jurisprudencia tampoco ayuda en exceso, pues más allá de reconocer, como no puede ser menos, que esta autonomía “es uno de los principios estructurales básicos de nuestra Constitución”, no la completa ni delimita de forma materialmente sustancial y, además, desde un primer momento la situó en un nivel diferente a la autonomía de las Comunidades Autónomas, que “gozan de una autonomía cualitativamente superior a la administrativa que corresponde a los entes locales” (STC 25/1981), del mismo modo que tampoco la autonomía, que en todo caso “resulta claro que (...) hace referencia a un poder limitado” (STC 4/1981), estaría a su vez al mismo nivel que la soberanía.

Algo más de concreción encontramos, pero no demasiada tampoco, en las muchas sentencias que han repetido la idea de que la autonomía local es un “derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales en tales asuntos y materias” (STC 32/1981), idea luego repetida en innumerables sentencias). En definitiva, que el Tribunal Constitucional ha acabado dejando que el legislador defina con mucha libertad cuáles hayan de ser los intereses de los entes locales, señalando que “más allá de este límite de contenido mínimo que protege la garantía institucional, la autonomía local es un concepto jurídico de contenido legal, que permite, por tanto, configuraciones legales diversas, válidas en cuanto respeten aquella garantía institucional” (STC 170/1989), idea también repetida después en muchas sentencias posteriores). Aparece pues aquí la idea de que el límite vendría definido por esa “garantía institucional” que recoge la Constitución, que impediría alterar o regular la institución de forma que pudiera quedar irreconocible pero poco más y, sobre todo, nada concreto más. Como dice la propia STC 170/1989, “sería contrario a la autonomía municipal una participación inexistente o meramente simbólica que hiciera inviable la participación institucional de los Ayuntamientos”, lo que por ser una obviedad de mínimos no ayuda nada, la verdad, a avanzar. Por mucho que haya habido intentos de dotar de una mayor sustantividad a la garantía, de argumentar su mayor concreción (en particular, véase la síntesis que hace Parejo Alfonso, 2011: 145-154) la conclusión no deja de ser decepcionante si lo que andamos buscando es una efectiva barrera, mínimamente densa, a la libertad de conformación del legislador¹⁴. El actual proceso de reforma es un buen ejemplo de ello, de hecho, por cuanto parece que los motivos del repliegue final del legislador español habrían sido más bien de oportunidad y políticos (la reforma no suscitaba acuerdos) que una efectiva falta de convicción de sus promotores en la constitucionalidad de la misma.

Cabe, eso sí, indagar en instrumentos normativos suscritos por España como la Carta Europea de Autonomía Local de 1985 para rellenar de contenido esa garantía institucional, pero tampoco es sencillo extraer de ahí mandatos que vayan mucho más allá aunque algunas de sus notas sí pueden plantear puntuales problemas interpretativos de cierta entidad, caso de que sus planteamientos sean tomados en serio, respecto de la LRSAL (Parejo Alfonso, 2011: 159-161). De hecho, y aunque el artículo 3 de la misma no va mucho más allá, y entiende por autonomía local el “derecho y la capacidad efectiva para las entidades locales de regular y administrar, en el marco de la Ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de su población, una parte importante de los asuntos públicos”, lo que no es mucho más de lo que suele decir el Tribunal Constitucional, en el art. 4 sí encontramos algunas obligaciones con más sustancia y concreción.

Así, en materia de las efectivas competencias que deban ser encomendadas a los municipios, sí resulta de gran interés lo que señala la carta, esencialmente respecto del régimen de ejercicio de las competencias y del esquema para el proceso de asignación de sus concretas competencias locales (Parejo Alfonso, 2011: 167).

13 En este sentido, por ejemplo, puede ser interesante remitir a los estudios que, más allá de la efectiva concreción que pueda suponer la idea de subsidiariedad y su plasmación y concreción respecto de lo local en el Derecho europeo (Medina Guerrero, 2014: 38-40), se refieren a la delimitación de “lo local” desde otras perspectivas, como politológicas (y de tamaño, estudio clásico de Alesina y Spolaore, 2003) o económicas (a las que ya hemos hecho referencia al mencionar el trabajo colectivo dirigido por Lago Peñas y Martínez Vázquez, 2013). Ocurre, sin embargo, que estas perspectivas, por muy interesantes que puedan ser para adoptar decisiones de oportunidad tienen escasa capacidad para condicionar, en un modelo como el español, las decisiones desde un plano jurídico, de constitucionalidad.

14 Tiene razón Baño León (1988: 165-173) en que tiene poco sentido distinguir entre derechos fundamentales y garantías institucionales a efectos de protección. En un contexto de normatividad plena de la Constitución lo importante es, en su caso, identificar exactamente hasta dónde llegan las previsiones constitucionales. Ocurre, sin embargo, que en materia de autonomía local (o de cualquier otra de las garantías institucionales que suelen ser predicadas) ello obliga a una evaluación donde es cierto que en ausencia de concreción constitucional el grado de maleabilidad concedido al legislador, al menos en un modelo de revisión constitucional como el español, tiende a ser mayor.

Y en este sentido sí ha de señalarse que el Estado español estaría vinculado por normas como el art. 4.1 de la Carta, que obliga a que las competencias vengan fijadas en la Constitución o en la ley, pero que también permite que existan atribuciones adicionales, lo que va contra uno de los principios básicos de la reforma española en sus planteamientos iniciales, que hay quien considera que subsiste a la hora de interpretar las posibilidades de atribución de más competencias por parte de las Comunidades Autónomas, pues inicialmente aspiraba a limitar enormemente el ejercicio de cualquier competencia que no hubiera sido expresamente atribuida por ley básica estatal (con excepción de algunas posibilidades de atribución autonómica que, además, han aparecido finalmente en el texto de ley tras su introducción en el PLRSAL pero que ni siquiera estaban en el ALRSAL, que era si cabe más restrictivo)¹⁵. Idea que, además, refuerza enormemente el art. 4.2 cuando señala que las entidades locales “tienen, dentro del ámbito de la Ley, libertad plena para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad”, lo que directamente avala la interpretación extensiva de la vieja cláusula general de competencia del art. 28 LBRL que, en cambio, el proyecto de reforma local ha derogado por ser una de sus explícitas orientaciones regulativas la limitación de las posibilidades de expansión de lo local a partir de la decisión de los propios ayuntamientos. La contradicción parece evidente, a poco contenido normativo efectivo que concedamos a la Carta y sobre todo si creemos que no sólo integra el ordenamiento jurídico español sino que es un elemento esencial para interpretar en qué términos constitucionales deba entenderse el sentido de la garantía institucional de la autonomía local.

Adicionalmente, parece que el art. 4.3 de la Carta, al establecer una clara expresión del principio de subsidiaridad, está no sólo recogiendo el sentir mayoritario en este sentido desde el punto de vista de la conveniencia sino también fijando un determinado mandato que, por ejemplo, es dudoso que se cumpla si por motivos exclusivamente financieros se sustrae la competencia, como todavía permite hacer excepcionalmente la ley en casos de incumplimientos a las obligaciones de déficit público, al municipio para residenciarla en un nivel superior (recuérdense de nuevo las posibilidades ya reseñadas que el nuevo art. 116 bis 2 proporciona en este sentido, más allá de lo que ya en su momento preveía la LO 2/2012 de Estabilidad Presupuestaria). Paradójicamente, podría argumentarse que un mandato tan criticado como lo fue el que tenía el ALRSAL, cuando establecía además de estos mecanismos (coactivos) otros que también reubicaban competencias en niveles superiores pero por consideraciones de eficiencia (a partir de la idea de coste estándar luego desechada), era en el fondo más respetuoso con la Carta que el contenido finalmente aprobado en estos términos, que lo ordena como un castigo o consecuencia por el incumplimiento de obligaciones en materia de déficit de un modo muy semejante a una avocación¹⁶, y además con independencia de que esos desvíos tengan o no que ver con la eficiencia en la

15 Se trata de un debate esencial, por cuanto, con independencia de las competencias propias (art. 7.1 LBRL) atribuidas por la ley o delegadas a partir de los mecanismos en ella previstos y que se concretan en las previsiones de los artículos 25, que lista las competencias propias; 26, los servicios obligatorios que han de prestarse necesariamente por los municipios; y 27, donde se establecen los mecanismos de delegación de competencias por parte tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas (que, como ya se ha dicho, son más generosos y abiertos que el inicial *numerus clausus* que la reforma pretendía), cabe plantear que las Comunidades Autónomas no tienen por qué estar vinculadas al listado del artículo 25 a la hora de decidir si ampliar el ámbito competencial de los municipios que se encuentran en sus respectivos territorios. El precepto les vincularía, como ha sido el caso hasta la fecha, para obligarles a ceder en esos casos la competencia. Ahora bien, dentro de su ámbito de dominio competencial, tanto en sus leyes de régimen local como en la legislación sectorial no debe entenderse que haya obstáculo legal alguno para que las normas autonómicas atribuyan más competencias a los entes locales. Competencias que no serían delegadas, y no deberían por esta razón seguir las pautas del art. 27 LBRL, sino propias a todos los efectos. A favor de esta interpretación, que es la mantenida con total normalidad hasta la fecha, juega el entendimiento pacífico de esta cuestión durante la vigencia de la LBRL en su versión del 1985 y así ha sido defendido, señeramente, por Velasco Caballero. En contra, además de la voluntad de los borradores legislativos y la tramitación del proyecto, aparecen las explícitas regulaciones en materias de competencia autonómica (educación, sanidad, servicios sociales...) que por vía de disposiciones adicionales y transitorias (DA 15ª, DT 1ª y DT 2ª para servicios educativos, sanitarios o de prestaciones sociales), plantean directamente un modelo de “devolución” competencial desde los ayuntamientos a las Comunidades Autónomas (como señala Zafra Víctor (2014), ello es realizado con diferente intensidad según los casos y “mientras que en lo relativo a sanidad y educación la Ley elimina las materias e impone las competencias a las comunidades autónomas, en los servicios sociales señala una materia con tal grado de precisión que difícilmente el legislador autonómico podrá entenderla como un mínimo”). La práctica, y la legislación autonómica ya en desarrollo están demostrando que tanto entes locales como Comunidades Autónomas siguen confiando en su capacidad de determinación de competencias propias más allá las previsiones de la norma estatal. Ello es así tanto en Comunidades Autónomas con un régimen local propio potente y estatutario como el País Vasco, Cataluña, Andalucía como en otras que no han incorporado a su Estatuto de Autonomía demasiadas previsiones al respecto. Pero como ello no significa que no tengan y puedan ejercer la competencia, lo están haciendo a efectos blindar el reparto competencial previo a la ley. Así, el parlamento de Galicia está en estos momentos tramitando un proyecto de ley presentado por el gobierno para reapoderar por medio de la norma autonómica a los municipios con las competencias que la norma básica estatal parece que pretende hacer desaparecer, mientras que el Gobierno de Castilla y León ha hecho lo propio por medio de su Decreto-ley 1/2014, de 27 de marzo, de medidas urgentes para la garantía y continuidad de los servicios públicos en Castilla y León, derivado de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. En idéntico sentido, en el momento de cerrar este trabajo, el gobierno andaluz ha anunciado, el día 20 de mayo de 2014, la aprobación para Andalucía de un Decreto-ley con idénticas intenciones que daría continuidad tanto a las previsiones estatutarias como a las atribuciones competenciales contenidas tanto en la ley de régimen local andaluza como en su legislación sectorial (norma finalmente aparecida en el Boletín Oficial de la Junta de Extremadura el día 28 de mayo de 2014: Decreto-ley 7/2014, de 20 de mayo, por el que se establecen medidas urgentes para la aplicación de la ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local).

16 La avocación sólo es posible en nuestro ordenamiento jurídico en casos de subordinación jerárquica o, fuera de ellos, cuando una

prestación del servicio a escala local. Porque en el primer caso, al menos siempre y cuando entendiéramos que la nueva delimitación competencial, por rúcana que fuera, era constitucionalmente posible y respetuosa de la autonomía local, aun considerada con poca generosidad, podría haber sido admisible, mientras que en el segundo se instrumenta un mecanismo de tutela que demuestra un claro carácter subordinado de la Administración local que es difícilmente compatible con la idea de autonomía expresada en la Carta.

A efectos de integrar la idea de garantía institucional, al menos si la queremos entender como jurídicamente dotada de significación que permita oponerse a ciertas regulaciones hechas por el legislador, y desde la perspectiva de que la misma cubre y protege la institución en la medida en que sea reconocible, cabe plantearse también, por ello, si el normal ejercicio de toda una serie de competencias y atribuciones desde 1986, desbordando el listado competencial de la LRRL (las llamadas “competencias impropias”, que no son sino demostración clara de la conveniencia de que los entes locales hagan más cosas incluso de las contenidas en la norma, pues su acción y esfera de intereses desbordaba manifiestamente la previsión legal, Almeida Cerredá, 2013: 9-12) no habría venido, de alguna manera, a dotar de unos perfiles concretos al ejercicio de la autonomía local que, quizás, no serían disponibles para el legislador. La propia reacción de la práctica totalidad de autoridades locales y sus instituciones representativas comunes dan buena prueba del alto impacto que la reforma, a su juicio, tenía en la manera en que estos entes vivían la autonomía local. ¿Puede entenderse por ello que esa idea de reconocibilidad queda afectada por una reforma que limita seriamente facultades que no sólo estaban legalmente establecidas sino que se venían ejerciendo en la práctica de manera general y sin mayores problemas?¹⁷

El hecho de que el gobierno, tanto en sus iniciales borradores, como en el ALRSAL y como finalmente en el PLRSAL que a la postre se ha acabado traduciendo en el texto aprobado en sede legislativa, no hayan considerado problemática esta cuestión es buena prueba de la endeblez jurídica de la protección en sentido material que a la hora de la verdad otorga la construcción jurídica realizada en España a partir de la idea de “garantía institucional”, por mucho que supuestamente ésta se haya visto reforzada con la introducción del conflicto en defensa de la autonomía local en la LOTC a partir de la LO 7/1999 (Parejo Alfonso, 2001: 200-203). La existencia de vías procesales de defensa, aun con sus limitaciones, es esencial para poder vehicular conflictos, pero lo cierto es que en estos casos lo realmente esencial no es tanto el procedimiento como la conciencia de efectiva fuerza jurídica de la idea de garantía institucional que la comunidad jurídica y particularmente el Tribunal Constitucional acredite. No parece que en nuestro caso sea ésta excesiva (Velasco Caballero, 2014a: 85-86, por ejemplo, acaba optando por ello por contrastar la constitucionalidad de la norma con los mínimos funcionales o competenciales concretos a favor de la autonomía local que se pueden rastrear en la Constitución por permitir “un juicio de constitucionalidad más directo y asequible que el vaporoso juicio de “reconocibilidad” constitucional que propicia la garantía institucional de la autonomía local”).

Estas insuficiencias quedan plasmadas en el dictamen del Consejo de Estado, que siendo cierto que realiza apelaciones a la autonomía local en ningún momento considera que haya una concreta quiebra normativa, y menos aún inspirada en la Carta o en la idea de una autonomía local vigorosamente instituida constitucionalmente como garantía institucional¹⁸, sino que realiza una valoración principal en que el problema deriva de una superposición de factores (coactividad; desplazamiento masivo a unos entes, las Diputaciones provinciales, de los que se

competencia propia se ha delegado en otro ente (art. 14 ley 30/1992). La regulación finalmente aprobada se parece mucho, sin embargo, a esta tradicional figura, incluso en lo que se refiere a las causas que podrían justificarla (el art. 14.1 ley 30/1992 habla de “circunstancias de índole técnica, económica, social, jurídica o territorial lo hagan conveniente”). De modo que la conclusión que se antoja respecto de la concepción que transmite esta regla en lo que se refiere a la posición de los entes locales es bastante obvia, quedando en un terreno parecido al de quienes están subordinados jerárquicamente o simplemente ejercen competencias en nombre de otro y sometidos a su mejor fiscalización.

¹⁷ Para un estudio del efectivo recorte competencial producido, Santamaría Pastor (2014: 139-149); Forcadell i Esteller (2014: 58-68); y más específicamente sobre la reducción de materias de necesaria competencia municipal y el traslado forzoso de algunas competencias llamadas “impropias”, Velasco Caballero (2014a: 91-103).

¹⁸ Véase, en su parte III a) 1, cómo, tras una torturada argumentación, acaba concluyendo respecto de la nueva delimitación competencial que “de conformidad con este planteamiento, no puede sin más afirmarse que la regulación en proyecto atente contra la garantía institucional de la autonomía local, por más que de ella resulte un marco competencial más estrecho que el que definía hasta ahora la LRRL. No cabe desconocer la importancia que para la configuración de las entidades locales tiene la definición de las competencias de los Municipios, trasunto de su autonomía y elemento caracterizador de su régimen jurídico, pero el mero hecho de que el haz de competencias que hasta ahora tenían reconocidas se vea reducido como consecuencia de la reforma proyectada no determina per se una afectación de la autonomía local de tal intensidad que pueda implicar una vulneración de la garantía institucional. Ahora bien, tal conclusión no ha de impedir que se advierta que el juego conjunto de los distintos preceptos que definen el nuevo modelo (en particular, los artículos 25 y 26 y disposiciones concordantes, así como el artículo 7.4 y la disposición transitoria novena, en lo que a las competencias impropias se refiere) da lugar a una considerable constricción de la autonomía de los Municipios cuyas consecuencias prácticas podrían quedar moduladas si se reconsiderasen algunos aspectos concretos de la regulación proyectada, que serán objeto de examen en los apartados siguientes de este dictamen”. Peculiar pauta jurídica de contraste de la corrección de una actuación legislativa ésta que requiere de poner en la balanza tantos y tantos elementos conjuntamente para poder juzgar si el resultado es global (pero no puntualmente, respecto de cada cuestión concreta) satisfactorio o no. Más que nada porque ese juicio, en condiciones normales, es sensato argumentar que es mejor que pertenezca al legislador.

señala su falta de legitimación democrática directa, pero no tanto porque sea problemático el desplazamiento en sí como el hecho de a quién acaban allegándose las competencias; o la ausencia de una definición precisa del coste estándar que justificaba en el ALRSAL, más por problemas de seguridad jurídica que porque el Consejo de Estado entienda imposible que una mecanismo como éste pueda existir sin quiebra de la autonomía local). Puede concluirse, en general, que parece claro que la idea de garantía institucional requiere de un intérprete constitucional más intervencionista, sea este rasgo bueno o malo, que el Tribunal Constitucional español. No es extraño que las teorías en defensa de las posibilidades extraíbles de la idea de garantía institucional surgieran y tuvieran una evidente utilidad en un contexto diferente, como es el del Derecho público alemán en un momento de menor conciencia de normatividad de la Constitución (Baño León, 1988: 165-169) y, además, desarrollado posteriormente a partir de la labor de un Tribunal Constitucional que es mucho más dado a enmendar la plana al legislador y a extraer soluciones concretas de principios constitucionales que enmarcan mucho más la tarea del legislador de lo que es habitual en España. Pero no podemos perder de vista que precisamente por esta razón, la efectividad que podemos esperar de esta idea, en nuestro país, como defensa frente a las pretensiones del legislador es más bien escasa.

Por esta razón, la ley de reforma local refleja con crudeza, en el fondo, lo que no es sino la realidad constitucional española en materia de autonomía local: la posibilidad de un efectivo vaciamiento de contenido material de la garantía institucional de la autonomía local sin excesivas dificultades, caso de que el legislador así lo entienda. Ello permite que, incluso en su versión reformada, las medidas que se contienen en el texto que son problemáticas pero que es evidente que ni al gobierno ni a la mayor parte de la comunidad jurídica se lo parecen (en el sentido de que puedan ser anuladas por el Tribunal Constitucional) sean numerosas y formen parte, de hecho, de los contenidos más elementales de la reforma. Pero son problemáticas y cuestionables, muy probablemente, por consideraciones de oportunidad, por pretender un vaciamiento muy cuestionable de las efectivas esferas de actuación de los municipios, por liquidar en gran parte la efectiva capacidad de actuación autónoma de los municipios (con lo que ello supone desde muchos planos: subsidiariedad, control democrático, posibilidades de participación...) pero no porque jurídicamente no pueda el legislador democrático, en nuestro modelo constitucional, acometer una reforma de estas características.

Un legislador que ha optado decididamente por definir un ámbito para esa autonomía local que va a los límites mínimos constitucionalmente posibles, con un amplio abanico de medidas que jibarizan la efectiva (y hasta la fecha usual) acción de los entes locales:

- limitaciones competenciales en el nuevo listado del art. 25 LRBRL, donde desaparecen algunas competencias, significativas en no pocos casos, que venían siendo atribuidas a los entes locales¹⁹;
- eliminación de la idea de competencia implícita general o extensión a otros dominios de interés del régimen local (la derogación del artículo 28 LRBRL por la LRSAL es ciertamente significativa de lo que supone esta visión de una “autonomía local limitada” que se deduce de la voluntad del legislador²⁰);
- regulación muy limitativa de la gestión de competencias inicialmente llamadas “impropias” (ahora competencias otras a las legalmente atribuidas, según expresión de la Exposición de Motivos, véase cómo queda la redacción del art. 7.4 LRBRL²¹) y sometida a mecanismos de control y autorización impropios de

19 Sobre el nuevo sistema de competencias locales y su génesis e intenciones, de nuevo, Arenilla Sáez (2014). Véase también la exposición que hacen de las efectivas transformaciones del régimen de competencias locales, esquematizadas de forma muy instructiva, Santamaría Pastor (2014: 141-143); y Forcadell i Esteller (2014: 59-69). También, de forma más analítica, Velasco Caballero (2014a: 88-104), entendiendo en general constitucional el modelo competencial resultante de reducción todos ellos, pues la autonomía local no sirve de efectivo valladar frente a estas pretensiones del legislador. Por otra parte, y como cada vez es más habitual que ocurra, se configura como inusitada fuente interpretativa del Derecho la figura de la “nota explicativa”, en este caso la emitida por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (“Nota explicativa de la reforma local”, <http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/PortalVarios/Gestion%20del%20Portal/Nota%20explicativa%20de%20la%20reforma%20local.pdf>, consulta 1 de mayo de 2014), donde se realiza un análisis con la idea de realizar una “clarificación de las competencias” que deja bien claro que los cambios en la enunciación de las competencias tienen siempre una vocación clara de restringir el alcance de las mismas. También la Federación Estatal de Municipios y Provincias, por su parte, ha emitido diversos documentos a través de su web en respuesta a consultas y preguntas donde se adhiere a la tesis de considerar que el nuevo art. 25.2 LRBRL sería un listado tasado y cerrado de competencias propias que tienen los municipios.

20 Velasco Caballero (2014a: 104-105) considera constitucional esta eliminación (que en todo caso no es sino una nueva muestra del escaso contenido materialmente efectivo de la garantía institucional de la autonomía local) aunque también entiende válidas las cláusulas equivalentes que tienen establecidas algunas Comunidades Autónomas.

21 Véase sobre los controles establecidos en el precepto para permitir su ejercicio, caso de que no se estén prestando por otra administración y que exista disponibilidad presupuestaria, Velasco Caballero (2014a: 88-91). Interesa señalar que estas competencias, según el propio contenido literal de la reforma, requerirán de estos procedimientos de control sólo caso de que sean nuevas: “A estos efectos, serán necesarios y vinculantes los informes previos de la Administración competente por razón de materia, en el que se señale la inexistencia de duplicidades, y de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera sobre la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias” (art. 7.4 *in fine*, el énfasis es nuestro). De modo que es perfectamente posible interpretar que todas las “competencias impropias” hasta la fecha ejercidas pueden seguir prestandose sin los informes en cuestión. Respecto de las competencias a la hora de emitir los informes, véase en

la gestión autónoma (el nuevo art. 27 LRRL detalla los procedimientos y controles para el ejercicio de competencias que puedan delegar las Comunidades Autónomas o el Estado²²);

- todo ello establece un marco global que aspira a limitar las competencias que ejercen los entes locales (aunque finalmente el esquema legal de la reforma aprobada considere como posibles, con matices, ampliaciones, pues las CC.AA. pueden delegar libremente empleando los mecanismos del art. 27 cualquier competencia y, como hemos señalado, no se entiende por qué no podrían, si quisieran, atribuir las directamente como propias en las esferas de su competencia), lo que tiene la paradoja de que los entes locales municipales, al menos en el diseño estatal, quedan más limitados que las provincias para asumir competencias (al menos, tal y como parece que queda la regulación de éstas en la norma, Jiménez Asensio, 2013);
- mecanismos de delegación que degradan la autonomía local, tanto desde una perspectiva material (muchas competencias que aparecen como delegables podrían ser, y de hecho algunas eran hasta ahora, competencias propias de los municipios) como formal, en la medida en que establece tuteladas para su ejercicio funcional (véase, de nuevo, la prolija regulación del art. 27 LRRL en la redacción dada por la LRSAL y se comprenderá inmediatamente la profundidad del cambio, con la aparición, además, de tuteladas adicionales en las DA 15^a, DT 1^a y DT 2^a respecto de cómo se realiza la “devolución” de competencias educativas, sanitarias y de servicios sociales²³).

Lo sorprendente es, en todo caso, y como ya se ha dicho, la enorme amplitud con la que el gobierno parece concebir que puede operar el legislador en este campo y el hecho de que, quizás, no le falte (constitucionalmente, el menos en el diseño global, más allá de posibles excesos concretos) razón. Al margen de lo cual, por último, hay que mencionar que la ley, en la línea de lo que ya hizo en su día la LRRL, pero de modo mucho más intenso, va mucho más allá de lo que parece razonable al establecer normas de organización interna (normas introducidas por la LRSAL en forma de nuevos artículos 75 bis, 75 ter o 104 bis, que establecen el nivel retributivo de los cargos locales o cuántos pueden ser los liberados, así como el número máximo de personal eventual que se autoriza a cada municipio a partir de su población). Y si bien el TC siempre ha establecido que la autonomía local lo es a un nivel diferente a la municipal, no puede perderse de vista que, en este punto, al menos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sí es bastante consistente a la hora de defender la estricta capacidad de autoorganización de las Comunidades Autónomas. De manera que, por ejemplo, nadie podría considerar constitucional una limitación de cargos públicos o retribuciones heteroimpuesta por una norma estatal a las Comunidades Autónomas. Sin embargo, parece evidente que una ya consolidada tradición de ordenación interna a cargo del legislador estatal hasta la fecha no objetada sí permitiría esta injerencia en el ámbito de autoorganización local. De hecho, nadie ha señalado que existan serios reparos constitucionales mayores a que así se haga, con el nivel de detalle e intromisión que propone la reforma, que es ciertamente notable²⁴. Por mucho que las exigencias derivadas de la sostenibilidad económica, ya sea con el nuevo enunciado del art. 135 CE y ley de estabilidad mediante o incluso sin estos instrumentos normativos, aconsejen medidas de ahorro de esta índole y que siempre y en todo caso un desproporcionado crecimiento de este tipo de gastos sea criticable, la cuestión es hasta qué punto hay que entender que el control sobre esta cuestión corresponde, también, al legislador estatal o si, por el contrario, debería ser un asunto resuelto en el seno de la institución y a partir de los mecanismos de control democrático al uso. Más allá de cuál nos parezca que deba ser el punto óptimo de equilibrio respecto de esta cuestión a cada uno de nosotros, lo que sí parece evidente, en todo caso, es que la respuesta que da nuestro ordenamiento jurídico a este interrogante nos sitúa en un plano muy particular, donde el entendimiento y dimensión de la autonomía local no son excesivamente acusados²⁵. En general, la idea de que ante las necesidades de ahorro autoimpuestas

Cebrián Abellán (2014: 109), la atribución dependiendo de si las Comunidades Autónomas han asumido o no ciertas competencias de tutela financiera de los entes locales.

22 Velasco Caballero (2014a: 105).

23 Estas normas son de muy dudosa constitucionalidad, tanto por imponer estas devoluciones (lo que es una llamativa intromisión en competencias autonómicas) como por el establecimiento de todas esas cautelas. Muy crítico con estos “traslados directos de competencias municipales” se ha mostrado Velasco Caballero, 2014a: 96-103.

24 Delgado Piqueras (2014: 336-342) sí señala algunas de las carencias legales en las que se enmarca el debate, pero tampoco en este caso parece que le plantee esta regulación dudas del tipo de las aquí expuestas.

25 Se da la paradoja de que, en el fondo, una intervención de esta índole, tan evidentemente reductora de la autonomía local, por mucho que establezca supuesta y formalmente unos máximos, unos techos que no pueden superarse, al eliminar los controles autónomos y heteroimponer reglas está, de alguna manera, “marcando” niveles que, sin duda, harán que los muchos ayuntamientos que a día de hoy están por debajo de esos límites (tanto en sueldos, como en número de liberados y asesores) sientan que, de alguna manera, el legislador estatal les está indicando que deben incrementar ese tipo de gastos. Puede darse la paradoja de que, al final de la historia, los ahorros en esta parcela tras la entrada en vigor de la norma sean más bien pequeños... cuando no inexistentes.

o heteroordenadas deba ceder la autonomía local parece haber calado sin problemas. Hasta el punto de que no sólo la autonomía local sino las bases mismas de sus procedimientos de decisión democrática pueden ser puestos en cuestión si la situación (económica) lo requiere²⁶.

En todo caso, y como es evidente, parece, además, y así lo justifica la propia norma en su Exposición de Motivos, que la idea de autonomía local queda restringida a partir de las nuevas atribuciones y competencias constitucionales que como consecuencia del Derecho europeo en la materia, de la reforma constitucional del artículo 135 CE y de su vinculación con el art. 149.1.14ª, han expandido enormemente el ámbito de acción estatal y sus posibilidades a partir de su novedoso entendimiento como omnipotente cláusula competencial horizontal, reduciendo enormemente, en proporción, otros. Es un cambio estructural y de una gran importancia en nuestro Derecho. Y no afecta sólo a la autonomía local, también lo hace al reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, como la reforma muestra también con claridad. Porque, en efecto, no se trata sólo de que hayamos transformado el modelo de régimen local de 1985 para restringir (al menos en línea tendencial y de principio) tanto la autonomía local como los ámbitos en que ésta se ejerce. Es que, además, se ha desplazado de la definición de estas cuestiones a las Comunidades Autónomas, asumiendo el Estado casi todo el espacio regulador.

III. LA REFORMA COMO MECANISMO DE REDEFINICIÓN EN CLAVE CENTRALIZADORA DE LAS COMPETENCIAS SOBRE RÉGIMEN LOCAL

La tramitación de la ley y en general todo el proceso previo de elaboración de la misma han puesto de manifiesto una evolución clara en la manera en que se entiende el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas que, en este caso, no afecta sólo al gobierno y al legislador sino también al Tribunal Constitucional, que ya ha tenido ocasión de pronunciarse (STC 233/99, citada por la Exposición de Motivos de la ley) y que, aunque no ha planteado mayores objeciones a desarrollos competenciales generosos realizados por Comunidades Autónomas en sus Estatutos de Autonomía, con casos como el catalán o el andaluz con una regulación de sus regímenes locales internos muy extensa, tampoco ha puesto reparos a las manifestaciones de recentralización llevadas a cabo por el Gobierno sino todo lo contrario, entendiendo además siempre, en su jurisprudencia, que no hay que considerar que quepa una regla o principio general de “interiorización” del régimen local por parte de las Comunidades Autónomas o sus Estatutos (Sánchez Morón: 2011, 352-358). Tesis latente del Tribunal Constitucional que, además, no ha hecho sino reforzarse recientemente²⁷.

Es cierto que la STC 31/2010, que es la más relevante respecto de esta cuestión de entre las más recientes que ha dictado nuestro Tribunal Constitucional, al analizar las pretensiones estatutarias referidas al caso catalán, no planteó objeciones mayores a una regulación extensa siempre y cuando fuera más o menos acomodada a la manera de entender el régimen local contenida en la norma básica estatal, sobre todo si hacemos una lectura con criterios interpretativos generosos a partir de su fallo e intentando generalizar algunas de sus soluciones (Velasco Caballero, 2011: 87-90). Con todo, la sentencia no se priva de señalar, eliminando mucha de la efectividad que podría tener este despliegue como norma capaz de crear dinámicas verdaderamente propias, que esta regulación es válida en tanto que acomodada a la del Estado, lo que abre la puerta a que cualquier cambio posterior de la misma, según el entendimiento que parece claro que está avanzando el Tribunal, pueda obligar a cambios por deseo del legislador estatal que, al parecer, sería en todo caso legislador básico y con unas restricciones atendiendo a este factor que son cada vez menores. Así, por ejemplo, la muy reciente Sentencia 104/2013, en respuesta a un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el parlament de Catalunya contra la ley 57/2003 de reforma del régimen local, ha confirmado punto por punto esta intuición, recordando que incluso allí donde pueda pretenderse que hay una interposición de un Estatuto de Autonomía, como es el caso catalán (la STC 104/2013, aunque resuelve un supuesto que tiene su origen antes de la aprobación del Estatuto catalán de 2006, es posterior a la ya mencionada STC 31/2010, que no se priva de mencionar), ésta no es tal y que el Estado, siempre y cuando actúe dentro de sus competencias, puede llevar la norma básica allí donde considere, por lo que las normas autonómicas, incluyendo

26 Es en este sentido particularmente insólita la DA 16ª introducida por la reforma, que exceptúa la regla habitual (aprobación por el pleno) del presupuesto y otras medidas de gran importancia de tipo financiero en determinados supuestos: “Disposición adicional decimosexta. Mayoría requerida para la adopción de acuerdos en las Corporaciones Locales. 1. Excepcionalmente, cuando el Pleno de la Corporación Local no alcanzara, en una primera votación, la mayoría necesaria para la adopción de acuerdos prevista en esta Ley, la Junta de Gobierno Local tendrá competencia para aprobar: a) El presupuesto del ejercicio inmediato siguiente, siempre que previamente exista un presupuesto prorrogado. b) Los planes económico-financieros, los planes de reequilibrio y los planes de ajuste a los que se refiere la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril. c) Los planes de saneamiento de la Corporación Local o los planes de reducción de deudas. d) La entrada de la Corporación Local en los mecanismos extraordinarios de financiación vigentes a los que se refiere la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, y, en particular, el acceso a las medidas extraordinarias de apoyo a la liquidez previstas en el 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. 2. La Junta de Gobierno Local dará cuenta al Pleno en la primera sesión que se celebre con posterioridad a la adopción de los acuerdos mencionados en el apartado anterior, los cuales serán objeto de publicación de conformidad con las normas generales que les resulten de aplicación”.

27 Sobre la evolución de esta jurisprudencia, véase el detallado repaso que hace Alonso Mas (2014a: 88-109).

el Estatuto de autonomía en su caso, deberán adaptarse, incluso aunque sea a posteriori, a esta realidad²⁸. Cabe plantear adicionalmente, como es obvio, que siempre cabe hacer una “interpretación conforme al Estatuto” de la norma local básica (y es, por ejemplo, lo que propone Velasco Caballero, 2014b, dado que es conocido que el Tribunal Constitucional sí admite la función interpretativa del Estatuto respecto de las competencias estatales como recuerda Torres Muro –en Cosculluela Montaner y Carbonell Porras, 2011:63–), aunque la solución no es del todo satisfactoria porque ni es sencilla (porque no es fácil que sea pacífico cuál haya de ser esa interpretación), ni, sobre todo, funcionará razonablemente bien en un contexto donde los Estatutos de Autonomía de cada Comunidad Autónoma contuvieran una efectiva integración del régimen local y establecieran normas no necesariamente homologables por desarrollar modelos diferentes para sus regímenes locales propios. Como es evidente, la mejor y más fácil solución es la contención del legislador estatal. Es cierto, sin embargo, que en ausencia de ella sólo queda aspirar a esta interpretación “conforme a los Estatutos”.

En este punto no deja de ser interesante comprobar hasta qué punto ha cambiado el entendimiento, probablemente el general de la comunidad jurídica, pero en todo caso el del Tribunal Constitucional, respecto a las posibilidades de delimitación competencial que se reconocen *de facto* al Estado a partir de títulos competenciales generales y a partir de sus facultades para establecer normas básicas. Respecto de la primera cuestión es patente la creciente ampliación de lo que el Tribunal Constitucional entiende que el Estado puede hacer con amparo en títulos como el artículo 149.1.1^a o, respecto del tema que nos ocupa, con una invocación tan genérica como la del 149.1.14^a, explícitamente mencionada por la norma y que aparentemente puede acabar convirtiéndose, en conexión con el art. 135 CE en su nueva redacción, en un título competencial de enorme importancia que prácticamente habilitaría al Estado para realizar cualquier regulación sobre materias directa o indirectamente relacionadas con cuestiones de tipo económico, financiero o presupuestario. Por otra parte, como es patente, el otro título competencial invocado por la LRSAL, el 149.1.18^a, que permite al Estado desarrollar normativa básica en materia de régimen jurídico de las administraciones públicas, es patente que se interpreta en la actualidad con mucha mayor generosidad de la que, por ejemplo, era habitual cuando se enjuició la constitucionalidad de la ley 30/1992, donde toda una serie de preceptos fueron analizados con sumo cuidado por las SSTC 76/1996 y 89/1996 para sopesar hasta qué punto los preceptos eran o no efectivamente básicos. Entre que el Tribunal Constitucional en general ha acabado por conceder al legislador estatal carta blanca a estos efectos, con pocas excepciones como afecciones muy directas a la propia autoorganización de las Comunidades Autónomas, permitiendo incluso que normas reglamentarias o actos administrativos pasen en ocasiones por básicos y que concurren en este supuesto los anteriores títulos competenciales horizontales comentados (no así el art. 149.1.13^a, que el legislador estatal finalmente ha dejado de invocar tras las críticas del Consejo de Estado al respecto), estamos asistiendo, en general, a una ampliación de la capacidad estatal para establecer normas básicas ciertamente notable (Bernadí Gil, 2010). Ampliación que conviene no perder de vista en la medida en que supone cambios estructurales de primer orden respecto del propio diseño estructural del Estado y sus equilibrios en el reparto territorial del poder.

Sin embargo, quizás en este caso podamos asistir a una situación que pueda acabar generando cierto freno a esta dinámica. No se puede perder de vista que, incluso si comparamos la situación actual con los recursos de que fue objeto la LRBRL, hay varios elementos que han cambiado y que han contribuido a dotar de estabilidad al sistema de régimen local español y, con él, al concreto reparto competencial que recoge. No sólo es que la LRBRL no haya sido sustancialmente modificada en este punto en casi tres décadas; es que, además, durante ese tiempo los Estatutos de Autonomía han ido desplegando efectos, las Comunidades Autónomas han ido consolidando su poder institucional y poniendo en marcha sus aparatos burocráticos, así como dictando normas propias en materia de régimen local, en algunos casos con mucho recorrido, por lo que a estas alturas es difícil, siquiera sea fácticamente, que el legislador estatal actúe como si desconociera toda esta realidad. Parte de este

²⁸ En este ámbito, como resulta obvio, el legislador cuenta con cierto margen y puede optar, dentro de lo que es la referida doctrina del Tribunal Constitucional, por ser más generoso o menos con los desarrollos autonómicos previos y tratar de ser, en su caso, cuidadoso. La LRSAL establece, en este sentido, ciertas cautelas que, sin embargo, sorprendentemente, no tienen en cuenta a los territorios con regímenes locales autonómicos más ambiciosos ya incluidos en sus respectivos Estatutos de Autonomía (Cataluña y Andalucía). Además de las típicamente relacionadas con territorios forales (para una explicación de cómo afecta la reforma local a los llamados derechos históricos de Navarra y País Vasco en la materia, Razquin Lizarraga, 2014), los insulares, las CC.AA. uniprovinciales o Ceuta y Melilla sorprende la especial mención que se hace respecto a los desarrollos en la materia realizados por la Comunidad Autónoma de Aragón (DA 3^a 3). Más allá de lo criticable que pueda ser políticamente que se establezcan estas asimetrías de modo explícito en la norma, consecuencia de pactos de gobierno entre partidos nacionales y minorías nacionalistas y regionalistas, podría llegar incluso a plantearse si esta mención contiene algún elemento de arbitrariedad, que como es sabido está proscrita también al legislador según el art. 9.3 CE y que, por mucho que no haya sido sólo entender que ha de ser un tamiz constitucional aplicable al legislador, en este caso no es descabellado, como mínimo, considerarlo. Cabe mencionar, por último, la posibilidad de que se puedan emitir objeciones al efectivo carácter de “básico” de una ley que introduce excepciones y diferenciaciones sin cuento que van más allá, incluso, de la existencia de diferencias efectivas, como es el caso de la previsión para Aragón. Probablemente, por mucho que el Tribunal Constitucional no haya indagado en exceso adentrándose en argumentos de este estilo hasta la fecha, un control de constitucionalidad estricto a partir de la idea de no arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) y de la propia concepción de lo que deba ser una ley básica podría tener algo que decir al respecto.

problema, en su vertiente política que no jurídica, ya hemos visto que efectivamente puede aparecer y limitar la voluntad estatal, como así ha sido forzando ciertos cambios durante la tramitación parlamentaria. Así, frente a leyes de régimen local como la aragonesa, la valenciana, la andaluza o la catalana que regulan de manera amplia y claramente incentivadora la gestión de servicios a partir de mecanismos de voluntariedad por parte de los municipios de tipo asociativo (mancomunidades, consorcios, etc.) la norma estatal, en el ALRSAL, optaba por una vía radicalmente contraria, poniéndoles trabas y extremando exigencias para tratar de llevarlos a su extinción. En gran parte, la rectificación que el PLRSAL introdujo y que explica la redacción final (no completa, como siempre, pero sí apreciable) de la norma de reforma finalmente aprobada en esta materia²⁹ se explica por las dificultades evidentes de enfrentarse a estas prácticas consolidadas y a los problemas políticos que supone pretender liquidar instituciones y dinámicas consolidadas y en funcionamiento, haciendo un mero borrón y cuenta nueva, en un sistema donde el reparto territorial del poder no sólo existe desde hace décadas sino que está plenamente normalizado e interiorizado. Pero no sólo es un problema político. Jurídicamente no es excesivamente aventurado señalar que años de práctica y de funcionamiento han permitido ir decantando cuál sea el concreto contenido de lo básico, más o menos fijado a partir de una experiencia, enmarcada en la LRBRL, que permite señalar lo que efectivamente lo ha sido y lo que no (véanse, en este sentido, por ejemplo, las reflexiones de Velasco Caballero, 2007). Pretender uniformizaciones más allá de esta realidad es jurídicamente osado cuando están en manifiesta contradicción con las prácticas consolidadas. Al menos, si se considera que la garantía institucional que tantas veces hemos mencionado a lo largo de este trabajo tiene una mínima entidad jurídica y constitucional, por pequeña que sea. Y, en todo caso, al existir ahora diferentes Comunidades Autónomas con capacidad de respuesta jurídica y los medios y la experiencia para desarrollarla de manera técnicamente muy competente, la aprobación de esta ley permite augurar un enfrentamiento que tendrá que dilucidar el Tribunal Constitucional y que perfectamente podría empezar a suponer un reencuadramiento de lo básico en nuestro orden constitucional so pena de inclinarlo definitivamente hacia un neocentralismo con desconcentración en la gestión que se alejaría mucho del modelo pretendido por el constituyente (o, cuanto menos, del entendimiento general en décadas pasadas de lo que era el Estado de las Autonomías)³⁰.

La ley de reforma del régimen local español finalmente aprobada contiene elementos adicionales, más allá del tema competencial en sentido estricto en que se apoya, que van en la línea de reducir la tradicional participación de las Comunidades Autónomas en el modelo de régimen local español que siempre había sido calificado, casi de forma tópica, como “bifronte”. Así, como ya se ha dicho, recibió críticas generalizadas el mecanismo inicial del anteproyecto, que no sólo aspiraba a limitar las competencias locales a un listado fijado estatalmente sino a que éste no pudiera ser incrementado ni siquiera por las Comunidades Autónomas en materia de su exclusiva competencia. La pretensión era ciertamente llamativa, por cuanto, si las Comunidades Autónomas son competentes para el desarrollo legislativo de una materia, ¿qué razones pueden aducirse para no aceptar que puedan establecer competencias en esa materia a favor de los entes locales?³¹ Finalmente, tras las manifestaciones de generalizada

29 DT 11ª. LRASL: “Mancomunidades de municipios. En el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, las mancomunidades de municipios deberán de adaptar sus estatutos a lo previsto en el artículo 44 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, para no incurrir en causa de disolución.

Las competencias de las mancomunidades de municipios estarán orientadas exclusivamente a la realización de obras y la prestación de los servicios públicos que sean necesarios para que los municipios puedan ejercer las competencias o prestar los servicios enumerados en los artículos 25 y 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local.

El expediente para la disolución será iniciado y resuelto por el Órgano de Gobierno de la Comunidad Autónoma, y en todo caso conllevará:

a) Que el personal que estuviera al servicio de la mancomunidad disuelta quedará incorporado en las Entidades Locales que formaran parte de ella de acuerdo con lo previsto en sus estatutos.

b) Las Entidades Locales que formaran parte de la mancomunidad disuelta quedan subrogadas en todos sus derechos y obligaciones”.

30 Véanse en este sentido manifestaciones muy significativas ya desarrolladas al margen de la evolución de posibles impugnaciones ante el Tribunal Constitucional de la norma estatal y su efectivo recorrido, que tienen como espacio de juego la confrontación de las voluntades legislativas de las Comunidades Autónomas con la del legislador estatal. Es el caso del ya referido Decreto-ley autonómico de Castilla y León 1/2014, de 27 de marzo, de medidas urgentes para la garantía y continuidad de los servicios públicos en Castilla y León, derivado de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local o de su equivalente andaluz Decreto-ley 7/2014, de 20 de mayo, por el que se establecen medidas urgentes para la aplicación de la ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, de la ley gallega en tramitación parlamentaria con contenidos equivalentes y, sin duda, de otras actuaciones en esa misma dirección que están llamadas a aparecer y generalizarse.

31 Como es sabido, ha sido habitual entender que la ordenación de las normas reguladoras del régimen local y en concreto la interacción de la regulación que sobre el mismo comparten Estado y Comunidades autónomas, fruto del mencionado carácter bifronte, convertía las atribuciones competenciales contenidas en la ley básica estatal en una serie de competencias mínimas (por todos, Baño León, 2011: 646-649) que de esta forma conformarían una suerte de garantía que el Estado, por medio de su legislación básica, otorga a los entes locales, y sobre todo a su autonomía, frente a una posible inmisión de las Comunidades autónomas. Es manifiesto que la lógica de la nueva ley estatal se aleja de estos planteamientos, a pesar de estar consolidados en el entendimiento derivado de la práctica y de la jurisprudencia constitucional. Es ésta una cuestión que Zafra Víctor (2014: 65-70) critica severamente al Consejo de Estado, por cuanto en su Dictamen no ve cuestionable el

perplejidad de la doctrina y las críticas del Consejo de Estado, el proyecto remitido a las Cortes pareció asumir la situación y abrió la mano, pero la norma ha acabado estableciendo toda una serie de cautelas respecto de cómo se habrán de realizar estas atribuciones competenciales que no dejan de resultar llamativas en la medida en que parecen apostar por la delegación (art. 27 LRBRL según la versión del texto de la LRSAL) como la única vía posible para la ampliación competencial, algo que ya hemos señalado como erróneo, muy cuestionado y que la práctica de las Comunidades Autónomas está poniendo directamente en tela de juicio por medio de su legislación sectorial (tanto la vigente como la nueva) y de las normas de adaptación a la nueva ley básica estatal³².

Con todo, las pretensiones de predeterminación del ejercicio de competencias de las Comunidades Autónomas no quedan reducidas al establecimiento de estas peculiares normas respecto de cómo atribuir competencias aun en supuestos en los que el Estado, constitucionalmente, no debería tener nada que decir. También, vía diferentes Disposiciones adicionales o transitorias al proyecto de ley, aparecen indicaciones respecto de cómo han de actuar Comunidades Autónomas y entes locales a la hora de repartirse funciones en materia de servicios sociales, educación o sanidad (las ya referidas DA 15ª, DT 1ª y DT 2ª son ejemplos paradigmáticos). Las reglas son llamativas, por cuanto además de dejar claro, como hemos señalado ya con anterioridad, que la voluntad del Estado es efectivamente imponer una “devolución de competencias” de los municipios a las Comunidades Autónomas, no sólo hacen eso sino que además introducen elementos, incluso evaluación del coste de las transferencias que a partir de las atribuciones estatales en materia de Haciendas Locales y estabilidad presupuestaria acaban por permitir ciertos controles a cargo del gobierno central que, desde un punto de vista competencial, son extraordinariamente extraños por no decir directamente extravagantes.

De nuevo, en este caso, aparece el art. 135 CE como perfecta excusa para una interferencia referida al ejercicio de competencias autonómicas en relación con los entes locales. Pero es que las consideraciones de eficiencia económica, a partir de cómo es ésta entendida por el Estado, parece que se convierten por el proyecto en un instrumento jurídicamente omnipotente que permiten al Estado entrar a regular cualquier aspecto de la organización administrativa sin importar a quién atribuya el reparto competencial constitucional la competencia en origen. Es lo que ocurre, también, con el nuevo modelo de gestión de los servicios públicos locales.

IV. EFICIENCIA Y GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES: HACIA UN REDIMENSIONAMIENTO DE LOS MERCADOS DE SERVICIOS Y LA GESTIÓN PRIVADA DE LOS MISMOS

La reforma, en su pretensión de lograr ese ahorro económico tan publicitado (los famosos y quiméricos 8.000 millones de euros señalados por la Unión Europea), persigue el objetivo de hacer más eficiente la Administración local española, como el propio nombre de la norma señala al hablar de “sostenibilidad y racionalización” de la Administración local. Ello se canaliza a partir de una serie de medidas que se pueden sintetizar en cuatro grandes ejes:

- Limitación de las competencias y gastos asociados a las mismas (como ya hemos visto, nuevos arts. 7, 25, 26, 27 LRBRL, supresión del art. 28³³)
- Establecimiento de normas de funcionamiento exigentes y limitadoras, entre las que se encuentran las referidas a sueldos o número de asesores, pero también otras que refuerzan ciertas funciones de la intervención y los funcionarios con habilitación estatal (nuevos arts. 75 bis, 75 ter o 104 bis LRBRL, entre otros).
- Obsesión por el tamaño de los municipios españoles y su excesivo número (son realidades conectadas, pues reducir el número de municipios incrementaría el tamaño de los resultantes, nuevo art. 13 LRBRL)
- Apuesta por un nuevo modelo de organización de la prestación de los servicios públicos locales, a partir de la creación de mercados de mayor dimensión territorial, tendencialmente provinciales (nuevos arts. 26.2 y 36 LRBRL).

cambio de paradigma que supone pasar de entender la labor de las bases estatales como de determinación de esta garantía de mínimos a pretender aspirar a establecer, por el contrario, máximos.

³² En este sentido, también Alonso Mas (2014a: 111-113), sensatamente, señala que del mismo modo que las normas autonómicas, incluyendo las estatutarias, pueden tener como canon de constitucionalidad la normativa básica estatal ello es así si y sólo si la mencionada ley (como en este caso la LRSAL) respeta el reparto constitucional de competencias, algo que no parece que sea el caso si pretende intervenir en la ordenación de prestaciones sectoriales de competencia autonómica exclusiva o si se desvía de la mencionada práctica y entendimiento constitucional de la lista de competencias definidas en la norma básica estatal como un mecanismo por el que el Estado, en su ley básica, dotaría de garantía a los municipios respecto de unas competencias mínimas que las Comunidades Autónomas habrían de respetar pero no en el sentido de lista cerrada. Entiende por ello que, en su caso, lo que habría que reputar inconstitucional sería, por ello, la ley estatal de reforma local en estos puntos, por lo que la actuación autonómica seguiría siendo posible.

³³ Velasco Caballero (2014b: 69-71).

Las cuestiones referidas a los dos primeros puntos han sido ya mencionadas al analizar las consecuencias de la norma respecto de la autonomía local y del reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas. En cuanto al tamaño de los municipios, más allá de señalar que, de nuevo, el Estado incide al regular las fusiones en cuestiones que desde el despliegue autonómico venían reguladas por consolidadas normas autonómicas, de modo que se reproducen aquí algunos de los problemas ya expuestos, tiene sentido explicitar que la apuesta por municipios más o menos grandes, en tanto que elección política, va más allá de lo que el Derecho pueda decir al respecto en sí misma considerada. No es, sin embargo, neutro quién tome estas decisiones, por la cuestión competencial referida. Como tampoco lo es cuál sea el procedimiento establecido para la fusión o absorción de municipios.

En los términos del ALRSAL, y más allá de que pueda cuestionarse que algunos de los casos que permitían la fusión forzosa pudieran ser respetuosos con la autonomía local, discusión bizantina que parece hace tiempo resuelta entendiendo que los municipios pueden fusionarse o agruparse sin necesidad de contar con su acuerdo a partir del cumplimiento de unos mínimos procedimentales y participativos, la cuestión más interesante que suscitaba la norma en su redacción inicial era de oportunidad. Existían dudas respecto de si un modelo como el que se plasmaba en la norma respeta el principio de subsidiariedad y que, por ello, fuera en verdad eficiente. Al menos por la evidente contradicción entre la obsesión por incrementar el tamaño de los municipios y, a la vez, eliminarles competencias, lo que parece un contrasentido y además invalida el ejemplo comparado que solía aducirse a favor de la medida por cuanto los países de nuestro entorno que han procedido a incrementar el tamaño de los municipios no les han retirado competencias sino que, antes al contrario, suelen ser aquellos que no tienen entes intermedios entre el Estado y los municipios, razón por la cual ejercen no pocas competencias que en España, habitualmente, están en manos de las Comunidades Autónomas (véanse en este sentido las experiencias comparadas de dimensión y reforma recogidas en Moreno Molina, 2012). En todo caso, con las modificaciones introducidas finalmente, al volver a tratarse este tema desde un prisma de voluntariedad, aunque sea con incentivos económicos (medida, por lo demás, inteligente y muy apropiada en contextos de reparto del poder entre diversos niveles territoriales para tratar de orientar políticas públicas³⁴), las reticencias jurídicas que pudieran albergarse decaen en su mayoría. A este respecto, pueden subsistir únicamente dudas respecto de si en un sistema constitucional como el nuestro la aplicación del principio de no discriminación puede entenderse que padece por este tipo de medidas incentivadoras, pero es un debate complejo que se aleja de las reflexiones que ahora nos ocupan (en este sentido, es interesante, pero parcial y dándole más sentido legitimador del que realmente tiene, la cita de la STC 103/2013 que hace la Exposición de Motivos de la norma: se trata, en todo caso, de un debate que en España acabaremos teniendo, como en otros Estados con el poder territorialmente compartido, si avanzamos en un entendimiento más federal e incentivador de ciertas acciones estatales sobre cuestiones donde intervienen varios niveles de gobierno).

Por último, es extraordinariamente importante señalar, como ha recordado Tejedor Bielsa (2013) que en el fondo una de las grandes claves de esta reforma local es la modificación, por un mecanismo indirecto, de la manera en que se prestan los servicios públicos locales³⁵. Por mucho que hayan desaparecido gran parte de los mecanismos que establecían sistemas que coactivamente residenciaban, gustara o no a los municipios afectados, la prestación de sus servicios públicos (o al menos de algunos de ellos) en las Diputaciones provinciales (y que

34 No obstante, si analizamos con atención la batería de medidas de fomento del artículo 13.4 LBRL tal y como queda redactado tras la LRSAL, los incentivos no parecen tantos ni tan generosos: un 0'10 de coeficiente de ponderación en los ingresos previstos por la LRHL, una garantía de que el esfuerzo inversor que recibirá el municipio resultante de la fusión será al menos equivalente al que ya se tenía y de que la financiación mínima será la suma de las de ambos municipios por separado sin que pueda descender, garantías de que no habrá pérdidas en otros impuestos, cinco años (ampliables) de preferencia en planes de cooperación o equivalentes y la dispensa de prestar los nuevos servicios obligatorios que pudieran corresponderle por el aumento poblacional. No parecen medidas de incentivo que puedan reputarse excesivas sino, más bien, ciertamente rácanas. En el fondo parecen más bien medidas orientadas a tratar de evitar posibles problemas futuros de tipo económico derivado de la fusión, esto es, garantizar que no se derivarán de la misma perjuicios que provocarían que no sólo no suponga ventajas sino que, directamente, no salga a cuenta. Contrasta este modelo con las agregaciones voluntarias que los países federales (EE.UU.; Alemania...) incentivan de forma mucho más generosa o incluso con las agrupaciones funcionales metropolitanas que están imponiéndose en Francia, voluntariamente, a cambio de competencias y financiación, que están funcionando muy bien. Sobre la conveniencia de incentivar mecanismos colaborativos para un mejor ejercicio de competencias locales empleando estas vías, Boix Palop (2013a: 170-176).

35 El mecanismo es indirecto porque la reforma no modifica las formas jurídicas de prestación de los servicios públicos locales. El actual art. 85.2, tras la reforma, sigue permitiendo que los servicios públicos de competencia local se gestionen, eso sí, "de la forma más sostenible y eficiente", a partir de mecanismos de gestión directa como la gestión por la propia Entidad Local, por medio de un Organismo autónomo local, empleando una Entidad pública empresarial local, por último, por medio de una Sociedad mercantil local cuyo capital social sea de titularidad pública (la única novedad es que la ley trata de desincentivar estas dos últimas fórmulas, obligando a una memoria que justifique, caso de que se opte por ellas, su mayor conveniencia). Como alternativa a la gestión directa, siguen los mecanismos de gestión indirecta mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Sorprendentemente, para optar por la gestión indirecta, en cambio, no es preciso informe ni memoria técnica alguna que justifique o documente ahorros o una mayor eficiencia o calidad prestacional, en lo que no deja de ser una curiosa asimetría.

dependían de una evaluación de costes y la supuesta superación de unos costes estándar que debían ser definidos reglamentariamente, mecanismo muy criticado incluso por el Consejo de Estado por su indeterminación), ello no quita para que la idea, ahora por vías indirectas (obligación de publicar costes efectivos de la prestación de los servicios en cada municipio y su control posterior por las diputaciones, así como su publicación³⁶), siga siendo la misma: tratar de ir llevando poco a poco la prestación de los servicios públicos locales de los municipios de más de 20.000 habitantes a unas estructuras de prestación de base provincial lideradas por las Diputaciones provinciales.

Las consecuencias de estos cambios no son sólo de orden de magnitud. También hay elementos cualitativos en la transformación y desplazamiento operados. No es lo mismo que se centralice la contratación de ciertos servicios a que lo hagan los ayuntamientos individualmente. El tamaño y origen de las empresas que van a concursar no será el mismo en un caso y otro. Incluso, como es obvio, este mecanismo no es neutro a efectos del modelo de gestión que acabará implantándose (resulta evidente que es mucho más factible la prestación directa municipio a municipio que por medio de una diputación provincial que deba hacerse cargo, a la vez, de muchos servicios en muchos municipios a veces separados geográficamente y con características y necesidades dispares). La conclusión que parece esbozarse a partir de estas coordenadas es que la reforma local llevada a cabo por la LRSAL, por la vía de fomentar la prestación del servicio a cargo de las Diputaciones (e incluso forzarla, en algunos casos extremos), está en la práctica incentivando un sistema de prestación más indirecto, más privado, más externalizado y en manos de empresas más grandes³⁷. Lo cual no tiene necesariamente siempre sentido. Hay quien ha señalado que dependiendo de unos servicios u otros, económicamente, tendrá más sentido un modelo u otro (Bel, 2013), pero sin que siempre la solución deba ser agregar territorialmente la prestación. Y, por último, es dudoso a partir de la evidencia empírica que la corrupción se reduzca sustancialmente por el simple motivo de elevar de nivel la gestión, como el ejemplo danés, por ejemplo, muestra (Cuña, 2013).

Debe señalarse que esta conclusión contiene elementos paradójicos, alguno muy visible en preceptos como el nuevo art. 85.2 LRBRL, que, como se ha señalado, para optar por ciertas modalidades de prestación directa de los servicios públicos locales exige una detallada memoria económica justificativa de la conveniencia, en términos de eficacia y economía, de la modalidad elegida pero que, en cambio, exime de este requisito cuando la opción elegida es la gestión indirecta. Algo que no plantearía problemas si pudiéramos asumir que esta última va a ser siempre más eficiente y económica que la gestión directa, pero la evidencia empírica no es ésta sino, en muchos casos, la contraria (como por ejemplo el Tribunal de Cuentas ha demostrado en su reciente Informe de fiscalización de servicios públicos locales para el ejercicio 2011, donde se constata, antes al contrario, una generalizada situación de sobrecoste en los casos de servicios prestados por empresas privadas en comparación con los servicios homologables prestados por ayuntamientos equiparables de forma directa³⁸). Queda pues claro, con ejemplos como éste, que la ley ha antepuesto en muchos casos una voluntad de reforma de los mercados que tiene como base otras razones antes que la pura eficiencia económica o el intento de eliminar incentivos para la corrupción. Máxime si tenemos en cuenta que el informe del Tribunal de Cuentas a que nos referimos analiza, precisamente, servicios como los que el art. 26 de la ley pretende encargar de forma muy general a las Diputaciones provinciales (y previsiblemente, por lo ya expuesto, por medio de la gestión indirecta)³⁹.

³⁶ La medida es importante para la prestación de los servicios que el art. 26.2 prevé que, en principio, la Diputación coordina para municipios menores de 20.000 habitantes (recogida y tratamiento de residuos, abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales, limpieza viaria, acceso a los núcleos de población, pavimentación de vías urbanas y alumbrado público). En estos casos, recordemos, la Diputación propone, pero siempre con la conformidad de los municipios afectados, al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas la forma de prestación, consistente en la prestación directa por la Diputación o la implantación de fórmulas de gestión compartida a través de consorcios, mancomunidades u otras fórmulas. Para todo este proceso se han de aportar los costes efectivos de los servicios prestados por los municipios, con la idea de generar mecanismos de incentivo para el ahorro y de justificar la coordinación o asunción de los mismos por las Diputaciones provinciales. El art. 36 de la ley local en el texto surgido de la reforma otorga a las Diputaciones provinciales competencias para controlar el coste efectivo de los servicios ofrecidos por los municipios de su provincia y la responsabilidad de elaborar anualmente un plan de prestación y coordinación de servicios donde ha de tener en cuenta objetivos y costes efectivos. Cuando la Diputación detecte que los costes efectivos de los servicios prestados por los municipios son superiores a los de los servicios coordinados o prestados por ella, incluirá en el plan provincial fórmulas de prestación unificada o supramunicipal para reducir sus costes efectivos. A efectos del cálculo de estos costes, el art. 116 ter obliga a todos los municipios a llevarlo a cabo anualmente, a su comunicación al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y a su posterior publicación por parte de éste. El procedimiento para determinar el cálculo de los mismos, como es obvio, es esencial para el buen funcionamiento de todo el sistema (y queda a expensas de su ordenación por orden ministerial). Sobre las diferencias entre esta fórmula y la inicialmente contenida en la ley, muy criticada por el Consejo de Estado en su dictamen, en torno a la definición de costes "estándar", véase Zafra Víctor (2014).

³⁷ Redondo (2013) aporta datos sobre la estructura de costes de las Diputaciones provinciales en España que ponen de manifiesto su incapacidad estructural para, a día de hoy, prestar por sí mismas los servicios que de ella dependen. Motivo por el cual tienden a externalizar cada vez más sus acciones. Esta tendencia sólo puede ir a más si reciben más competencias y han de garantizar la prestación de más servicios.

³⁸ Este estudio, presentado de forma coetánea a la aprobación de la ley, convierte en más incomprensible la asimetría a la que nos referíamos antes respecto de la no exigencia de justificación adicional cuando un municipio opta por la gestión indirecta, mientras que sí se requiere ese estudio si se opta por la gestión directa por medio de una sociedad pública (art. 85.2 LRBRL).

³⁹ En efecto, en el citado informe (pp. 61-114) se estudian los resultados de la prestación de servicios como el de alumbrado, recogida

La solución final de la reforma legal aprobada por medio de la LRSAL, salvo las excepciones reseñadas, va en la línea de no imponer sino fomentar o “forzar” por medio del *soft-law* (publicidad, comparación, promoción del Plan de coordinación de servicios provincial, medidas de fomento y atractivo de la gestión a cargo de la Diputación) el que cada vez más municipios pequeños opten por delegar en las Diputaciones provinciales más y más servicios. En principio, nada que objetar a que así se haga si efectivamente hay mejoras de eficiencia (y los mecanismos ahora dispuestos en los arts. 26.2 y 116 ter de la LRBRL para garantizar la publicidad y transparencia de los costes pueden ser útiles, en efecto, para detectar dónde puedan producirse). Únicamente es cuestionable si tienen sentido las transferencias coactivas justificadas en razones ajenas a la eficiencia (incumplimiento del municipio de sus obligaciones en materia de estabilidad financiera, que pueden no tener nada que ver, o no tener que ver directamente, con problemas de eficiencia en la prestación del servicio) y respecto de los costes efectivos si las dimensiones provinciales y, sobre todo, una estructura como las Diputaciones provinciales son las más adecuadas para llevar a cabo estas tareas. La literatura comparada (Lago Peñas y Martínez Vázquez, 2013), como es sabido, pone de manifiesto que las agregaciones en esta materia funcionan mucho mejor a partir de sistema de voluntariedad, pero quizás la voluntariedad debería también extenderse no sólo a querer entrar o no en el sistema sino a qué tipo de modelo de prestación y ámbito elegir. Por ejemplo, con una potenciación de mecanismos asociativos que, en cambio, la reforma sigue viendo como sospechosos y que cuentan no sólo con cierta tradición sino con el apoyo de las normas de régimen local autonómicas más modernas que, por lo general, han apostado decididamente por estas vías (Boix Palop, 2013a: 150-160; 170-176).

Por último, hay que señalar que quedan no pocos problemas prácticos por resolver respecto de la concreta articulación de los mecanismos de asunción por parte de las Diputaciones de este tipo de prestaciones, esencialmente a la hora de determinar cómo imputar deudas (pasadas o futuras) al reparto del esfuerzo económico tanto presente como por venir, por ejemplo.

V. CRÍTICAS AL MODELO PLASMADO EN LA LEY DE REFORMA LOCAL Y A SUS INSUFICIENCIAS

A partir de las consideraciones hasta aquí realizadas es fácil aventurar que la valoración global que merece la reforma de nuestro régimen local tan trabajosamente perfilada por el gobierno y finalmente aprobada parlamentariamente no es demasiado positiva. En primer lugar, porque el resultado denota una descorazonadora ausencia de modelo global que nada bueno puede traer, sino confusión, amén de exigir un enorme esfuerzo a intérpretes y entes locales para que sustancialmente, a la postre, las cosas sigan siendo más o menos como la razonable práctica seguida hasta ahora ha asentado. En segundo lugar, porque es francamente dudoso que vaya a producir excesivo ahorro económico (al menos, a igual prestación de servicios públicos, otra cosa es si la traslación de ciertas competencias a las Comunidades Autónomas hace que los servicios hasta ahora prestados por los ayuntamientos dejen de prestarse pero, al menos en teoría, se supone que no es ésa la idea) y manifiestamente imposible que se llegue a los famosos 8.000 millones de euros inicialmente planteados como objetivo de ahorro. Además, la norma plantea no pocas contradicciones internas de calado que convierten en sospechosas muchas de sus soluciones y permiten aventurar que pueden acabar por ser poco aplicadas y sencillamente puenteadas por la práctica local a partir del desarrollo, como ya se está produciendo, de las competencias de las Comunidades Autónomas. El ejemplo comparado en que dice inspirarse la norma, de hecho, no avala que la reducción del número de municipios y el incremento de su tamaño vayan de la mano de una drástica reducción de competencias. Tampoco parece que haya una elaboración realista de alternativas a la prestación de los numerosos servicios (por ejemplo, sociales, con la importancia que ello tiene para los ciudadanos) que están garantizando los ayuntamientos y que la norma pretende que dejen de ser de su incumbencia, lo que induce a pensar que las famosas “competencias impropias” van a seguir teniendo una larga vida, mal que le pese al gobierno, por pura necesidad... y porque hay no pocas vías de escape jurídicas para que esas necesidades, comprobadas y patentes, que por ello han generado unas dinámicas prestacionales de proximidad, puedan seguir cubriéndose (y porque, además, tanto Comunidades Autónomas como entes locales tienen claro que es mejor que así sea⁴⁰).

de residuos, abastecimiento de agua potable o limpieza viaria para municipios de menos de 20.000 habitantes y los diversos costes según las cuentas rendidas. Llama la atención que el estudio, que por primera vez acomete estas comparaciones (claramente inspirado por el proceso de reforma local) no haya logrado a su vez orientar algunas de las medidas legalmente aprobadas, pues de haberlo tenido en cuenta no sólo se habría obligado a extremar las cautelas respecto de la gestión indirecta de estos servicios sino que, incluso, podría haber sido puesto en cuestión el ideario global y de fondo en este punto de la ley, dado que el informe del Tribunal de Cuentas, como mínimo, permite albergar dudas sobre la efectiva existencia de muchas de las publicidades economías de escala con las que se ha justificado la reforma local.

⁴⁰ Cuestión diferente son las consecuencias presupuestarias que pueden derivarse de que esta prestación sea considerada “competencia propia” por atribución autonómica o, por el contrario, competencia “impropia” del 7.4 LRBRL que se presta por, entre otras razones, tener disponibilidad presupuestaria. Cuestión ésta que ya está dando origen a no pocos posicionamientos estratégicos cuyo análisis, en todo caso, no nos compete aquí y que está dando lugar a una pelea entre municipios, comunidades autónomas, FEMP y el propio gobierno central que tiene poco que ver con la ortodoxia jurídica y mucho con planteamientos taticistas basados en tratar de buscar una interpretación de cómo nuestro Derecho ordena el reparto competencial que conlleve minimizar las obligaciones propias de financiación y las desplace a otras

En todo caso, estamos ante un ejemplo claro de un programa de recentralización jurídica que demuestra la desconfianza del gobierno en la autonomía (en este caso, particularmente, en la autonomía local). Con independencia de la (legítima) opinión que pueda tenerse al respecto y de que muy posiblemente la poca densidad constitucional de la garantía institucional de la autonomía local permite, en efecto, al legislador adoptar este modelo, es necesario identificar la clara orientación de las medidas contenidas en la LRSAL y no parece descabellado apelar tanto al ejemplo comparado como a ciertos principios comunes del Derecho europeo que también pueden rastrearse en nuestra Constitución, aunque sea *in fieri* en algunos casos (subsidiariedad, eficiencia, principio democrático, participación y control ciudadanos...), para considerarlas francamente poco acertadas. Es muy probable que estemos ante una norma que demuestre en el futuro, con contadas excepciones (los mecanismos de incentivo, de *soft-law*, de publicidad y transparencia no son criticables, antes al contrario), poca capacidad de introducir mejoras efectivas en la gestión y vida diaria de nuestras Administraciones locales pero que, a cambio, pueda producir conflictos de importancia si se pretenden llevar rígidamente a la práctica sus previsiones en materia de repliegue competencial de los ayuntamientos en unos momentos de ajuste presupuestario que muy probablemente dificultarán que las Comunidades Autónomas los puedan prestar en condiciones, con la consiguiente merma de atención a los ciudadanos en general y a los vecinos más desfavorecidos en particular.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Alesina, Alberto y Spolaore, Enrico (2003), *The Size of Nations*, MIT Press.
- Almeida Cerredá, Marcos (2013), “La reforma de la planta, organización, articulación y estructura competencial de la Administración local”, *La reforma local*, Publicaciones AEPDA, disponible ponencia en <http://www.aepda.es/AEPDAAdjunto-463-Ponencia-Prof-Almeida-Cerreda.aspx> (consulta 1 de mayo de 2014).
- Alonso Mas, María José (2014a), “Normas básicas sobre régimen local, estatutos de autonomía y normas autonómicas de desarrollo”, en M. Domingo Zaballos (coord.), *Reforma del régimen local. La ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local: veintitrés estudios*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 85-117.
- Alonso Mas, María José (2014b), “El nuevo régimen de las competencias municipales”, en M. Domingo Zaballos (coord.), *Reforma del régimen local. La ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local: veintitrés estudios*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 155-188.
- Arenilla Sáez, Manuel (2014), “El nuevo sistema de competencias locales”, en J.A. Santamaría Pastor (ed.) *La reforma de 2013 del régimen local español*, Fundación Democracia y Gobierno Local, pp. 15-55.
- Baño León, José María (1988), “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española”, *Revista española de Derecho constitucional*, nº 24, pp. 155-179.
- Baño León, José María (2011), “La ordenación de las normas reguladoras del régimen local”, en S. Muñoz Machado (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, tercera edición, Iustel, pp. 643-716.
- Bel, Germà (2013), “Local government size and efficiency in capital-intensive services: what evidence is there of economies of scale, density and scope?”, *The Challenge of Local Government Size*, Edward Elgar, 2013, pp. 148-170..
- Bernadí Gil, Xavier (2010), “La doctrina de la Sentencia 31/2010 sobre las competencias ejecutivas (sostenella e no enmendalla)”, en *Revista de Dret Públic*, nº extra 1-2010, pp. 262-270
- Boix Palop, Andrés (2013a), *Una nova planta per als valencians. Possibilitats i límits per a l'organització política i administrativa del País Valencià dins la Constitució de 1978*, Fundació Nexa.
- Boix Palop, Andrés (2013b), “40.000 millones de euros y de unicornios reformando la Administración”, en el blog jurídico *No se trata de hacer leer*, disponible en <http://www.lapaginadefinitiva.com/aboix/?p=861> (consulta 1 de mayo de 2014).
- Carbonell Porras, Eloísa (2013), “La planta del gobierno local”, *La reforma local*, Publicaciones AEPDA, disponible ponencia en <http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CDEQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.aepda.es%2FAEPDAAdjunto-456-Ponencia-Prof-Carbonell-Porras.aspx&ei=BDxzU7WwE-qm0QX6JA&usq=AFQjCNGo8pAirs19KwDdoEjpfQqTbrCt6Q&sig2=8oDOCGeIXtZpfl7Cw1xKfg&bvm=bv.66699033,d.d2k> (consulta 1 de mayo de 2014).

Administraciones (lo que da lugar a interpretaciones peregrinas y muy incoherentes, como es natural).

- Cea Alaya, Ángel (2014), “La contratación administrativa y la reforma de la Administración pública”, *Contratación administrativa práctica*, nº 130, pp. 22-30.
- Cebrián Abellán, Manuel (2014), *El régimen local tras la reforma de la ley de racionalización y sostenibilidad*, Le Ley-El Consultor- Bosch.
- Comisión para la Reforma de las Administraciones públicas, *Reforma de las Administraciones Públicas*, disponible en la web de la comisión http://www.seap.minhap.gob.es/dms/es/areas/reforma_aapp/INFORME-LIBRO/INFORME%20LIBRO.PDF (consulta 1 de mayo de 2014).
- Cosculluela Montaner, Luis y Carbonell Porras, Eloísa (dirs.) (2011), *Reforma estatutaria y régimen local*, Civitas-Thomson Reuters.
- Cuñat, Vicente (2013), “Corrupción municipal (¡en Dinamarca!)”, *Nada es Gratis*.
- Consejo de Estado (2013), “Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, *Boletín Oficial del Estado*, Dictamen de 26 de junio de 2013.
- Delgado Piqueras, Francisco (2014), “El redimensionamiento de las retribuciones de los cargos públicos locales”, en M. Domingo Zaballos (coord.), *Reforma del régimen local. La ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local: veintitrés estudios*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 333-371.
- Embid Irujo, Antonio (2012), *La constitucionalización de la crisis económica*, Iustel.
- Embid Irujo, Antonio (2014), “Los efectos de la crisis económica sobre las instituciones públicas”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 43, pp. 64-72.
- Forcadell i Esteller, Xavier (2014), “Aproximación crítica a los principales cambios en la legislación de régimen local como consecuencia de la aprobación de la ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local”, en J.A. Santamaría Pastor (ed.) *La reforma de 2013 del régimen local español*, Fundación Democracia y Gobierno Local, pp. 57-73.
- Jiménez Asensio, Rafael (2013), “El Proyecto de Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: novedades más relevantes en relación con los borradores del LRSAL y principales enmiendas aprobadas en el Congreso de los Diputados”, *Diario del Derecho Municipal*.
- Jordana de Pozas, Jesús (1956), “Las comisiones para la reforma administrativa”, *Revista de Administración Pública*, nº 21, pp. 215-224.
- Lago Peñas, Santiago y Martínez Vázquez, Jorge (ed.), *The challenge of local government size*, Edward Elgar.
- Medina Guerrero, Manuel (2014), *La reforma del régimen local*, Tirant lo Blanch.
- Menéndez, Agustín (2014), “Los efectos de la crisis económica sobre las instituciones públicas”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 43, pp. 64-72.
- Moreno Molina, Ángel Manuel (ed.) (2012), *Local government in the Member States of the European Union: a comparative legal perspective*, INAP.
- Muñoz Machado, Santiago (2013), “Ocho mil millones de euros de ahorro: la compleja reforma de la Administración Local”, *Posiciones Círculo Cívico de Opinión*, 7 de mayo de 2013.
- Parejo Alfonso, Luciano (2011), “La autonomía local en la Constitución española”, en S. Muñoz Machado (dir.), *Tratado de Derecho municipal*, tercera edición, Iustel, pp. 47-210.
- Razquin Lizarraga, Martín María (2014), “Reforma local y derechos históricos: Navarra y País Vasco”, en M. Domingo Zaballos (coord.), *Reforma del régimen local. La ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local: veintitrés estudios*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 85-152.
- Redondo, Juan Luis (2013), “La Diputación provincial, esa gran desconocida... y algunos datos para empezar a conocerla”, en el blog *Hay Derecho*, disponible <http://hayderecho.com/2013/10/24/la-diputacion-provincial-esa-gran-desconocida-con-algunos-numeros-para-empezar-a-conocerla/> (consulta 1 de mayo de 2014).
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso (2014), “El régimen de las competencias locales y el dilema de la esfinge”, en J.A. Santamaría Pastor (ed.) *La reforma de 2013 del régimen local español*, Fundación Democracia y Gobierno Local, pp. 139-156.

- Sánchez Morón, Miguel (2011), “La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas”, en S. Muñoz Machado (dir.), *Tratado de Derecho municipal*, tercera edición, Iustel, pp. 337-389.
- Tejedor Bielsa, Julio (2013), “Autonomía, economía y reforma local”, *Agenda Pública*, 10 de octubre de 2013.
- Tribunal de Cuentas (2013), Informe nº 1010, *Fiscalización del Sector Público Local (Ejercicio 2011)*, disponible en <http://hayderecho.com/2013/10/24/la-diputacion-provincial-esa-gran-desconocida-con-algunos-numeros-para-empezar-a-conocerla/> (consulta 1 de mayo de 2014).
- Velasco Caballero, Francisco (2007), “Autonomía local”, *Actas II Congreso AEPDA*.
- Velasco Caballero, Francisco (dir.) (2010), *Gobiernos locales en Estados federales y descentralizados: Alemania, Italia y Reino Unido*, Institut d’Estudis Autònoms.
- Velasco Caballero, Francisco (2013), “Sobre el Dictamen del Consejo de Estado en relación con el Anteproyecto de Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, *Instituto de Derecho Local – Universidad Autónoma de Madrid*.
- Velasco Caballero, Francisco (2014a), “Títulos competenciales y garantía constitucional de la autonomía local en la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, en J.A. Santamaría Pastor (ed.) *La reforma de 2013 del régimen local español*, Fundación Democracia y Gobierno Local, pp. 139-156.
- Velasco Caballero, Francisco (2014b), “La ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local en el sistema de Derecho local”, en M. Domingo Zaballos (coord.), *Reforma del régimen local. La ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local: veintitrés estudios*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 45-83.
- Vidal Monferrer, Rosa (2014), “Competencias locales en materia de educación, sanidad, servicios sociales y servicios de contenido audiovisual”, en M. Domingo Zaballos (coord.), *Reforma del régimen local. La ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local: veintitrés estudios*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 219-242.
- Zafra Víctor, Manuel (2014), “Doble inconstitucionalidad de la ley sobre racionalización y sostenibilidad de la autonomía local”, *Cuadernos de Derecho local*, nº 34, pp. 49-70.

El pretendido blindaje autonómico de competencias municipales tras la reforma de la Administración Local

Pilar Navarro Rodríguez

Profesora de Derecho Administrativo. Universidad Loyola Andalucía
pnavarro@uloyola.es

Manuel Zafra Víctor

Profesor Titular de Ciencia Política y Administración Pública. Universidad de Granada
manuelzafravictor@gmail.com

Recibido: 25 de mayo de 2014

Aceptado: 20 de junio de 2014

Resumen

Ante la gran incertidumbre provocada por la LRSAL, hasta la fecha cuatro CCAA han aprobado diferentes normas (Galicia una Ley, Castilla y León y Andalucía sendos Decretos-Leyes, y País Vasco una Circular) de “blindaje” de competencias municipales, con el fin de precisar y aclarar algunos de los temas para los que la Ley no ofrece una interpretación clara o una aplicación inequívoca. El denominador común de esta normativa autonómica es tratar de desactivar el propósito de la LRSAL: reducir la calificación de competencias municipales impropias a las que no cuenten con habilitación del Legislador Sectorial (autonómico) anterior o posterior a la promulgación de la Ley, y condicionar en materia de Servicios Sociales, Sanidad y Educación la calificación de esas competencias a la modificación de la financiación autonómica. En este artículo se abordan estas cuestiones, partiendo del análisis del Anteproyecto de Ley, y pasando por las importantes consideraciones sobre el mismo realizadas por el Dictamen del Consejo de Estado.

Palabras clave

Administración Local, Autonomía Local, Competencias Municipales, Competencias Autonómicas.

The Intended Shield for Regional Municipal Powers after Reform of Local Government

Abstract

Given the large uncertainty caused by the LRSAL, to date, four have adopted different standards CCAA (a law Galicia, Castile and León and Andalusia two separate decree-laws, and the Basque Country Circular) “shield” of municipal powers, to refine and clarify some of the issues for which the Act does not provide a clear unambiguous interpretation or application. The common denominator of this regional legislation is to try to disable the purpose of LRSAL reduce the improper classification of municipal competencies that do not have enabling Sector Legislator (regional) before or after the enactment of the Act, and condition in field of Social Services, Health and Education qualification of those powers to the modification of the regional financing. In this article these issues, based on the analysis of the Draft Law, and going through the important considerations about the same made by the State Council Opinion addressed.

Keywords

Local Administration, Local Self-Government, Municipal Competencies, Autonomic Competencies

SUMARIO

1. Sometimiento de la autonomía local a las exigencias de estabilidad presupuestaria. El intento de supresión virtual de la autonomía local mediante la legislación básica./ 2. La transformación del Legislador Básico en Legislador Armonizador con la misma pretensión de supresión virtual de la Autonomía Local./ 3. Interpretación del artículo 25.2 en relación con el 7.4: el régimen jurídico de las competencias distintas de las propias o atribuidas por delegación. La regulación en el Anteproyecto de Ley./ 4. El contenido armonizador de la Ley. Las bases estatales no ocupan el espacio constitucionalmente reservado al legislador autonómico pero le imponen, de la pluralidad de ejercicios de sus competencias, uno determinado./ 5. Una premisa fundamental para la cabal comprensión de la racionalización y sostenibilidad local: el Estado financia pero las Comunidades Autónomas fijan el alcance de las competencias municipales./ 6. Competencias impropias, competencias complementarias y cláusula general de competencia./ 7. Medios para ajustar el desajuste entre ingresos y gastos de los entes locales./ 8. La interpretación del régimen jurídico de las competencias distintas de las propias en la Ley. Retroactividad o irretroactividad en la LRSAL./ 9. Normativa autonómica de blindaje de competencias municipales frente a la LRSAL./ 10. Bibliografía.

1. SOMETIMIENTO DE LA AUTONOMÍA LOCAL A LAS EXIGENCIAS DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA. EL INTENTO DE SUPRESIÓN VIRTUAL DE LA AUTONOMÍA LOCAL MEDIANTE LA LEGISLACIÓN BÁSICA.

Tal y como señalamos en su momento¹, frente a lo que sucedió con la última gran reforma de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local² (en adelante, también, la “LRBRL”), la que vino como consecuencia de la promulgación de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local³, el origen de la reforma que aprueba la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local⁴ (en adelante, también, la “LRSAL”), no es tanto la evaluación negativa del funcionamiento de la Administración local como la necesidad de poner en marcha el programa de reformas de la Administración española que viene impuesto por compromisos políticos y obligaciones jurídicas contraídas con Europa⁵, constitucionalmente integradas en nuestro ordenamiento, al menos en lo referido a la necesidad de contener el gasto público y el déficit y de mejorar la eficiencia administrativa, en virtud de la reforma del artículo 135 de la Constitución Española (en adelante, también, la “CE”) aprobada mediante la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera⁶.

Este es el motivo por el cual el tratamiento que la autonomía local⁷ (singularmente la municipal) recibe en la LRSAL, es el de un sector o materia sometida a las exigencias de estabilidad presupuestaria como consecuencia de la crisis económica⁸.

De esta forma, el Estado ha pretendido, desde la legislación básica (con la aprobación de la LRSAL), controlar y supervisar las políticas municipales⁹ condicionando la titularidad y el ejercicio de las competencias de municipios y provincias.

Y lo ha hecho, en primer lugar, reduciendo la protección constitucional proporcionada por la garantía institucional, mediante tres vías, a saber:

1. La rebaja de las materias de obligatoria referencia para los legisladores sectoriales a la hora de atribuir competencias a los municipios.

1 CARRILLO DONAIRE, J.A., y NAVARRO RODRÍGUEZ, P., (COORDS.) (2014). (1).

2 BOE núm. 80, de 3 de abril.

3 BOE núm. 301, de 17 de diciembre.

4 BOE núm. 312, de 30 de diciembre.

5 Quizá ese sea el motivo de que hayamos asistido a un debate tan vivo y prolongado en torno a esta reforma legal, desde que a mediados de 2012 el Gobierno Central presentara las primeras propuestas y anteproyectos sobre la orientación y finalidades perseguidas por la futura normativa local.

6 BOE núm. 103, de 30 de abril.

7 Sobre la autonomía local como pilar básico en la organización del Estado de las Autonomías, *vid.*, in extenso, ZAFRA VÍCTOR, M., (2008). (14).

8 En este contexto se enmarcan los trabajos impulsados por el Instituto Nacional de Administración Pública (INAP) y por la Comisión para la Reforma Administrativa que están en la base de la reforma local y que se mueven en la línea reduccionista de la racionalización que inspira el principio de “una Administración, una competencia”, que mayestáticamente proclama la Exposición de Motivos de la Ley.

9 Y ello porque, a nuestro entender, y pese a que el carácter bifronte de la autonomía local y el ejercicio de competencias legislativas sobre el régimen local concierne tanto al Estado como a las Comunidades Autónomas, es mucho más sencillo para el Ejecutivo central comenzar el programa de reformas por el escalón inferior, la Administración local, que auto-recetarse una cura de adelgazamiento a sí mismo o enfrentarse a las enormes dificultades jurídicas y políticas que conllevaría cualquier movimiento de reordenación orgánica y de recentralización funcional de las Comunidades Autónomas.

2. La supresión de competencias complementarias, y
3. La reducción de la cláusula general de competencia prevista en el artículo 25.1 de la LRSAL a una mera declaración de capacidad jurídica para obrar.

Ahora bien, como quiera que la disminución de la garantía institucional operada por el Estado central como Legislador Básico no le aseguraba que las Comunidades Autónomas no pudiesen atribuir competencias a los municipios, el Legislador Estatal ha cruzado con la LRSAL la línea del Legislador Básico para situarse como Legislador de Armonización, tal y como se desarrolla en el siguiente apartado.

2. LA TRANSFORMACIÓN DEL LEGISLADOR BÁSICO EN LEGISLADOR ARMONIZADOR CON LA MISMA PRETENSIÓN DE SUPRESIÓN VIRTUAL DE LA AUTONOMÍA LOCAL

Tal y como acabamos de señalar, con el objetivo principal de tratar de evitar que las comunidades autónomas puedan atribuir competencias a los municipios, con la LRSAL el Estado cruza la línea del Legislador Básico para situarse como Legislador de Armonización: de esta forma, al tiempo que priva a los municipios de determinadas competencias en servicios sociales, sanidad y educación, impone a las comunidades autónomas la titularidad de las competencias municipales ejercidas hasta ahora en estas materias.

Y no acaban aquí las pretensiones armonizadoras del Legislador Estatal, sino que obliga también al Legislador Sectorial (Autonómico) a la elaboración de una memoria que constate el menor gasto generado por una asignación diferenciada de competencias en comparación con su ejercicio centralizado desde el nivel autonómico. De forma que si esta segunda posibilidad arrojava menor coste, la respectiva consejería de la comunidad autónoma en cuestión tendría prohibida la atribución de competencia.

Pero es más, tampoco estaría a disposición del correspondiente Legislador Sectorial la delimitación en negativo de las competencias municipales, ya que debe habilitar a los municipios en positivo, precisando funciones y especificando materias, es decir de los posibles ejercicios autonómicos de una competencia de su exclusiva titularidad, el Estado le impone uno determinado.

Por estos motivos, entendemos que se puede afirmar de manera clara y meridiana que cualquier regulación autonómica que propicie la libertad municipal para modular el ejercicio de sus funciones y potestades y determinar así el alcance de sus competencias, encuentra en la LRSAL prohibiciones claras o requisitos onerosos.

Partiendo de esa base, y a la luz de las cuestiones antes descritas, cabe inferir que el propósito de la LRSAL pasa por la eliminación virtual de la autonomía municipal, asunto que en un primer momento se intentó en los diversos anteproyectos y proyecto de Ley con la radicalidad de la introducción de un coste estándar para la prestación de servicios, y ante las objeciones del Consejo de Estado¹⁰, más indirectamente, mediante el coste efectivo como guía en el ejercicio tanto de las competencias municipales como de las competencias provinciales.

El resultado es evidente: sacrificio de la democracia en aras de una presunta eficiencia sobreponiendo unas entidades locales de legitimación indirecta como la provincia a las de directa legitimación como los municipios¹¹ o sustrayendo al control de la oposición y fiscalización de los grupos minoritarios decisiones tan importantes como la elaboración de planes económico-financieros.

Ante las limitaciones que el bloque de constitucionalidad impone al Estado para conseguir la unilateral racionalización y sostenibilidad de la autonomía local, el Legislador Estatal no sólo rebaja el mínimo protegido constitucionalmente¹², sino que pretende vetar o dificultar que lo eleven las comunidades autónomas.

3. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 25.2 EN RELACIÓN CON EL 7.4: EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS COMPETENCIAS DISTINTAS DE LAS PROPIAS O ATRIBUIDAS POR DELEGACIÓN. LA REGULACIÓN EN EL ANTEPROYECTO DE LEY¹³

Quizás la cuestión más controvertida de la LRSAL, sea la interpretación del artículo 25.2 en relación al artículo 7.4, es decir, la distinción entre competencias propias y las competencias distintas de las propias.

La polémica surge con (por) las opuestas lecturas sobre la naturaleza jurídica del listado contenido en el apartado 2 del artículo 25. Si se atiende a una primera interpretación literal, la expresión “en todo caso” alude a

10 En el Dictamen número 567/2013, de 26 de junio, del Consejo de Estado.

11 Sobre este tema, *vid.*, in extenso, ZAFRA VÍCTOR, M., (2013b). (16).

12 Sobre este tema, *vid.*, in extenso, ZAFRA VÍCTOR, M., (2014). (17).

13 *Vid.*, ZAFRA VÍCTOR, M., (2013a). (15).

un mínimo que obliga al Legislador Sectorial a la atribución de competencias a los municipios; si la interpretación atendiera, por ejemplo, al Dictamen del Consejo de Estado, la enumeración de competencias constituiría un máximo vinculante para los Legisladores Sectoriales que sólo podrían modular el alcance de las materias allí fijadas pero no atribuir competencias propias en otras materias (distintas).

El término *máximo* significativamente no aparece en el razonamiento del Consejo que expresa la nueva regulación en los siguientes términos:

(...) el anteproyecto introduce una importante novedad a través de la modificación del artículo 25 de la LRBRL, que pasa de establecer un listado abierto de competencias susceptibles de ser legalmente reconocidas a los Municipios y a enunciar tales competencias de forma exhaustiva y aparentemente cerrada. Ello determina que no quepa en el sistema que el anteproyecto configura la atribución como competencias propias de otras distintas de las incluidas en dicha relación, lo que constituye una significativa diferencia con respecto al actual modelo de asignación de competencias, en el que cualquier ley sectorial puede reconocer al Municipio como propias competencias para actuar en cualquier ámbito.

El cambio en el régimen jurídico de las competencias propias sitúa en calidad de impropias todas las competencias municipales atribuidas por los Legisladores Sectoriales (no se olvide, principalmente autonómicos) en materias no contenidas en el artículo 25.2 y solo podrán los municipios continuar en su ejercicio si cumplen con los requisitos exigidos por el artículo 7.4. Ante la posible inconstitucionalidad esgrimida por las comunidades autónomas, el Consejo de Estado defiende su conformidad con la Constitución Española en los siguientes términos:

(...) no cabe objetar que el Estado lleve a cabo una reducción del ámbito competencial de los Municipios, pues, siempre que respete el núcleo básico e intangible que define la autonomía local como tal, puede en el ejercicio de dicha competencia ampliar o estrechar la esfera de actuación de las Corporaciones Locales. Y si como consecuencia de tal operación se produce una alteración del marco competencial de los Municipios tal y como ha sido definido por las Comunidades Autónomas, habrán de ser estas las que acomoden su legislación a lo dispuesto con carácter básico por el legislador estatal. Puede este, en definitiva, efectuar una redefinición del ámbito competencial municipal, por más que ello obligue al legislador autonómico a introducir en su ordenamiento los ajustes necesarios.

En efecto, el Consejo de Estado recurre a una paráfrasis para eludir que el Estado fija un máximo, y en su lugar señala el carácter exhaustivo y cerrado del listado sosteniendo la constitucionalidad de una reducción de las competencias municipales pues salvaguarda el núcleo básico e intangible (por cierto, tampoco emplea el término *mínimo*).

A nuestro parecer, con esta interpretación jurídica el Consejo de Estado (que ha sido ratificada en un nuevo y reciente Dictamen de 26 de mayo de 2014¹⁴ con ocasión del conflicto en defensa de la autonomía local planteado por el Alcalde de Barcelona, donde el Consejo se reafirma en su criterio sobre el máximo) incurre en un doble error:

- El primero y más elemental: el Estado no atribuye competencias a los municipios, fija las materias donde, según la distribución constitucional de competencias, Estado y Comunidades Autónomas, las asignarán a los municipios. Recurriendo a una distinción elaborada por el Tribunal Constitucional, si el legislador de régimen local atribuyera competencias a los municipios en materias de titularidad autonómica, trascendería su carácter de Estado en sentido estricto para convertirse en Estado en sentido amplio, estaría, pues, ocupando el espacio constitucionalmente reservado a las Comunidades Autónomas. Sin embargo el Dictamen continuamente alude a la prerrogativa del Estado (en sentido estricto) para reducir el ámbito competencial de los municipios (folio 61) o la reducción del ámbito de las competencias propias del Municipio (folio 26), en clara contradicción con la naturaleza de las bases que limitan su radio de acción a la enumeración de materias donde estado y comunidades autónomas deberán asignar competencias a los municipios.
- Este primer error lleva al segundo: como el Estado no reconoce competencias a los municipios sino que fija el mínimo de una enumeración de materias, las comunidades autónomas disponen de libertad para, una vez respetado ese mínimo, ampliar el elenco competencial de los municipios.

Pese a la renuencia del Consejo de Estado a reconocer el cambio radical de su interpretación, la nueva regulación impone un máximo que las comunidades autónomas no pueden elevar. La posibilidad de ejercer

14 Dictamen núm. 338/2014, de 26 de mayo, del Consejo de Estado.

competencias impropias tiene prevista una vía distinta: el municipio debe solicitarlas a condición de no incurrir en duplicidad y garantizar la sostenibilidad financiera; la comunidad autónoma, mediante informe deberá acreditar la inexistencia de duplicidad y el interventor la garantía de sostenibilidad. Por tanto, no hay, en sentido estricto, atribución autonómica de competencia. El propio Consejo lo dice a la luz de la redacción del artículo 7.4 del Anteproyecto de Ley:

(...) tras la entrada en vigor de la ley proyectada tales competencias ejercidas hasta ahora como propias pasarán a quedar fuera de ese ámbito del artículo 25 de la LRBRL, convirtiéndose así en lo que el anteproyecto denomina “competencias impropias”. Por tanto, esas competencias, referidas a materias respecto de las cuales las Comunidades Autónomas ostentan competencias ya previstas en las correspondientes leyes autonómicas, solo podrán continuar siendo ejercidas por los correspondientes Municipios si, efectuada la evaluación prevista en la disposición transitoria novena, se constata que cumplen con los requisitos que impone el nuevo artículo 7.4 de la LRBRL.

En efecto, la disposición transitoria novena del Anteproyecto acotaba con precisión el concepto de competencia impropia de la siguiente forma:

Las competencias distintas de las previstas en los artículos 25.2 y 27 de la Ley 7/85, de 2 de abril reguladora de las Bases de Régimen Local que hasta la entrada en vigor de esta Ley vinieran ejerciendo los Municipios sólo podrán seguir ejerciéndolas si cumplen con lo previsto en el apartado 4 del artículo 7 de la Ley 7/85.

La conclusión, por tanto, aparece inequívoca a nuestro parecer: fuera del listado del artículo 25.2 las competencias serán o delegadas o impropias; el legislador autonómico no podrá atribuir competencias propias en otras materias de las allí enumeradas.

Conviene distinguir, no obstante, la valoración positiva que el Consejo hace sobre este tema de las severas objeciones formuladas al coste estándar, para comprender correctamente el juicio que el anteproyecto merece al órgano consultivo. La disposición transitoria novena sujetaba el ejercicio de competencias impropias a una evaluación conforme al coste estándar; si el resultado pusiera de manifiesto el incumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 7.4, mediante informe del interventor municipal, el municipio dejará de prestarlas. A su vez, el cumplimiento de estos requisitos se encomendaba a informe de la comunidad autónoma acreditando la inexistencia de duplicidades y al del interventor en lo relativo a sostenibilidad. El Consejo de Estado no cuestiona la existencia de ambos informes, tampoco la finalidad, sus reparos se dirigen a la indeterminación y vaguedad jurídica del concepto duplicidad y a la inadecuación del informe del interventor, al tiempo que recomienda la conveniencia de concebir el informe no sobre competencias puntuales sino sobre el conjunto de la hacienda municipal, de ahí la propuesta para que sea la comunidad autónoma la encargada de emitirlo.

Como consecuencia de todo ello, el Gobierno central acoge todas las indicaciones del Consejo; suprime el coste estándar, asigna el informe sobre duplicidades a la administración competente por razón de la materia y el de sostenibilidad a la titular de la tutela financiera. Ahora bien, como decíamos más arriba, no cuestiona el fondo del asunto: ni la noción de competencia impropia (el cambio es meramente nominal, competencias distintas de las propias) ni los necesarios y, ahora, vinculantes informes autonómicos. Por tanto, el listado del artículo 25.2 constituye un máximo y las materias no contempladas que fueran de competencia autonómica, solo podrán serlo de competencia municipal a condición de cumplir los requerimientos de estabilidad y sostenibilidad.

Por tanto, el cambio más sustantivo provocado por el Dictamen del Consejo de Estado es la supresión del coste estándar; las competencias impropias, pese a su nueva paráfrasis, continúan teniendo relevancia jurídica y el concepto de ejecución simultáneo permite su mejor distinción con respecto al de complementariedad. No se trata de subestimar los efectos pero las imposiciones establecidas por el legislador estatal sobre los autonómicos quedan justificadas: fuera de la enumeración del artículo 25.2, el legislador sectorial no podrá atribuir competencias a los municipios. Teniendo en cuenta que el listado presenta más cercanía a una enumeración de competencias que a uno de materias, el margen de maniobra para el correspondiente legislador autonómico disminuye, una disminución que se acentúa al exigir la *determinación de la competencia municipal* para evitar la ejecución simultánea del mismo servicio por otra administración tal como se prevé en el apartado 5 del artículo 25.

4. EL CONTENIDO ARMONIZADOR DE LA LEY. LAS BASES ESTATALES NO OCUPAN EL ESPACIO CONSTITUCIONALMENTE RESERVADO AL LEGISLADOR AUTONÓMICO PERO LE IMPONEN, ENTRE LA PLURALIDAD DE EJERCICIOS DE SUS COMPETENCIAS, UNO DETERMINADO

A juicio del Consejo de Estado, la reforma de las bases limita su recorrido a rebajar el mínimo garantizado por la Constitución a la autonomía municipal, una decisión sin tacha de constitucionalidad porque, pese a la reducción, el municipio resulta reconocible como institución. Sin embargo, el reproche de constitucionalidad no se limita al menoscabo operado sobre la autonomía municipal, la repercusión más negativa la experimenta el legislador autonómico e, indirectamente, el propio municipio. En la medida que el listado del artículo 25.2 constituye una enumeración exhaustiva y cerrada, un auténtico techo (máximo) en lugar de un suelo (mínimo), el legislador estatal define la competencia autonómica en positivo, imponiéndole uno de los posibles ejercicios: en un importante elenco de materias (servicios sociales, educación y sanidad) no podrá atribuir competencias propias a los municipios y en las fijadas en el artículo 25.2 deberá hacerlo conforme a criterios extraordinariamente restrictivos.

El resultado final es evidente: el legislador básico reduce la autonomía municipal (en principio ninguna tacha de constitucionalidad cabe oponer a ello) pero impide a los legisladores sectoriales autonómicos que eleven el mínimo, en primer lugar circunscribiendo las competencias propias al listado del apartado 2 del artículo 25 y, en segundo lugar, obligando a la elaboración de una memoria económica sobre el impacto económico de la atribución y a la precisión en la función y la especificidad en la materia a la hora de atribuir las competencias a los municipios, una operación, como se señalaba antes, casi imposible a la vista del detalle del listado. Hay un dato relevante a tener en cuenta que culmina las condiciones exigidas por el legislador estatal: obligando a la delimitación precisa con el fin de evitar duplicidad o ejecución simultánea del mismo servicio por otra administración, el legislador autonómico pierde la opción para delimitar en negativo la competencia municipal, deberá hacerlo en positivo hasta el punto que la pormenorización de la competencia municipal acabe privando de autonomía al municipio en la medida que se verá obligado a aplicar o ejecutar las leyes autonómicas, en lugar de a desarrollarlas en una relación normativa afín a la mantenida entre bases estatales y legislación autonómica de desarrollo. Este sería, a nuestro juicio, el riesgo alojado en el apartado 5 del artículo 25.

Desde nuestro punto de vista, el procedimiento adoptado por el legislador estatal excede su condición de legislador básico, ya que con el título competencial de las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas no tiene habilitación constitucional para delimitar en positivo las competencias autonómicas; quizás pudiera calificarse como exceso de las bases el detalle del listado del artículo 25.2, pues más que materias y funciones genéricas, ofrece precisión en ambos ámbitos; pero parece claro que no hay desmesura de las bases al constreñir el ejercicio de las competencias autonómicas a uno de los múltiples ejercicios a su disposición; en este caso se evidencian las pretensiones armonizadoras de la ley, el legislador estatal no ocupa el espacio constitucionalmente reservado al autonómico sino que, invocando presuntas razones de interés general, garantía de eficiencia para evitar duplicidades y aseguramiento de la sostenibilidad, le obliga a un determinado ejercicio de una competencia que no resulta usurpada pero sí desnaturalizada.

5. UNA PREMISA FUNDAMENTAL PARA LA CABAL COMPRENSIÓN DE LA RACIONALIZACIÓN Y SOSTENIBILIDAD LOCAL: EL ESTADO FINANCIA PERO LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS FIJAN EL ALCANCE DE LAS COMPETENCIAS MUNICIPALES

La causa primera de estas pretensiones armonizadoras quizás haya de buscarse en un desajuste estructural de la inserción de los entes locales en el estado autonómico. A pesar del artículo 142 de la Constitución Española el Tribunal Constitucional ha erigido en garante de la suficiencia financiera al Estado. Y ante esta situación, las comunidades autónomas se han apresurado a proclamar que no tienen la obligación de financiar a municipios y provincias y, sutilmente, han recurrido al término “colaboración”, normalmente articulada mediante recursos afectados en forma de subvenciones (*ver estatutos reformados, catalán y andaluz*). La patología institucional de hacer al Estado el *financiador* surge del desfase entre financiación local y competencias locales porque el nivel competencial de los municipios depende, en última instancia, de las comunidades autónomas. La finalidad fundamental de los principios de racionalización y sostenibilidad es acomparar recursos económicos y ejercicio de competencias para deshacer la anomalía denunciada por el municipalismo: *competencias impropias* y *gastos de suplencia*. La reforma local adopta un tono armonizador para imprimir coherencia a competencias y financiación. Este era el sentido de fijar por decreto el coste estándar para la prestación de servicios. Descartado este medio tras los reparos del Consejo de Estado, permanece, no obstante, el propósito de jerarquizar el ejercicio de las competencias municipales dando prioridad a las competencias propias y a los servicios obligatorios, asegurando que las competencias delegadas y los convenios sólo serán efectivos si prevén los recursos correspondientes y, finalmente, sometiendo las competencias distintas de las propias y las atribuidas por delegación, a unos requisitos severamente restrictivos.

El profesor Velasco Caballero no aprecia inconstitucionalidad en un orden de prelación para el ejercicio de las competencias municipales¹⁵, ya que a su juicio estaría amparado por el título competencial que permite al estado, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 214/89) establecer el régimen jurídico del sistema competencial.

La duda que entendemos que surge de esta posición no es tanto si la elasticidad infinita de la garantía institucional autoriza este orden de prelación, la afectación más directa la soporta el legislador autonómico obligado al reconocimiento de competencias municipales siguiendo un restrictivo procedimiento impuesto por el estado para el ejercicio de una competencia de su exclusiva titularidad. Que el Legislador Sectorial deba delimitar en positivo mediante habilitación la competencia municipal y tenga prohibida su delimitación en negativo, como hemos tenido ocasión de exponer antes, se halla más cerca de la armonización, teniendo en cuenta los fines de estabilidad y sostenibilidad que se quieren alcanzar, que de concretar en esta materia el régimen jurídico de las administraciones públicas.

Es más, abonaría nuestra opinión, como veremos más adelante, el hecho de que el artificio está resultando fallido con la normativa autonómica de desarrollo, toda vez que el Legislador Estatal no dispone de las competencias autonómicas, ni las relativas a régimen local ni las sectoriales de atribución de competencias a los municipios.

6. COMPETENCIAS IMPROPIAS, COMPETENCIAS COMPLEMENTARIAS Y CLÁUSULA GENERAL DE COMPETENCIA

Con elogiado rigor analítico, el profesor Velasco señala que la inadecuada distinción entre competencias propias o impropias (o distintas de las propias) en la LRSAL, encubre otra igualmente injustificable: entre competencias específicas y competencias genéricas, entre las que, a su vez, la LRSAL establece la jerarquía en su ejercicio dando prioridad a las primeras sobre las segundas.

Y como ha apuntado el profesor Díaz Lema “*cualquier indeterminación competencial constituye un elemento extraño en la perspectiva contable del texto*”¹⁶. Este fue el motivo, al parecer, para la supresión del artículo 28 que legitimaba al municipio para el ejercicio de competencias complementarias y la modificación a la baja de la cláusula general de competencias del artículo 25.1. Díaz Lema resalta la dimensión *contable* del entonces anteproyecto, perfectamente apreciable en la Ley finalmente aprobada, a la búsqueda del ajuste estricto entre ingresos y gastos.

Dicho de otra forma, irónicamente, las bases estatales, aparentemente, satisfacen las quejas municipalistas de competencias impropias y gastos de suplencia, ya que a partir de la entrada en vigor de la LRSAL, contarán con financiación para el ejercicio de sus competencias, claro está a costa de limitar radicalmente las competencias municipales, hasta el punto que el apartado 1 del artículo 25 deja de dar cobertura al municipio descubridor de competencias y limita su alcance jurídico a una declaración de capacidad jurídica circunscribiendo sus efectos al listado del apartado 2 del mismo artículo. Este decisivo cambio veta la iniciativa municipal para el ejercicio de una competencia de no contar con habilitación legal o recibir doble informe favorable de la comunidad autónoma sobre inexistencia de ejecución simultánea y garantía de sostenibilidad.

Por tanto, la interpretación que la cláusula había recibido por parte del profesor Carro Fernández-Valmayor¹⁷ (y del Tribunal Supremo e incluso del Tribunal Constitucional) queda desactivada: en ausencia de ley sectorial no cabe competencia municipal en las materias del artículo 25.2, no hay, pues, *vis expansiva* de la cláusula general indistinguible ahora de la genérica capacidad de obrar recogida en el artículo 5 de la LRRL y la expresión en el ámbito de sus competencias no resulta superflua ni contradictoria sino coherente con la dicción literal del nuevo precepto:

El Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover actividades y prestar los servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal en los términos previstos en este artículo.

De manera gráfica podría afirmarse a la luz del tenor literal de este precepto, que los municipios ven afectada sensiblemente la incondicionalidad de sus recursos ya que cada competencia cuenta con la financiación precisa para su ejercicio.

7. MEDIOS PARA AJUSTAR EL DESAJUSTE ENTRE INGRESOS Y GASTOS DE LOS ENTES LOCALES

Para alcanzar estos objetivos *contables* resumidos, por cierto, en el lema “*una administración, una competencia*”, la LRSAL procede a definir las competencias municipales en términos análogos a los servicios

15 Vid., in extenso, VELASCO CABALLERO, F., (2014). (13).

16 DÍAZ LEMA, J.M., (2013). (3).

17 CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L., (1999/2000). (2).

obligatorios; teniendo en cuenta que el listado de materias del artículo 25.2 y el de servicios obligatorios del artículo 26.2 presenta sustanciales coincidencias, el Legislador Estatal intenta ajustar la financiación a las competencias reconocidas en la Ley y exige que cualquier ampliación o concreción competencial corra a cargo del Legislador Sectorial correspondiente.

La intención resulta tan determinada que el apartado 4 del artículo 25 ha recibido una taxativa interpretación, bien para considerarla adecuada, bien para mostrar su inadecuación. El precepto contempla la existencia de una memoria económica que refleje el impacto de la competencia atribuida sobre los recursos económicos de las administraciones públicas afectadas y obliga a la previsión de la dotación económica necesaria para asegurar la suficiencia de las entidades locales.

Y el párrafo final del referido precepto contiene los motivos de la polémica: “*en ningún caso puede conllevar un mayor gasto de las Administraciones Públicas*”.

El profesor Díaz Lema lo interpreta como un principio que debe ponderar la viabilidad de otro, el de descentralización, de tal manera que si la asignación diferenciada de competencias a los municipios provocara un coste más elevado que su ejercicio centralizado (normalmente autonómico), el Legislador Sectorial tendría prohibido asignar la competencia. El principio de sostenibilidad financiera primaría sobre el de descentralización y proximidad.

En cambio, frente a esa interpretación, hay otras que defienden lo contrario, destacando entre todas ellas la del Gabinete Jurídico de los Servicios Centrales de la Junta de Andalucía, que considera inconstitucional¹⁸ subordinar el núcleo esencial, identificador del municipio, al mayor o menor gasto que implique el desarrollo de una determinada competencia.

Dicho de otra forma: condicionar la asignación de una competencia específica a su impacto económico puntual desvinculado del conjunto de las haciendas de las administraciones involucradas –municipal y autonómica, fundamentalmente- supone erigir injustificadamente el coste económico en criterio decisivo para el reparto competencial entre niveles de gobierno y, por tanto, el artículo 25.4 incurriría en inconstitucionalidad.

El Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía estima, sin embargo, que la inconstitucionalidad hallaría fundamento en la lesión provocada contra la autonomía local orillando, a nuestro juicio, el efecto más directo: la limitación del ejercicio de una competencia autonómica, o más claramente, el veto a un determinado ejercicio. Curiosamente el escrito de los Servicios Centrales del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía continúa con la argumentación en contra del carácter armonizador de la Ley cuando, como hemos tratado de razonar con anterioridad, el primer afectado negativamente por el precepto es el legislador sectorial autonómico, el Legislador Sectorial estatal no se halla vinculado por la legislación básica, como así lo dejó establecido la STC 240/2006, donde se niega función constitucional a la LRBRL y se descarta su inclusión en el bloque de constitucionalidad.

Las aspiraciones armonizadoras de la Ley expresadas gráficamente en el lema, “*una administración, una competencia*”, confieren plena coherencia a los apartados 2, 4 y 5 del artículo 25. El Estado define con detalle las competencias y dificulta al legislador autonómico su concreción o ampliación, bien mediante una memoria económica que demuestre coste menor para que la descentralización permita la sostenibilidad, bien exigiéndole precisión en la estructura de la competencia (precisión en las funciones y especificidad en la materia) para evitar la duplicidad.

8. LA INTERPRETACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS COMPETENCIAS DISTINTAS DE LAS PROPIAS EN LA LEY. RETROACTIVIDAD O IRRETROACTIVIDAD EN LA LRSAL

Las objeciones planteadas por el Consejo de Estado obligaron al Gobierno a modificaciones importantes en el Anteproyecto de Ley pero, una vez introducidos dichos cambios, no queda despejada una duda fundamental: ¿Pueden las comunidades autónomas una vez suprimida la disposición transitoria novena atribuir competencias a los municipios en materias distintas a las enumeradas en el artículo 25.2? Tal como en esta disposición se preveía e interpretó en su dictamen el Consejo de Estado, la promulgación de la Ley ¿convierte las competencias propias hasta entonces ejercidas por los municipios en impropias si salen fuera del listado contenido en el artículo 25.2? Los interrogantes plantean un tema fundamental: la retroactividad o irretroactividad de la Ley.

Antes de abordar este decisivo aspecto, conviene reparar en la posición de la Federación Española de Municipios y Provincias (en adelante, también, la “FEMP”) y su interpretación del artículo 25.2.

¹⁸ En el Recurso de Inconstitucionalidad interpuesto por la Junta de Andalucía frente a la LRSAL.

La FEMP, en sus Alegaciones presentadas al Anteproyecto de Ley¹⁹, coincide con el Consejo de Estado en el carácter tasado de la enumeración (contenida en) del artículo 25.2. Pese a la dificultad para entender su argumentación desde un punto de vista jurídico, puede resultar políticamente comprensible; las comunidades autónomas se han mostrado extraordinariamente renuentes a reconocer competencias plenas y enteras a los municipios, un análisis de las competencias municipales atribuidas por las comunidades autónomas revela un evidente déficit de calidad cuando no caen en la habitual remisión diabólica a la LRBR que, a su vez, remite al correspondiente legislador sectorial. De ahí que los municipios hayan buscado la protección del Estado frente a las Comunidades Autónomas, e incluso el Tribunal Constitucional justificó el contenido de las bases estatales para no dejar a la libre decisión de cada comunidad autónoma la determinación de las competencias municipales (STC 214/89).

Sin embargo la LRSAL da un giro a la premisa: el Estado rebaja el mínimo de la autonomía municipal e impide o dificulta a las comunidades autónomas que lo amplíen. La FEMP, no obstante, conserva el subconsciente político anterior a la reforma de la ley, y considera que una ampliación de competencias sin la financiación pertinente condena a los municipios a las competencias impropias y los gastos de suplencia. Durante la tramitación parlamentaria de la Ley, la Federación solicitó la supresión de una enmienda que proponía la inclusión de un apartado 6 en el artículo 25 para aclarar equívocos, una vez descartada la disposición transitoria novena del Anteproyecto, sobre el carácter cerrado (máximo) o abierto (mínimo) del listado recogido en el apartado 2 del artículo 25. El precepto que se quería añadir como apartado seis en el texto aprobado por la Comisión el 7 de noviembre decía lo siguiente:

Cuando, por Ley, las Comunidades Autónomas en sus respectivos ámbitos competenciales atribuyan a los municipios competencias propias en materias distintas a las previstas en el apartado 2 del presente artículo, deberán tener en cuenta los criterios señalados en los apartados 3, 4 y 5 anteriores.

La FEMP pedía su supresión porque suponía un cambio radical en el sentido de la Ley, pues las comunidades autónomas legitimarían la práctica de las competencias impropias. La representación municipal y provincial parece entender que las competencias municipales propias se limitan a las enumeradas en el artículo 25.2, al afirmar en sus Alegaciones lo siguiente:

Este párrafo modifica el eje central de la Ley en cuanto al sistema de atribución de competencias, ya que deja la puerta abierta a que las CC.AA puedan atribuir como propias a las EELL distintas de las referidas en el Artículo 25.2 (...). La introducción de este apartado 6 supone dar carta de naturaleza, nuevamente en el Régimen Local, a las competencias impropias. Permitiría que los municipios tuvieran que atender competencias autonómicas que las Comunidades Autónomas les encomendaran, y además sin financiación para ello, sin un lazo mínimo y sin la garantía regulada en esta Ley.

Ha sido justamente el éxito de la propuesta de la FEMP y la desaparición del apartado 6 lo que ha llevado a algún autor, destacando el profesor Medina Guerrero²⁰, a mantener el criterio interpretativo del listado como un máximo fuera del cual no cabe asignación autonómica de competencia a los municipios.

Sin embargo y pese a la inevitable polémica, otras interpretaciones han justificado la legitimación del Legislador Sectorial autonómico para atribuir competencias municipales. Así, el profesor Velasco Caballero la fundamenta en varias razones. La primera, una lectura conforme al bloque de constitucionalidad y a la jurisprudencia constitucional; la segunda por (ante) la imposibilidad de otorgar un significado distinto al mismo concepto de competencia propia; la Ley reconoce a Navarra competencia para asignar a los municipios competencias propias. La primera razón lleva al profesor Velasco a recordar la evidencia de un listado de materias, no de competencias y a señalar, oportunamente, que el legislador básico, al disminuir el listado, no reduce el elenco de competencias municipales. Cuando este es su propósito, como en el caso de los servicios sociales, aunque con técnica legislativa deficiente y virtualmente inconstitucional, lo prevé en una disposición transitoria.

Por su parte, el profesor Jiménez Asensio, emplea también una doble argumentación para sostener el carácter irretroactivo de la Ley²¹. En primer lugar, al igual que el profesor Velasco, el bloque de constitucionalidad impide al estado ocupar el espacio constitucionalmente reservado a las comunidades autónomas; en segundo lugar, si la entrada en vigor de la ley supusiera (implicara) que las competencias propias de los municipios redujeran su número a las acotadas en el artículo 25.2, nos encontraríamos, a su entender, no ante una reforma, por importante

19 Vid., FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE MUNICIPIOS Y PROVINCIAS (2013). (4).

20 Vid., MEDINA GUERRERO, M., (2014). (8).

21 Vid., JIMÉNEZ ASENSIO, R., (2014). (7).

que sea, de la LRBRL, sino frente a su derogación implícita. Añade, por último, que no tendría fundamento el agravio de limitar las competencias municipales, cuando los representantes municipales se hallan legitimados por sufragio directo, en comparación a las diputaciones provinciales, con legitimidad indirecta, para las que la Ley no contempla limitación alguna para el Legislador Sectorial en la atribución de competencias.

Este autor dedica atención singular al concepto de competencia impropia tomando en consideración si la calificación deben recibirla las nuevas competencias distintas de las propias o delegadas que un municipio pretenda ejercer una vez promulgada la ley o, si por el contrario, la promulgación obliga a revisar las impropias ejercidas hasta entonces y solicitar los informes vinculantes de inexistencia de duplicidad y garantía de sostenibilidad que permitan su ejercicio. En sentido análogo a la interpretación formulada para ver si el listado del artículo 25.2 permitía atribuir competencias propias a los municipios por parte de las comunidades autónomas, al FEMP, también en este caso, dada su similitud, considera sobrevenida la impropiedad de determinadas competencias, por ejemplo, las ejercidas al acaparo de la cláusula general del artículo 25.1 o las complementarias del artículo 28. Así, el profesor Jiménez Asensio recuerda que, a diferencia del reconocimiento implícito de competencias propias municipales en materias no recogidas en el artículo 25.2, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas sí considera la necesidad de solicitar informes para las competencias distintas de las propias o delegadas. El problema que se plantea es la aplicación retroactiva del artículo 7.4. Esta posibilidad, a juicio del referido autor, encuentra una dificultad derivada de la alusión al ejercicio de nuevas competencias, lo que supondría que las hasta ese momento ejercidas quedarían liberadas de la obligación de solicitud de informes autonómicos para su ejercicio; como en el caso del listado previsto en el artículo 25.2, la promulgación de una ley que modifica la anterior no permite desconocer los títulos competenciales que legitimaban el ejercicio de estas competencias pues, según el sistema de fuentes del Derecho, las leyes, salvo que haya excepción expresa y conforme al artículo 2.3 del Título Preliminar del Código Civil (*“Las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario”*), se aplican a partir de la entrada en vigor de la Ley, es decir se aplican *“pro futuro”*. Como nada dice la Ley sobre su aplicación pretérita ha de concluirse afirmando su carácter irretroactivo. Manifestación de esta aplicación pro futuro es la necesidad de suprimir las competencias impropias al elaborar un plan económico-financiero.

Pese a estos fundamentos jurídicos, el profesor Jiménez Asensio recomienda la promulgación de normativa autonómica que aclare el significado de competencia impropia y la necesidad de solicitud de expediente, tarea que ya han iniciado (a la fecha de cierre de estas líneas) cuatro comunidades autónomas en España, como veremos a continuación.

9. NORMATIVA AUTONÓMICA DE BLINDAJE DE COMPETENCIAS MUNICIPALES FRENTE A LA LRSAL.

Tal y como recomienda el profesor Jiménez Asensio, y ante la gran incertidumbre provocada por la LRSAL, a la fecha de cierre de estas líneas, cuatro comunidades autónomas han aprobado diferentes normas (Ley, Decreto-Ley, incluso Circular) con el fin de precisar y aclarar algunos de los temas para los que la Ley no ofrece una interpretación clara o una aplicación inequívoca.

El denominador común de esta normativa autonómica es tratar de desactivar el propósito de la LRSAL: sólo serán competencias municipales impropias las que, una vez promulgada la ley, no cuenten con habilitación del Legislador Sectorial correspondiente; en lo relativo a Servicios Sociales, Sanidad y Educación la calificación de esas competencias queda condicionada a la modificación de la financiación autonómica.

Como advertiera en su día el profesor Muñoz Machado:

El legislador estatal no tiene el dominio de las competencias ni autonómicas ni locales. Por tanto, no puede imponer una regla que está inspirada en la idea de evitar entrecruzamientos de competencias... en el marco constitucional en el que nos movemos y considerando la jurisprudencia constitucional referida, el carácter exclusivo o no de las competencias provinciales, municipales o de las comunidades autónomas no depende de decisiones del legislador estatal²².

En efecto, el pretendido (por el Legislador Estatal) efecto armonizador de la LRSAL y su intención de conseguir la finalidad de *“una Administración, una competencia”*, objetivos ambos más que loables en un principio, se le han vuelto en contra al Legislador Estatal, ya que el efecto provocado por la entrada en vigor de la LRSAL en algunas comunidades autónomas ha sido justamente el contrario, al haberse aprobado 4 normas de diverso rango, que son las siguientes:

- **CIRCULAR** de 11 de marzo de 2014, de la Directora de Relaciones con las Administraciones Locales y Registros Administrativos del País Vasco, referente al sistema de ordenación de las competencias municipales y al

22 Vid., MUÑOZ MACHADO, S., (2014). (10).

régimen foral vasco, tras la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local.

- **DECRETO-LEY 1/2014**, de 27 de marzo, de medidas urgentes para la garantía y continuidad de los servicios públicos en Castilla y León, derivado de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.
- **DECRETO-LEY 7/2014**, de 20 de mayo, de la Junta de Andalucía, por el que se establecen medidas urgentes para la aplicación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.
- **LEY** Gallega de medidas urgentes derivadas de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, aprobada por el Parlamento de Galicia el 27 de mayo de 2014.

De esta forma, se constata que la LRSAL, además de provocar un efecto completamente contrario al inicialmente previsto de unificación de criterios en todos los territorios, ha dado lugar a un hecho insólito hasta la fecha en nuestro ordenamiento jurídico, como es el que el Legislador Sectorial (en este caso, autonómico, y de diverso signo político), para la correcta aplicación de la Normativa Básica (la LRSAL) esté aprobando normativa, no de desarrollo (que sería lo normal y habitual), sino de “aclaración” o “interpretación” de algunas cuestiones polémicas o no suficientemente claras en la Ley Básica. Y además, y como es lógico, lo está haciendo “con carácter urgente”, dado que se trata de cuestiones que no pueden esperar a la tramitación ordinaria de la referida normativa.

A este respecto, conviene tener muy presente lo que ha señalado nuestro Tribunal Constitucional en diversas ocasiones, en relación con los conceptos de legislación básica del Estado y de legislación autonómica complementaria o de desarrollo.

Afirma nuestro Tribunal Constitucional (entre otras, en la STC 102/1995, de 26 junio, RTC 1995\102), lo siguiente:

Lo básico consiste en el común denominador normativo para todos en un sector determinado... Lo básico, como propio de la competencia estatal, cumple una función de ordenación mediante mínimos que han de respetarse en todo caso, pero que pueden permitir que las Comunidades Autónomas con competencias en la materia establezcan niveles de protección más altos, como se dijo en la STC 170/1989.

El recíproco engranaje de la competencia estatal y de las autonómicas en la materia, visto así, lleva a la convicción de que lo básico tiene aquí simultáneamente carácter mínimo, como patrón indispensable para la protección del medio ambiente, fuera de cuyo núcleo entran en juego las normas que lo complementan y lo desarrollan, con la ejecución, sin fisura alguna de ese entero grupo normativo. Se trata pues, de una estratificación de la materia por niveles, donde el estatal ha de ser suficiente y homogéneo, pero mejorable para adaptarlo a las circunstancias de cada Comunidad Autónoma.

Por tanto, en el caso que nos ocupa podríamos hablar de una situación más que “anómala”, donde entiende el Legislador Sectorial (Autonómico), que la normativa básica aprobada no es suficiente ni homogénea, por lo que en lugar de aprobar su normativa para mejorar y adaptar la Ley Básica a sus propias circunstancias, está aprobando una normativa para aclarar algunos de los términos de la misma y, en último término, para blindarse en su territorio de la aplicación de los mismos.

Este hecho, insólito hasta la fecha en nuestro ordenamiento jurídico, está dando lugar a otro también bastante curioso, como es el diferente rango normativo escogido para cumplir con esa finalidad por las cuatro comunidades autónomas: una Circular en el País Vasco, un Decreto-Ley en Castilla y León y Andalucía, y una Ley en Galicia.

En todo caso, y a nuestro entender, se puede afirmar que esta normativa autonómica aprobada hasta la fecha reviste un carácter más reglamentario que legislativo pese a que la lectura autonómica suponga un cambio radical en las aspiraciones del legislador estatal. Esto, claro está, es toda una paradoja también difícil de explicar y comprender.

De las cuatro normas autonómicas, la que nos parece más completa y desarrollada es la andaluza, esto es, el Decreto-Ley 7/2014, de 20 de mayo, de la Junta de Andalucía, por el que se establecen medidas urgentes para la aplicación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, de la que nos parecen dignos de mención los siguientes aspectos.

En primer lugar, hay que partir de la base de que la intención última del Gobierno de la Junta de Andalucía con la aprobación de esta normativa es, en palabras de su Vicepresidente (y a la sazón, Consejero de Administración Local), “blindar las competencias de los ayuntamientos andaluces frente a la reforma de la Administración local” operada por la LRSAL, “de tal modo que se salvaguarde el amplio autogobierno que la legislación autonómica garantiza a los municipios, frente a la recentralización planteada por el Estado”.

Más en concreto, el objetivo perseguido por el ejecutivo andaluz es el de blindar las competencias municipales previstas en las conocidas como “leyes locales andaluzas”. Y es que, como ya tuvimos ocasión de poner de manifiesto en su momento²³, con la aprobación de las conocidas como “Leyes Locales en Andalucía” (la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local para Andalucía²⁴ (en adelante, la “LAULA”) y la Ley 6/2010, de 11 de junio, reguladora de la Participación de las Entidades Locales en los tributos de la Comunidad Autónoma de Andalucía²⁵ (en adelante, la “PICA”), Andalucía se colocó ya en el año 2010 a la vanguardia de España en desarrollo del nuevo régimen local, al no existir hasta la fecha ninguna otra comunidad autónoma que hubiese abordado con tanta decisión y de forma tan ambiciosa la definición de un nuevo marco legal para sus entidades locales, mejorando la hacienda de los mismos a través de un fondo de nivelación incondicionado, que les ha permitido además priorizar sus políticas.

Como bases jurídicas, el Decreto-Ley andaluz parte de la previsión del artículo 60 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, que otorga a la comunidad competencias exclusivas sobre régimen local; la doctrina consolidada del TC, que encomienda a la legislación básica estatal la garantía de la autonomía local, y la propia Disposición Adicional Tercera de la LRSAL, que hace referencia expresa al respeto a las atribuciones exclusivas de las comunidades autónomas. Este último precepto ha marcado también la interpretación de la aplicación de la reforma local en las otras normas aprobadas recientemente en Castilla y León, Galicia y el País Vasco.

En cuanto a la consideración de las competencias propias, el Decreto-Ley andaluz establece que siguen siendo competencias propias de los ayuntamientos las 29 que recoge el Estatuto andaluz y desarrolla la LAULA.

Por otra parte, interpreta la aplicación de la reforma local en el sentido de acotar al máximo el concepto de duplicidad para no interferir en la capacidad de autogobierno. De este modo, se considera que sólo se dará esta circunstancia si las competencias que los municipios ejercen coinciden con las de la Junta de Andalucía en el mismo territorio y para la misma población, y si no son complementarias. El informe sobre inexistencia de duplicidades o de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra administración, lo emitirá la consejería competente en la materia de que se trate. Si es favorable, se remitirá a la Consejería de Hacienda y Administración Pública, que a su vez elaborará el dictamen sobre sostenibilidad financiera. Por tanto, se establece una suerte de control de oportunidad para evaluar la ausencia de duplicidad a la hora de valorar si se trata de una nueva competencia o de la revisión de otra ejercida con anterioridad a la aprobación de la Ley. El artículo 3 enumera los criterios que la consejería competente valorará para constatar la existencia o no de ejecución simultánea del mismo servicio; basta reparar en el contenido de los tres apartados, las características del servicio o la actividad pública de que se trata, el alcance de las prestaciones que se generarán a favor de la ciudadanía y las condiciones para las políticas de fomento, para constatar la amplia discrecionalidad de la comunidad autónoma a la hora de apreciar la concurrencia de duplicidad.

Además de lo anterior, el Decreto-Ley andaluz aclara las incertidumbres jurídicas que plantea la aplicación de la LRSAL y evita los vacíos competenciales que pueden producirse hasta el pronunciamiento del TC sobre el recurso de la Junta de Andalucía, especialmente en servicios sociales, sanidad y educación. En esta línea, se regula el procedimiento para el ejercicio de las competencias denominadas “impropias” o por delegación, así como el relativo a la adaptación de los convenios firmados entre las administraciones autonómica y local para la financiación de las mismas.

Los informes preceptivos en ambos procedimientos no serán necesarios si las competencias se vienen ejerciendo desde antes de la entrada en vigor de la reforma local aprobada por el Gobierno central, salvo que se detecte la ejecución simultánea de un mismo servicio público o el ayuntamiento no cuente con financiación.

En relación con ello, cabría resaltar como cuestiones más relevantes, en primer lugar, el destacado papel atribuido a la intervención municipal, que va en contra de la recomendación del Consejo de Estado en su Dictamen sobre el Anteproyecto de LRSAL. Es cierto que la decisión final corresponde a la comunidad autónoma, pero no cabe subestimar los tres informes requeridos al interventor²⁶.

23 Vid., NAVARRO RODRÍGUEZ, P., y MARTÍNEZ VIDAL, F., (2010). (12).

24 La Ley 13083/2010.

25 La Ley 13173/2010.

26 Sobre este tema, *vid.*, in extenso, FUEYO BROS, M., (2014). (5).

Por último, y como nota también a destacar, estaría la conveniencia de, a la vista de la definición legal del concepto de duplicidad (ejecución simultánea), la trascendencia jurídica sobre la relación de la nueva competencia con una anterior a la promulgación de la ley o como dice el Decreto-Ley andaluz sea meramente una ampliación o complemento de una ya ejercida. Motivos para calificar de control de oportunidad un informe tan poco propicio a su remisión a criterios de legalidad. En este sentido, debemos destacar que el profesor Velasco ha propuesto un criterio para distinguir entre la validez y aplicación de la LRSAL y la legislación autonómica, que ha sido el que ha guiado el decreto andaluz.

En todo caso, hay que tener en cuenta que a la fecha de cierre de estas líneas, el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas acaba de anunciar la convocatoria urgente de la Comisión mixta Gobierno-Junta de Andalucía, por lo que probablemente en la misma se aclaren algunas de las muchas dudas e incertidumbres que aún existen en cuanto a la aplicación de la LRSAL en Andalucía.

10. BIBLIOGRAFÍA

1. CARRILLO DONAIRE, J.A., Y NAVARRO RODRÍGUEZ, P., (COORDS.) (2014): *La Reforma del Régimen Jurídico de la Administración Local. El nuevo marco regulatorio a la luz de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*, La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid.
2. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L., (1999/2000): *La cláusula general de competencia municipal*. Anuario de Gobierno Local.
3. DÍAZ LEMA, J.M., (2012): *El Anteproyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local: ¿cambio de rumbo en la Administración local española?* Anuario de Gobierno Local.
4. FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE MUNICIPIOS Y PROVINCIAS (2013): *Alegaciones de la FEMP al Anteproyecto de Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*.
5. FUEYO BROS, M., (2014): «Fortalecimiento de la figura del interventor. Función interventora y control interno: el control evanescido», en *La Reforma del Régimen Jurídico de la Administración Local. El nuevo marco regulatorio a la luz de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*, J.A Carrillo Donaire y P. Navarro Rodríguez (Coords.), La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid.
6. GARCIA RUBIO, F., (2014): «La provincia como entidad local. Un análisis tras la Ley de Racionalización», *La reforma de 2013 del régimen local español*, J.A. Santamaría Pastor (Dir.), Fundación Democracia y Gobierno Local, pp. 195-303.
7. JIMÉNEZ ASENSIO, R., (2014): *Vademécum sobre la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: 100 cuestiones sobre su aplicación*. Federació de Municipis de Catalunya, Barcelona.
8. MEDINA GUERRERO, M., (2014): *La Reforma del Régimen Local*, Tirant Lo Blanch, Barcelona.
9. MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.), (2011): *Tratado de Derecho Municipal I*, 3ª ed., Iustel, Madrid.
—, (2013): «Ocho mil millones de euros de ahorro: la compleja reforma de la Administración Local; Círculo Cívico de Opinión, 22 de abril de 2013».
10. NAVARRO RODRÍGUEZ, P., (2007): «Las 50 primeras preguntas del Concejal», Estudio de Divulgación núm. 130, Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional (CEMCI), Granada.
—, Con MARTÍNEZ VIDAL, F., (2010): *Las 111 preguntas más frecuentes de los Concejales en Andalucía*, Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional (CEMCI), Granada.
11. VELASCO CABALLERO, F., (2014): «Títulos competenciales y garantía constitucional de autonomía local en la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local», *La reforma de 2013 del régimen local español*, J.A. Santamaría Pastor (Dir.), Fundación Democracia y Gobierno Local, pp. 75 a 136.
12. ZAFRA VÍCTOR, M., (2008): «Autonomía local: un pilar en la organización del Estado de las Autonomías», en ZAFRA VÍCTOR, M. (Coord.), *Relaciones institucionales entre Comunidades Autónomas y Gobiernos Locales*, IAAP, Sevilla.
—, (2013a): «Análisis y valoración del Anteproyecto de Ley para la racionalización y sostenibilidad de la Administración local», en SALVADOR CRESPO, M., ZAFRA VÍCTOR, M. y MEDINA GUERRERO, M., *Reforma de la Ley de Régimen Local*, Fundación Centro de Estudios Andaluces, Sevilla.
—, (2013b): «Esta reforma local empobrece la democracia», *Diario El País*, 1 de agosto de 2013.

—, (2014): «Análisis y valoración sobre la constitucionalidad de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local», en *La Reforma del Régimen Jurídico de la Administración Local. El nuevo marco regulatorio a la luz de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*, J.A Carrillo Donaire y P. Navarro Rodríguez (Coords.), La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid.

La nueva reforma de la Administración Local: principales cuestiones planteadas en el marco de su racionalización y sostenibilidad ¹

Juan Calvo Vérguez

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Extremadura
calvovergez@hotmail.com

Recibido: 17 de abril 2014
Aceptado: 20 de junio 2014

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto analizar el alcance de la reforma de la Administración local operada por la nueva Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, a través de la cual se persigue la consecución de los siguientes objetivos: clarificar las competencias municipales para evitar duplicidades con las competencias de otras Administraciones de forma que se haga efectivo el principio “una Administración una competencia”; racionalizar la estructura organizativa de la Administración local de acuerdo con los principios de eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera; garantizar un control financiero y presupuestario más riguroso y favorecer la iniciativa económica privada evitando intervenciones administrativas desproporcionadas.

Palabras clave

Administración Local, reforma, municipios, Comunidades Autónomas, simplificación, duplicidad, control financiero.

The New Local Government Reform: Key Issues Raised in the Context of Rationalization and Sustainability

Abstract

This paper aims to analyze the scope of the reform of Local Government operated by the new Law 27/2013, of 27 December, rationalization and sustainability of local government, through which the achievement of the pursued following objectives: to clarify municipal powers to avoid duplication with the powers of other authorities so as to make effective the principle “one Administration, one competition”; rationalize the organizational structure of the local authority in accordance with the principles of efficiency, stability and sustainability financial; ensure a more rigorous financial and budgetary control and encourage private economic initiative avoiding disproportionate administrative interventions.

Keywords

Local Government, reform, municipalities, Autonomous Regions, simplification, duplicity, financial control.

¹ El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación “LA COORDINACIÓN FISCAL DESDE LA PERSPECTIVA DEL ORDENAMIENTO DE RÉGIMEN COMÚN” (DER2012-39342-Co3-03) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y cuyo Investigador Principal es el Prof. Dr. D. Juan Calvo Vérguez.

SUMARIO

I. CONSIDERACIONES GENERALES. II. ALCANCE DE LA NUEVA DELIMITACIÓN COMPETENCIAL. III. EL PRETENDIDO REFORZAMIENTO DEL PAPEL DE LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES. IV. MEDIDAS DESTINADAS A FOMENTAR LA FUSIÓN VOLUNTARIA DE MUNICIPIOS. V. LA PROHIBICIÓN DE PARTICIPACIÓN O DE CONSTITUCIÓN DE ENTIDADES INSTRUMENTALES POR LAS ENTIDADES LOCALES CUANDO ESTÉN SUJETAS A UN PLAN ECONÓMICO-FINANCIERO O A UN PLAN DE AJUSTE. VI. ALCANCE DEL CONJUNTO DE MEDIDAS DESTINADAS A LA RACIONALIZACIÓN ORGANIZATIVA E INTEGRACIÓN COORDINADA DE SERVICIOS. VII. EL REFORZAMIENTO DEL PAPEL DE LA FUNCIÓN INTERVENTORA EN LOS MUNICIPIOS. VIII. EL RÉGIMEN DE LOS FUNCIONARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL Y SUS LÍMITES RETRIBUTIVOS. IX. OTRAS REFORMAS DE INTERÉS. X. REFLEXIONES FINALES.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Con fecha 30 de diciembre de 2013 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, después de casi diez meses de tramitación, ya que fue el 15 de febrero de 2013 cuando el Consejo de Ministros aprobó el Proyecto de Ley presentado inicialmente.

Con carácter general a través de la citada reforma se pretende ahorrar un total de 3.500 millones de euros, evitando duplicidades y clarificando las competencias de los Ayuntamientos. Asimismo se fija la competencia exclusiva e íntegra de la sanidad, la educación y los servicios sociales en las Comunidades Autónomas (CC.AA.) al objeto de desligarlas con una mayor precisión de las competencias locales.

Ya en su día la denominada Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA), creada mediante Acuerdo de Consejo de Ministros de 26 de octubre de 2012, comenzó a desarrollar una intensa labor de revisión integral de la Administración Pública destinada a conseguir una mejora en la eficacia y eficiencia de la actividad pública. En el seno de la CORA se han venido analizando e identificando aquellas actividades de gestión que, por ser similares o de la misma naturaleza, puedan desempeñarse dentro del ámbito de las distintas Administraciones Públicas de forma unificada o coordinada, aprovechando así, en mayor medida, los medios públicos. En esta misma línea se estimó prioritario impulsar y extender los sistemas de compras centralizadas para el aprovisionamiento del Sector público, con la finalidad de mejorar los procesos de contratación, racionalizar su gestión y, en última instancia, obtener ahorros.

Por su parte la Disposición Final Quinta 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, modificó el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, estableciendo un nuevo régimen de competencias para la contratación centralizada². Asimismo la citada reforma se orientó hacia la centralización de los créditos de los expedientes que vayan a ser objeto de contratación centralizada, con la finalidad de permitir una mejor expresión de los ahorros obtenidos y simplificar la gestión presupuestaria. En este sentido dentro del conjunto de medidas propuestas por la CORA cabe destacar la relativa a la coordinación e integración del inventario de entes del Sector público estatal y de los sectores autonómico y local en un solo Inventario de Entes del Sector Público, con el objeto de incrementar y perfeccionar la información disponible y mejorar su ordenación y tratamiento.

El Proyecto de Ley de reforma de la Administración Local fue objeto además de un informe elaborado por la Comisión Nacional de la Competencia en el que se ponía de manifiesto la conveniencia de que las Entidades Locales optasen por fórmulas de gestión indirecta que permitan la prestación privada en servicios respecto de los cuales existe en la actualidad una reserva legal de actividad para los ayuntamientos tales como el abastecimiento domiciliario y depuración de aguas, la recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos o el transporte público de viajeros.

² De cara al cumplimiento de dicha labor de forma eficaz, decidida y generalizada, mediante la aprobación del Real Decreto 696/2013, de 20 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 256/2012, de 27 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, se creó la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación, cuya misión fundamental se concreta en el impulso, la gestión y el seguimiento de la contratación centralizada en el ámbito del Sector Público Estatal. Con carácter adicional el citado Real Decreto introdujo un conjunto de modificaciones en la estructura orgánica del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas destinadas a clarificar las competencias de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local, siendo encomendadas a esta última nuevos cometidos tales como la instrumentación y seguimiento de los mecanismos de financiación habilitados por la Administración General del Estado para las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, así como de los planes de ajuste acordados en este ámbito y la iniciación e instrucción de los procedimientos para la determinación y repercusión de las responsabilidades por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

Como seguramente se recordará la reforma del art. 135 de la Constitución española, en su redacción otorgada en 2011, consagró la estabilidad presupuestaria como principio rector que debe presidir las actuaciones de todas las Administraciones Públicas. En desarrollo de este precepto constitucional se aprobó la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, que exige nuevas adaptaciones de la normativa básica en materia de Administración local para la adecuada aplicación de los principios de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera o eficiencia en el uso de los recursos públicos locales.

Pues bien a tal efecto resultaba necesario adaptar determinados aspectos de la organización y funcionamiento de la Administración local así como mejorar su control económico-financiero. Y, transcurridos casi treinta años desde la entrada en vigor de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), y con más de una veintena de modificaciones de su texto original, a través de la nueva Ley 27/2013 se somete a una revisión profunda el conjunto de disposiciones relativas al completo estatuto jurídico de la Administración local.

La Ley 27/2013, de 27 de diciembre, persigue la consecución de los siguientes objetivos básicos: clarificar las competencias municipales para evitar duplicidades con las competencias de otras Administraciones de forma que se haga efectivo el principio “una Administración una competencia”; racionalizar la estructura organizativa de la Administración local de acuerdo con los principios de eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera; garantizar un control financiero y presupuestario más riguroso y favorecer la iniciativa económica privada evitando intervenciones administrativas desproporcionadas.

En relación con el primero de los objetivos indicados con anterioridad, el relativo a la necesidad de clarificar las competencias locales y de avanzar en la correcta aplicación del principio “una Administración una competencia”, se trata de evitar los problemas de solapamientos competenciales entre Administraciones hasta ahora existentes. A este respecto se ha de tener presente que la LBRL diseñó un modelo competencial que dio lugar al surgimiento de disfuncionalidades, generando en ocasiones situaciones de concurrencia competencial entre varias Administraciones Públicas, duplicidad en la prestación de servicios, y provocando que, en numerosas ocasiones, los Ayuntamientos presten servicios sin un título competencial específico que les habilite y sin contar con los recursos adecuados para ello, dando lugar así al ejercicio de competencias que no tienen legalmente atribuidas ni delegadas y a la duplicidad de competencias entre Administraciones.

Ciertamente el sistema competencial de nuestros municipios se configura como un modelo excesivamente complejo, del que se derivan dos consecuencias que inciden sobre planos diferentes. De una parte, dicho sistema competencial municipal hace que se difumine la responsabilidad de los Gobiernos locales en su ejercicio y se confunda con los ámbitos competenciales propios de otras Administraciones Públicas generando, en no pocas ocasiones, situaciones de inseguridad jurídica en la propia ciudadanía, que desconoce cuál es la Administración responsable de los servicios públicos. Y, de otra, cabe aludir a la existencia de una estrecha vinculación entre la disfuncionalidad del modelo competencial y las Haciendas locales. Debido a ello, y tal y como queda recogido en la Exposición de Motivos de la Ley 27/2013, se estima que, en un momento en el que el cumplimiento de los compromisos europeos sobre consolidación fiscal son de máxima prioridad, la Administración local también debe contribuir a este objetivo racionalizando su estructura, en algunas ocasiones sobredimensionada, y garantizando su sostenibilidad financiera.

El Tribunal Constitucional, a través de su Sentencia 233/1999, de 16 de diciembre, sin perjuicio de reconocer que el art. 149.1.18 CE es el precepto que ha de considerarse el título habilitante del Estado para ejercitar sus competencias sobre Haciendas locales cuando su regulación suponga introducir modificaciones de alcance general en el régimen jurídico de la Administración local o cuando se dicte en garantía de la autonomía que ésta tiene constitucionalmente garantizada (precisándose además que solo de manera puntual podrá el Estado regular con carácter exclusivo tal materia haciendo prevalecer el título competencial de la “Hacienda general” del art. 149.1.14 CE y recordando que las competencias son indisponibles e irrenunciables, tanto para el legislador del Estado como para el de las Comunidades Autónomas, operando *ope Constitutionis*, con independencia de que uno u otro legislador haga invocación explícita o errónea de las mismas), admitió la cita conjunta de los títulos competenciales recogidos en el art. 149.1.14^a CE sobre Hacienda general y Deuda del Estado, y en el art. 149.1.18^a de la Norma Fundamental sobre Bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, justificando, con carácter limitado, la prevalencia del referido a la Hacienda General, en supuestos determinados. Así, por ejemplo, se encargó de precisar el supremo intérprete de nuestra Constitución que, dado que frecuentemente la regulación de la Hacienda local está llamada a incidir sobre dicho régimen jurídico, sólo de manera puntual podrá el Estado regular con carácter exclusivo tal materia haciendo prevalecer el otro título competencial a que hace referencia el art. 1.1 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLRHL), esto es, el de la Hacienda general del art. 149.1.14 de la Constitución³.

³ Piénsese, por ejemplo, en aquellos casos en los que la normativa estatal tenga por objeto la regulación de instituciones comunes a las distintas Haciendas o de medidas de coordinación entre la Hacienda estatal y las Haciendas de las Corporaciones Locales, así como cuando

De este modo la política presupuestaria de todos los poderes públicos, incluidos los locales, ha de adecuarse a los principios rectores de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad, dictada en desarrollo del art. 135 de la Constitución.

La Ley 27/2013 tiene como principal objeto modificar la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, así como el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo. Sin perjuicio de lo anterior se modifica la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (al objeto de incluir una nueva Disposición Adicional) y se derogan, entre otras, la Disposición Adicional Segunda y la Disposición Transitoria Séptima de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

La nueva Ley es de aplicación a la Comunidad Foral de Navarra en los términos establecidos en el art. 149.1.14^a y 18^a y Disposición Adicional Primera de la Constitución, sin perjuicio de las particularidades que resultan de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, y de la Disposición Final Tercera de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. Asimismo la Ley 27/2013 se aplica a la Comunidad Autónoma del País Vasco en los términos establecidos en el art. 149.1.14.^a y 18.^a y Disposición Adicional Primera CE, sin perjuicio de las particularidades que resultan de la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía para el País Vasco, y de la Disposición Final Tercera de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

En el caso específico de Ceuta y Melilla sabido es que la organización y el funcionamiento de las instituciones de Gobierno de dichas Ciudades Autónomas se ha de adecuar a lo previsto en la Ley Orgánica 1/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Ceuta, así como a la Ley Orgánica 2/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Melilla, y a las normas de desarrollo que hayan sido dictadas en virtud de la potestad reglamentaria de sus respectivas Asambleas. Pues bien al amparo de lo dispuesto en la Ley 27/2013 corresponderá a dichas Ciudades Autónomas, en el marco de las citadas Leyes Orgánicas 1/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Ceuta, y 2/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Melilla, así como de las normas reglamentarias dictadas en su desarrollo, determinar la forma de gestión de los servicios públicos con respeto a los principios de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera, plurianualidad, transparencia, responsabilidad, lealtad institucional y eficacia en el uso de los recursos públicos.⁴

Las disposiciones de la nueva Ley son asimismo de aplicación a los municipios de Madrid y Barcelona, sin perjuicio de las particularidades de su legislación específica y con estricta sujeción a los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Y sus previsiones se aplicarán respetando la organización comarcal en aquellas Comunidades Autónomas cuyos estatutos de autonomía tenga atribuida expresamente la gestión de servicios supramunicipales.

II. ALCANCE DE LA NUEVA DELIMITACIÓN COMPETENCIAL

Tal y como hemos señalado con anterioridad la Ley 27/2013 se inspira en los principios de “una Administración, una competencia”, estabilidad, sostenibilidad y eficiencia, contemplando la posibilidad de que los Ayuntamientos de menos de 20.000 habitantes sean despojados de competencias en favor de las Diputaciones si no ajustan sus costes a una tabla que sería diseñada al efecto.

A tal efecto el legislador de la nueva Ley ha buscado modificar los arts. 25 y 26 de LBRL para eliminar competencias municipales tales como las relativas a la educación, la prestación de servicios sociales, la promoción y reinserción o actividades tales como promoción de la mujer o la sanidad, restándose a los Entes Locales la financiación correspondiente para estos servicios. Y ello con la finalidad de tratar de garantizar la dotación presupuestaria de cada uno de ellos.

Tomando como punto de partida el marco constitucional existente el Estado ha optado por ejercer su competencia de reforma de la Administración Local para tratar de definir con precisión las competencias que deben ser desarrolladas por aquella, diferenciándolas de las competencias estatales y autonómicas. En este

su finalidad sea la salvaguarda de la suficiencia financiera de las Haciendas locales garantizada por el art. 142 CE, en cuanto que presupuesto indispensable para el ejercicio de la autonomía local constitucionalmente reconocido en los arts. 137, 140 y 141 de la Constitución.

4 En efecto, en el ámbito de las competencias enumeradas en el art. 21 de las citadas Leyes Orgánicas 1/1995 y 2/1995, de 13 de marzo, cuando no exista legislación sectorial estatal específica, las Asambleas de Ceuta y Melilla, en ejercicio de su potestad reglamentaria, podrán tipificar infracciones e imponer sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones de acuerdo con criterios mínimos de antijuridicidad basados en la intensidad de la perturbación, de los daños o del peligro causados. Las sanciones que puedan imponerse por la comisión de las conductas infractoras podrán consistir en multas o prohibiciones, por tiempo razonable y proporcionado, bien del ejercicio de actividades, incluso de las autorizadas o comunicadas, bien del acceso a equipamientos, infraestructuras, instalaciones o de la utilización de servicios públicos locales.

sentido se enumera un listado de materias en las que, en todo caso, los municipios han de ejercer competencias propias, estableciéndose una reserva formal de ley para su determinación, así como una serie de garantías para su concreción y ejercicio.

A través de lo dispuesto en la Ley 27/2013 se estima que las Entidades Locales no deben volver a asumir competencias que no les atribuye la ley y para las que no cuenten con la financiación adecuada. Con carácter general solo podrán ejercer competencias distintas de las propias o de las atribuidas por delegación cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública. De igual modo, la estabilidad presupuestaria vincula de una forma directa la celebración de convenios entre administraciones y la eliminación de duplicidades administrativas. Por otra parte se estima que la delegación de competencias estatales o autonómicas en los Municipios debe ir acompañada de la correspondiente dotación presupuestaria, no siendo su duración inferior a los 5 años y reservándose la Administración que delega los mecanismos de control precisos para asegurar la adecuada prestación del servicio delegado.

Al hilo de la cuestión relativa a la asunción por parte de las Comunidades Autónomas de las competencias relativas a la educación, las normas reguladoras del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas y de las Haciendas Locales fijarán los términos en los que las CC.AA. asuman la titularidad de las competencias que se prevén como propias del Municipio, aún cuando hayan sido ejercidas por éstas, por Diputaciones Provinciales o entidades equivalentes, o por cualquier otra Entidad Local, relativas a participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria y cooperar con las Administraciones educativas correspondientes en la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes, así como la conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios de titularidad local destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial, para lo que se contemplará el correspondiente traspaso de medios económicos, materiales y personales.

Respecto de la asunción por las Comunidades Autónomas de las competencias relativas a la salud, tras la entrada en vigor de la nueva Ley 27/2013, y de acuerdo con las normas reguladoras del sistema de financiación autonómica y de las Haciendas Locales, las Comunidades Autónomas asumirán la titularidad de las competencias que se preveían como propias del Municipio, relativas a la participación en la gestión de la atención primaria de la salud. Dichos Entes Regionales asumirán la titularidad de estas competencias, con independencia de que su ejercicio se hubiese venido realizando por Municipios, Diputaciones Provinciales o entidades equivalentes, o cualquier otra Entidad Local.

En el plazo máximo de cinco años a contar desde la entrada en vigor de la Ley (que tuvo lugar el 31 de diciembre de 2013) las Comunidades Autónomas asumirán de forma progresiva, a través de un 20% anual, la gestión de los servicios asociados a dichas competencias⁵. A estos efectos la Comunidad Autónoma elaborará un plan para la evaluación y reestructuración de los servicios. En todo caso la gestión por las Comunidades Autónomas de los servicios anteriormente citados no podrá suponer un mayor gasto para el conjunto de las Administraciones Públicas. Ahora bien lo anterior se ha de entender sin perjuicio de la posibilidad de las Comunidades Autónomas de delegar dichas competencias en los Municipios, Diputaciones Provinciales o entidades equivalentes, de conformidad con lo dispuesto por el art. 27 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.

Con carácter adicional, y de acuerdo con las normas reguladoras del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas y de las Haciendas Locales, cada año que transcurra, dentro del periodo de cinco años anteriormente mencionado, sin que las CC.AA. hayan asumido el desarrollo del citado 20% de los servicios previsto al efecto o, en su caso, sin que hayan acordado su delegación, los servicios seguirán prestándose por el municipio, Diputación Provincial o entidad equivalente con cargo a la Comunidad Autónoma. Y en el supuesto de que ésta no transfiriese las cuantías precisas para ello se aplicarán retenciones en las transferencias que les correspondan por aplicación de su sistema de financiación, teniendo en cuenta lo que disponga su normativa reguladora.

En relación con la cuestión relativa a la asunción por las Comunidades Autónomas de las competencias relativas a servicios sociales, con fecha 31 de diciembre de 2015 la titularidad de aquellas competencias que inicialmente se preveían como propias del municipio, relativas a la prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social, corresponderá a las Comunidades Autónomas, que podrán establecer a partir de ese momento las medidas que consideren necesarias para la racionalización del servicio. Las CC.AA. asumirán la titularidad de estas competencias, con independencia de que su ejercicio se hubiese venido realizando por los Entes Locales (que únicamente se encargarán de detectar y evaluar situaciones de necesidad y de la atención inmediata por exclusión social), Diputaciones Provinciales o entidades equivalentes, o por cualquier otra Entidad Local. En dicho plazo (de

⁵ Concretamente los municipios sólo se encargarán de la protección de la salubridad pública y de lo relacionado con los cementerios y servicios funerarios, siendo gestionadas las restantes materias por las Autonomías en un plazo de cinco años, si bien las CC.AA. deberán asumir un 20% anual de la gestión.

dos años en el presente caso), y previa elaboración de un plan para la evaluación, reestructuración e implantación de los servicios, las CC.AA., en el ámbito de sus competencias, habrán de asumir la cobertura inmediata de dicha prestación.

Repárese en consecuencia que en estos dos últimos ámbitos (salud y servicios sociales) las CC.AA. cuentan con la alternativa de delegar el servicio en la Diputación o en el Ayuntamiento, si bien habrán de pagar por ello. Y, en el hipotético caso de que no lo hicieren, Hacienda les retendrá el equivalente de las transferencias del sistema de financiación. Por otra parte el traspaso de estas competencias no podrá suponer un incremento del gasto en su conjunto. En efecto la gestión por las Comunidades Autónomas de los servicios anteriormente citados no podrá suponer un mayor gasto para el conjunto de las Administraciones Públicas. Ello ha de entenderse no obstante sin perjuicio de la posibilidad de las Comunidades Autónomas de delegar dichas competencias en los municipios, Diputaciones Provinciales o entidades equivalentes, de conformidad con lo establecido en el art. 27 de la LBRL.

Al igual que señalábamos con anterioridad en relación con las competencias relativas a la educación, si a 31 de diciembre de 2015 las CC.AA. no hubieren asumido el desarrollo de los servicios de su competencia prestados por los municipios, Diputaciones Provinciales o entidades equivalentes, Entidades Locales, o, en su caso, no hubieren acordado su delegación, los citados servicios sociales seguirán prestándose por el municipio con cargo a la Comunidad Autónoma. Y en el supuesto de que la Comunidad Autónoma no transfiriera las cuantías precisas para ello se aplicarán retenciones en las transferencias que les correspondan por aplicación de su sistema de financiación, teniendo en cuenta lo que disponga su normativa reguladora.

Adviértase por tanto que se prolonga hasta el 31 de diciembre de 2015 el plazo para que las Comunidades Autónomas asuman competencias que con anterioridad eran propias del municipio sobre servicios sociales y reinserción social, contemplándose la posibilidad de retirar las competencias en servicios sociales a las Entidades locales y trasladar la responsabilidad de la asistencia a las Autonomías.

Desde nuestro punto de vista la presente reforma podría permitir a las CC.AA. rescatar servicios en la actualidad delegados tales como limpieza de colegios, consultorios médicos en pueblos pequeños, servicios de teleasistencia o guarderías, o bien cederlos a los Ayuntamientos a través de un convenio en el que se determine su coste y se asegure su financiación. Al objeto de poder retomar estas competencias las Comunidades Autónomas podrán disponer de un periodo de transición en el que se determinará quién y cómo se queda con estas responsabilidades. En efecto, se establece un plazo transitorio de cinco años para que las Comunidades Autónomas asuman competencias en educación y sanidad, que serán exclusivas de las Regiones y que, hasta la fecha, en algunos casos, ejercían los ayuntamientos de manera “impropia”.

Cada competencia deberá estar correctamente financiada, de manera tal que si una concreta Administración cediese la gestión de un servicio a otra, habrá de pagarlo adecuada y puntualmente. La racionalización de la estructura organizativa proyectada ha de realizarse de conformidad con los principios de eficiencia, estabilidad y sostenibilidad, con un control financiero y presupuestario más riguroso. A tal efecto se establecen unos criterios de eficiencia y eficacia de obligado cumplimiento para las Entidades Locales, de forma tal que aquellos municipios de menos de 20.000 habitantes deberán ceder sus competencias a las Diputaciones cuando no aprueben el examen, si bien podrán recuperarlas si lo logran más adelante. En todo caso se prevé que las Diputaciones no puedan prestar ningún servicio antes local sin el beneplácito del ayuntamiento en cuestión.

La nueva Ley limita por tanto a los Ayuntamientos las competencias en servicios sociales. Únicamente aquellos municipios que tengan más de 20.000 habitantes están obligados a hacer frente a una reducida labor de “evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social”.⁶

La Ley 27/2013 clasifica las competencias en propias (de prestación obligatoria o no en función de la población) e impropias (asumidas por otras Administraciones, aunque pueden ser delegadas a los Entes locales con la correspondiente financiación). Estas últimas únicamente podrán prestarse por los Entes Locales cuando esté garantizada la prestación de las primeras, siempre y cuando sean sostenibles financieramente y no se incurra en duplicidad. De este modo la Ley fija una relación de las competencias que la Comunidad Autónoma podrá delegar en un ayuntamiento de su territorio porque considere que éste va a prestar el servicio de manera más eficiente, para lo cual deberá traspasarle también la financiación necesaria para su prestación, al objeto de preservar el necesario respeto al principio de estabilidad presupuestaria. Con carácter adicional, tratándose exclusivamente de municipios con superávit, éstos podrán solicitar a su Comunidad Autónoma correspondiente permiso para prestar un servicio que haya detectado que ninguna otra Administración esté ofreciendo en su territorio.

⁶ Téngase presente a este respecto que, con anterioridad, en los municipios más pequeños (el 87% del total) esta competencia se reconocía, si bien no resultaba de obligatoria aplicación. El resto de los servicios sociales recaían en la Administración autonómica. Como seguramente se recordará la LBRL atribuye a los Ayuntamientos competencias en “servicios sociales, promoción y reinserción social”, si bien las CC.AA. han ido asumiendo progresivamente dichas competencias en sus respectivos Estatutos.

Por lo que respecta a las competencias propias, serán asumidas por las CC.AA. las de servicios sociales (salvo la evaluación e información de situaciones de necesidad social o atención inmediata por exclusión social), sanidad (excepto la protección de la salubridad pública y las relacionadas con cementerios y servicios funerarios) y educación (con la única excepción de la participación en el cumplimiento de la escolaridad obligatoria y de la cooperación con las administraciones educativas en la obtención de solares para la construcción de nuevos centros docentes).

En resumen, el legislador de la Ley 27/2013 procede a definir tanto las competencias propias de los Entes Locales como las delegadas, que deberán ser desarrolladas por la Administración Local, diferenciándolas de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas. A tal efecto se alude a la potestad del Estado para delimitar las competencias municipales, disponiéndose la supresión de las competencias impropias o la obligación de formalizar convenios y de pagarlos para el traspaso de competencias y servicios entre Administraciones.

Refiriéndose a la cuestión relativa al mantenimiento de la reserva legal en favor de las Entidades Locales en determinados servicios se plantean CUESTA LOÑO, HERNÁNDEZ DEL CASTILLO y PALMA FERNÁNDEZ⁷ hasta qué punto dicha reserva habría de compatibilizarse con el fomento de la competencia efectiva, procediéndose a potenciar la racionalidad y la competencia en las decisiones económicas de las Entidades Locales. En opinión de los citados autores, con la finalidad de lograr la apertura al mercado de la provisión efectiva de los servicios de titularidad local habría de preverse la obligación de las Entidades Locales de analizar *ex ante* determinados elementos a la hora de optar entre la gestión directa o indirecta, así como la opción por la gestión indirecta que permita la gestión privada siempre que concurren tales elementos. Asimismo, al objeto de fomentar la competencia en el acceso a la prestación de servicios sugieren dichos autores el establecimiento de procedimientos de selección competitivos bien diseñados y garantizar que los plazos contractuales no sean económicamente excesivos, restringiéndose las prórrogas y evitando las medidas que conlleven ventajas en el nuevo concurso. Finalmente, respecto de las privatizaciones parciales o totales de empresas públicas encargadas de la prestación de servicios públicos locales defienden estos autores que *“La futura norma debería asegurar que, en aquellos casos en los que la entidad local optase por una estructura instrumental con participación pública y privada, tales privatizaciones se realicen de acuerdo con procesos de selección competitivos bien diseñados, que favorezcan, o al menos no restrinjan injustificadamente, la concurrencia empresarial y no limiten innecesaria, desproporcionada o discriminatoriamente el acceso a la condición de socio privado”*.

Para finalizar se ha de destacar el hecho de que la nueva normativa aprobada prevea que, en aquellos casos en los que el Estado, las Comunidades Autónomas o cualquier Entidad Local delegue el ejercicio de competencias en los municipios, dicha delegación deba ser aceptada expresamente por éstos, debiendo implicar además una mejora en la eficiencia de la gestión pública. No obstante será necesario limitar normativamente el recurso al convenio.⁸

III. EL PRETENDIDO REFORZAMIENTO DEL PAPEL DE LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES

A través de la aprobación de la Ley 27/2013 se persigue reforzar el papel de las Diputaciones Provinciales, Cabildos, Consejos insulares o entidades equivalentes. Esto se lleva a cabo mediante la coordinación por las Diputaciones de determinados servicios mínimos en aquellos municipios con población inferior a 20.000 habitantes o a través de la atribución a éstas de nuevas funciones tales como: la prestación de servicios de recaudación tributaria, administración electrónica o contratación centralizada en los municipios con población inferior a 20.000 habitantes; su participación activa en la elaboración y seguimiento en los planes económico-financieros; o la atribución de las labores de coordinación y supervisión, en colaboración con las Comunidades Autónomas, de los procesos de fusión de municipios.

En efecto, con la finalidad de racionalizar la estructura organizativa de la Administración Local se refuerza el papel de las Diputaciones provinciales permitiéndoles coordinar determinados servicios mínimos obligatorios de los municipios de menos de 20.000 habitantes, a menos que estos justifiquen que pueden prestarlos con un coste efectivo menor que el de aquéllas. Igualmente dichas Diputaciones asistirán a los municipios en las facultades de gestión de la recaudación tributaria, la gestión financiera, la administración electrónica y la contratación centralizada.

⁷ CUESTA LOÑO, P., HERNÁNDEZ DEL CASTILLO, A. y PALMA FERNÁNDEZ, J. L., “Por otros servicios públicos”, *Diario Cinco Días* (www.cincodias.com), consultada el 17 de junio de 2013).

⁸ Tal y como precisan CUESTA LOÑO, P., HERNÁNDEZ DEL CASTILLO, A. y PALMA FERNÁNDEZ, J. L., “Por otros servicios públicos”, *Diario Cinco Días* (www.cincodias.com), consultada el 17 de junio de 2013), dicha limitación ha de producirse al objeto de evitar una ausencia de tensiones competitivas en la figura y una insuficiente publicidad así como el surgimiento de problemas de información asimétrica que favorezcan al operador privado mejor situado o con mayor capacidad de capturar al decisor, en posible detrimento de los intereses de la Entidad Local, consumidores y usuarios y, finalmente, una excesiva discrecionalidad que pueda favorecer al operador privado.

En aquellos casos en los que las dificultades financieras afecten a Ayuntamientos de menos de 20.000 habitantes (es decir, en la actualidad, a un total de 7.717 municipios, lo que representa el 95% del total) serán las Diputaciones, cabildos o consejos insulares quienes asuman la prestación de los servicios correspondientes. Por su parte los municipios de más de 20.000 habitantes podrán, además, ceder competencias a las Diputaciones si estimasen que así se mejora el servicio.

IV. MEDIDAS DESTINADAS A FOMENTAR LA FUSIÓN VOLUNTARIA DE MUNICIPIOS

Por vez primera en el ámbito de la Administración Local, y como una de las principales novedades, la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, introduce diversas medidas concretas destinadas a fomentar la fusión voluntaria de municipios de forma que se potencie a aquellos municipios que se fusionen, ya que contribuyen a racionalizar sus estructuras y a superar la atomización del mapa municipal. Entre estas medidas de incentivo destacan, por ejemplo, las relativas al incremento de su financiación, la preferencia en la asignación de planes de cooperación local o de subvenciones o la dispensa en la prestación de nuevos servicios obligatorios como consecuencia del aumento poblacional.

Con carácter adicional, en el supuesto de que se acordase entre los municipios fusionados, alguno de ellos podría funcionar como forma de organización desconcentrada, lo que permitiría conservar la identidad territorial y denominación de los municipios fusionados aunque pierdan su personalidad jurídica. Estas medidas de fusiones municipales incentivadas, las cuales encuentran respaldo en lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Constitucional 103/2013, de 25 de abril⁹, supondrán que los municipios fusionados perciban un aumento de la financiación en la medida en que los municipios de menor población recibirán menos financiación.

En consecuencia la Ley 27/2013 incorpora un procedimiento de incentivos para los municipios que hipotéticamente se fusionen voluntariamente. Concretamente se establecen una serie de incentivos para el nuevo municipio fusionado tales como una mayor financiación per cápita, dispensa temporal para no prestar los nuevos servicios que pudieran resultar obligatorios por su aumento poblacional o una preferencia temporal en planes de cooperación local de infraestructuras, obras, servicios y subvenciones. Se fomentan así las fusiones municipales voluntarias de municipios que sean colindantes y que se encuentren dentro de la misma provincia a través de una mayor financiación *per cápita*, introduciéndose además una dispensa temporal para no prestar los nuevos servicios que pudieran resultar obligatorios por su aumento poblacional así como una preferencia temporal en planes de cooperación local de infraestructuras, obras, servicios y subvenciones. En todo caso se deja al Gobierno la potestad de vaciar de contenido político a aquellos municipios que no cumplan con las medidas de austeridad en aquellos casos en los que las liquidaciones que presente el Ayuntamiento ante el Ministerio de Hacienda sean negativas, así como si el nivel de endeudamiento sobrepasase los límites establecidos o si no siguiesen la normativa sobre estabilidad presupuestaria. En todos estos supuestos los municipios deberán someter sus servicios a examen. Tras un informe del interventor, el Ejecutivo podrá forzarles a suprimir “servicios facultativos” que no entren en sus competencias. En cuanto a los llamados “servicios obligatorios”, éstos los pasarían a gestionar “indirectamente”, sin capacidad de contratación.¹⁰

Por otro lado la Ley 27/2013 intensifica las trabas existentes a la creación y escisión de municipios, que deberán contar con, al menos, 5.000 habitantes. Las Entidades Locales de ámbito inferior al municipio deberán, en un plazo de tres meses, presentar sus cuentas ante el Estado y Comunidades Autónomas. En caso de que no lo hagan se disolverán y se integrarán en los ayuntamientos de los que dependan como organización desconcentrada, correspondiendo al municipio la prestación del mismo, carentes de personalidad jurídica. En todo caso no se permitirá la creación de nuevas Entidades Locales menores con personalidad jurídica propia y se mantendrán únicamente las existentes, si se presentan sus cuentas, y aquellas que hubiesen iniciado su procedimiento para su constitución antes del 1 de enero de 2013.

V. LA PROHIBICIÓN DE PARTICIPACIÓN O DE CONSTITUCIÓN DE ENTIDADES INSTRUMENTALES POR LAS ENTIDADES LOCALES CUANDO ESTÉN SUJETAS A UN PLAN ECONÓMICO-FINANCIERO O A UN PLAN DE AJUSTE

Como seguramente se recordará los antecedentes más inmediatos de la reestructuración del Sector público local son los acuerdos entre el Gobierno de la Nación y las Entidades Locales de 7 de abril de 2010 y de 25 de enero de 2012. El primero de ellos, definido como Acuerdo marco con las Entidades Locales sobre sostenibilidad de las finanzas públicas 2010-2013, estableció la aprobación por parte de dichas Entidades de un plan de racionalización de las estructuras de sus respectivos sectores públicos, administrativos y empresariales, con el objetivo de mejorar

⁹ Como es sabido dicha Sentencia fue dictada a la luz del recurso de inconstitucionalidad núm. 1523/2004 interpuesto por el Parlamento de Cataluña en relación con diversos preceptos de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del Gobierno Local.

¹⁰ A este respecto adquieren la consideración de servicios propios los de urbanismo, basuras, vías y obras, policía local, tráfico, ferias, cementerios, emergencia social, deporte, cultura y participación ciudadana.

la eficiencia y reducir el gasto público. El segundo, definido como acuerdo de reordenación y racionalización del Sector público instrumental local y de control, eficiencia y reducción del gasto público gestionado por el mismo, tuvo como principal finalidad disciplinar la actividad de las Administraciones Públicas sin menoscabo de la calidad de los servicios que prestan. A tal efecto se tomaron como punto de partida las medidas de reducción de la dimensión del Sector público local, lo que implicaba la necesidad de controlar su actividad y racionalizar su organización.

Pues bien, partiendo de lo anterior el legislador de la Ley 27/2013 persigue tratar de impedir la participación o constitución de entidades instrumentales por las Entidades locales cuando estén sujetas a un plan económico-financiero o a un plan de ajuste. En cuanto a las existentes que se encuentren en situación deficitaria se les exige su saneamiento y, en el hipotético caso de que éste no se produjese, se habría de proceder a su disolución. Por último se prohíbe, en todo caso, la creación de entidades instrumentales de segundo nivel, es decir, unidades controladas por otras, que, a su vez, lo estén por las Entidades locales. Esta prohibición, motivada por razones de eficiencia y de racionalidad económica, obliga a la disolución de aquellas entidades que ya existiesen a la entrada en vigor de la nueva norma en el plazo previsto.

Se prohíbe pues la creación de nuevas empresas públicas municipales. Y las ya existentes tendrán que disolverse, siempre y cuando sean deficitarias y no consigan volver a “números negros” antes del 31 de diciembre de 2014. En efecto, deberán disolverse aquellas estructuras *holding* y entidades dependientes que se encuentren en pérdidas, no pudiendo acometerse aportaciones para financiar déficits de explotación o la constitución de nuevas entidades mientras se encuentre en vigor un plan de saneamiento o de ajuste. Aquellas empresas municipales que no consigan financiar al menos el 51% de su presupuesto con los rendimientos de su actividad en el mercado tendrán que desaparecer.

Como no puede ser de otra manera esta racionalización del Sector público local obliga a realizar una revisión en profundidad del mismo y de sus organismos dependientes con la finalidad de racionalizar su número y estructura, lo que ha de generar ahorros importantes. Igualmente se limitan las retribuciones en los contratos mercantiles y de alta dirección del Sector público local, esto es, las retribuciones de los cargos públicos en función de la población del municipio (la máxima será equivalente a la de Secretario de Estado para los de más de 500.000 habitantes), y también las de los contratos mercantiles y de alta dirección¹¹. Lo mismo sucede además con el número tanto de cargos representativos locales que podrán ejercer sus funciones en régimen de dedicación exclusiva, como de personal eventual y en función de la población.

El número máximo de miembros del Consejo de Administración y de los órganos superiores de gobierno de estas entidades del Sector público local oscilará entre un mínimo de nueve y un máximo de quince. Dichas entidades incluidas en el Sector público local quedan obligadas a difundir a través de su página *web* la composición de sus órganos de administración, gestión, dirección y control, incluyendo los datos y experiencia profesional de sus miembros. Las retribuciones que perciban los miembros de estos órganos de dirección deberán recogerse anualmente en la memoria de actividades de la empresa o entidad pública local.

VI. ALCANCE DEL CONJUNTO DE MEDIDAS DESTINADAS A LA RACIONALIZACIÓN ORGANIZATIVA E INTEGRACIÓN COORDINADA DE SERVICIOS

La Ley 27/2013 introduce un conjunto de medidas dirigidas a la racionalización organizativa e integración coordinada de servicios que, junto las ya previstas en el art. 21 de la Ley Orgánica de 2/2012, de 27 de abril, deberán incluirse en los planes económico-financieros de las Entidades Locales. A tal efecto se promueve la gestión integrada o coordinada de todos los servicios de los municipios de forma que, si generan unos ahorros mínimos, recibirán mayor financiación.

Inicialmente a través de la adopción de la citada reforma se perseguía reordenar competencias para evitar duplicidades entre las distintas Administraciones autonómicas y locales y mejorar la eficiencia en la prestación de los servicios mediante la introducción de un coste estándar al que habrían de ajustarse los Entes Locales a la hora de acometer la prestación de servicios. De cara al cálculo del citado “coste estándar” (el cual, a nuestro juicio, constituía un elemento esencial de la reforma entendido como forma de control del gasto municipal) se

¹¹ En relación con estos dos últimos contratos dos son los sistemas retributivos a los que alude la nueva regulación, a saber, la retribución básica y la retribución complementaria. En relación con las primeras se señala que su fijación se producirá en función de las características de la entidad, siendo fijada así en atención a unos criterios ajenos a la tipología del contrato y de las funciones desarrolladas, incluyéndose una retribución mínima obligatoria asignada a cada máximo responsable, directivo o personal contratado. Por lo que a las segundas se refiere tiene lugar la fijación de un “complemento de puesto” con el que se retribuirán las características específicas de la función o puesto directivo, así como un “complemento variable” destinado a retribuir en función de unos objetivos previamente establecidos. En todo caso estas retribuciones tendrán fijado un límite máximo de retribución anual que vendrá determinado por la Ley de Presupuestos. Y dicho contrato de alta dirección en el Sector público local no generará derecho alguno a integrarse en la estructura de la Administración local de la que dependa la entidad del sector público en la que se prestasen tales servicios, más allá de los sistemas ordinarios de acceso al empleo público.

tomaba en consideración el número de habitantes, la dispersión, las características del municipio y la densidad. Dicho coste, que habrían de publicar de manera obligatoria todos los ayuntamientos, permitiría a los ciudadanos conocer el coste real de cualquier servicio público. Una vez se conociese dicho coste, si éste fuese superior a la media, el mismo podría ser asumido por la Diputación siempre y cuando ésta pudiera prestar aquél por un coste más bajo. Se reforzaba así el papel de las Diputaciones a quienes, como órgano intermedio, les correspondería realizar funciones que se adscriben a esta Entidad Local.

Sin embargo la regulación del citado “coste estándar” fue puesta en tela de juicio en el Informe elaborado al respecto por el Consejo de Estado (al igual que sucedió con el recorte de la autonomía local planteado)¹². Concretamente el citado Informe del Consejo de Estado alertó de que el texto inicial del Anteproyecto de Ley ponía en tela de juicio el art. 140 de la Constitución porque podía reducir “en exceso” la autonomía municipal garantizada por la Norma Fundamental. De conformidad con lo señalado en dicho Informe el citado “coste estándar” podía llegar convertirse en un “cheque en blanco” del Gobierno para quitar competencias a las Entidades Locales.

Finalmente dicho criterio del “coste estándar” fue sustituido por el del “coste efectivo”, el cual únicamente obligará a los ayuntamientos a hacer público en un plazo tres meses el coste de sus servicios municipales. Con carácter general todas las Entidades Locales han de publicar y remitir al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas el coste efectivo de sus servicios (ejercicio de competencias).

A nuestro juicio el nuevo “coste efectivo” aprobado se presenta como un elemento de transparencia destinado a reforzar los criterios de “publicidad y comparación”, ya que ha de permitir a los ciudadanos conocer el coste de un servicio en su municipio y compararlo con entidades similares. De este modo la pérdida de competencias por parte de las Entidades locales quedaba finalmente eliminada del Proyecto de Ley. Únicamente aquellos municipios con problemas financieros en sus planes de ajuste económico-financieros podrían incluir la opción de “coordinar” determinadas funciones con las Diputaciones Provinciales, aunque continúen manteniendo la titularidad de la competencia. De este modo los ciudadanos podrán conocer el coste que tiene para su ayuntamiento prestar los servicios que reciban. En cambio el anterior “coste estándar” pretendía determinar para un mismo servicio (caso, por ejemplo, del abastecimiento de agua) un coste fijo predeterminado y que los municipios que no pudieran prestarlo a ese precio tuvieran que ceder la competencia a una Administración superior, normalmente la Diputación.

Con carácter anual, y antes del 1 de noviembre, las Entidades locales deberán calcular el coste efectivo de sus servicios, partiendo de la liquidación de sus presupuestos. El Ministerio de Hacienda facilitará a los Entes Locales unos criterios de cálculo en base a los cuales aquéllos puedan efectuar los cálculos oportunos, que habrán de ser debidamente comunicados al Ministerio. Y, tratándose de municipios de menos de 20.000 habitantes, éstos deberán delegar sus servicios básicos a las Diputaciones (o bien a la propia Comunidad Autónoma, si ésta fuera Uniprovincial), salvo que justifiquen que pueden prestar dichos servicios a un coste más bajo.

En todo caso estimamos que la introducción del criterio del “coste efectivo” contribuye igualmente a reforzar el papel de las Diputaciones, al otorgarse la competencia de vigilar la aplicación de los planes de ajuste municipales y de coordinar determinados servicios mínimos obligatorios de los municipios de menos de 20.000 habitantes mediante su prestación por la Diputación o la implantación de fórmulas de gestión compartida a través de consorcios, mancomunidades u otras fórmulas, a menos que el municipio justifique que puede prestar estos servicios con un coste efectivo menor que el de aquellas. Con carácter adicional las Diputaciones Provinciales podrán asistir a los municipios en las facultades de gestión de la recaudación tributaria, la gestión financiera, la Administración electrónica y la contratación centralizada.

Téngase presente además que el conjunto de Entes Locales asumen la obligación de publicar el coste que para ellos tiene prestar servicios tales como el alumbrado público, la retirada de basuras y limpieza viaria o el abastecimiento de agua en el plazo de tres meses. Y, cuando sean conocidos esos costes (que además permitirán comparar qué municipio ofrece el servicio más barato), en el supuesto de que éstos fuesen demasiado elevados, podrían ser asumidos por la Diputación correspondiente, siempre y cuando ofertase ese servicio a un coste menor. El llamado “coste efectivo” habrá de tener en cuenta además las singularidades de cada territorio y deberá hacerse público cada año.

En definitiva, como medida de transparencia la nueva Ley 27/2013 establece la obligación de determinar el coste efectivo de los servicios que prestan las Entidades Locales de acuerdo con criterios comunes, disponiéndose su remisión al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas para su publicación. Esta medida constituye, a nuestro juicio, un paso fundamental en la mejora de la información disponible, eliminando asimetrías para la toma de decisiones de los ciudadanos y de la Administración, y contribuyendo de forma permanente al aumento de la

¹² Véase a este respecto MARTÍN FERNÁNDEZ, J., “Reforma Local y finanzas”, en www.cinco dias.com (consultada el 13 de septiembre de 2013), para quien la desaparición del concepto del “coste estándar” “se debe a una mala interpretación del dictamen del consejo de Estado y que vino a exigir que la configuración de sus elementos esenciales se fijara por ley”.

eficiencia. A tal efecto a través de la publicación agregada de la información de todos los costes efectivos de los servicios prestados por todas las Entidades Locales el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas ha de contribuir a garantizar el cumplimiento del principio de eficiencia de conformidad con el art. 7 de la Ley Orgánica 2/2012.

VII. EL REFORZAMIENTO DEL PAPEL DE LA FUNCIÓN INTERVENTORA EN LOS MUNICIPIOS

Con la finalidad de lograr un control económico-presupuestario más riguroso la Ley 27/2013 refuerza el papel de la función interventora en las Entidades Locales. De este modo se prevé que el Gobierno fije las normas sobre los procedimientos de control, metodología de aplicación, criterios de actuación, así como derechos y deberes en el desarrollo de las funciones públicas necesarias en todas las Corporaciones locales. Con ello se viene a cubrir un vacío legal existente, haciéndose posible la aplicación generalizada de técnicas tales como la auditoría en sus diversas vertientes, a las Entidades locales en términos homogéneos a los desarrollados en otros ámbitos del Sector público.

Para ello se contará con la participación de la Intervención General de la Administración del Estado. Asimismo, y con la finalidad de reforzar su independencia con respecto a las Entidades locales en las que prestan sus servicios los funcionarios con habilitación de carácter nacional, corresponde al Estado su selección, formación y habilitación así como la potestad sancionadora en los casos de las infracciones más graves. Se estima que la adopción de dicho planteamiento ha de implicar una mayor transparencia en la información económico financiera de las Entidades Locales, contribuyendo así a mejorar la toma de decisiones por los cargos electos en el ejercicio del mandato representativo que tienen encomendado constitucionalmente.

Ahora bien ello exigirá clarificar y deslindar el diferente ámbito de actuación que es consustancial a unas y otras funciones. Así, mientras que las propias del régimen de intervención y fiscalización quedan sujetas a parámetros de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, las correspondientes a la actuación del cargo electo quedan basadas necesariamente en aspectos de oportunidad o conveniencia.

En todo caso con la finalidad de garantizar un control financiero y presupuestario más riguroso la Ley 27/2013 procede a reforzar la función interventora, habilitando al Gobierno para establecer las normas sobre los procedimientos de control. Tal y como hemos tenido ocasión de analizar, y como contenido mínimo del Plan económico-financiero de las Entidades Locales que se encuentren en situación de déficit, se prevé la supresión de sus competencias impropias, incluyéndose una propuesta de fusión con otro municipio y gestionándose de forma integrada diferentes servicios para lo que contarán con la asistencia de las Diputaciones. Recuérdese a este respecto que, con carácter general, aquellos Entes Locales que se hallen en dificultades para seguir ejerciendo determinadas competencias sin incurrir en déficit deberán elaborar un plan económico-financiero que reconduzca sus cuentas hacia el equilibrio si bien, como se ha indicado, contarán con la posibilidad de solicitar ayuda a su Diputación para que sea ésta quien preste el servicio en mejores condiciones y a un menor coste, pudiendo también, alternativamente, iniciar el proceso de fusión con otros municipios. Ahora bien en ningún caso la Diputación podrá actuar de oficio sin el consenso previo del ayuntamiento con dificultades.

Aquellas Entidades Locales que desarrollen actividades económicas y que se hallen en desequilibrio financiero dispondrán de un plazo de dos meses desde la entrada en vigor de la Ley para aprobar, previo informe del órgano interventor de la Entidad Local, un plan de corrección de dicho desequilibrio. En el supuesto de que dicha corrección no se cumpliera a 31 de diciembre de 2014 la Entidad local, en el plazo máximo de los seis meses siguientes a contar desde la aprobación de las cuentas anuales o de la liquidación del Presupuesto del ejercicio de 2014, disolvería cada una de las Entidades que continuasen en situación de desequilibrio.

En definitiva, a 31 de diciembre de 2014 dichas entidades deberán presentar sus cuentas ante los organismos correspondientes del Estado y de la Comunidad Autónoma respectiva para no incurrir en causa de disolución. Su desaparición, en caso de no presentarlas, será acordada por Decreto del órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma respectiva, en el que se podrá determinar su mantenimiento como forma de organización desconcentrada. La disolución en todo caso conllevará que el personal que estuviera al servicio de la entidad disuelta quede incorporado en el Ayuntamiento en cuyo ámbito territorial esté integrada. Además, en tal caso, el Ayuntamiento del que dependa la entidad quedará subrogado en todos sus derechos y obligaciones.

Adviértase en consecuencia que se trata un supuesto de disolución obligatoria. En el hipotético caso de que la Administración local no proceda a hacerlo así, dichas Entidades quedarán automáticamente disueltas el 1 de agosto de 2015. Con carácter adicional aquellos municipios menores de 5.000 habitantes que tengan un plan económico financiero en vigor y que lo incumplan al no rebajar su nivel de déficit o deuda serán intervenidos. Cuando ello suceda, el alcalde y los concejales del Ayuntamiento “díscolo” no cobrarán su sueldo.

VIII. EL RÉGIMEN DE LOS FUNCIONARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL Y SUS LÍMITES RETRIBUTIVOS

En la línea de garantizar la profesionalidad y la eficacia de las funciones de control interno la Ley 27/2013 regula el régimen de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional. De acuerdo con lo establecido en la Disposición Transitoria Undécima de la citada Ley, relativa a la aplicación de las limitaciones referidas al número de personal eventual y cargos públicos con dedicación exclusiva, a aquellas Entidades Locales que cumplan con los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública y cuyo período medio de pago a los proveedores no supere en más de 30 días el plazo máximo previsto de la normativa de morosidad, no les será de aplicación, con carácter excepcional, los límites previstos en los arts. 75 *ter* y 104 *bis* de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local hasta el 30 de junio de 2015. El cumplimiento de dichos requisitos será verificado por la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, que, en virtud de la información comunicada por las Entidades Locales al mencionado Ministerio, publicará una lista de las Entidades Locales que cumplen los requisitos previstos antes indicados.

Dicha excepción podrá aplicarse a aquellas Entidades Locales que cumplan con los requisitos mencionados en el momento de la entrada en vigor de la nueva Ley y se mantendrá su aplicación hasta el 30 de junio de 2015, en tanto sigan cumpliendo los requisitos mencionados. Ahora bien en ningún caso las Entidades Locales en las que concurran estos requisitos podrán incrementar el número total de puestos de trabajo de personal eventual o cargos públicos con dedicación exclusiva respecto al que disponían a 31 de diciembre de 2012.

Ciertamente uno de los principales objetivos perseguidos con la aprobación de la nueva Ley ha sido limitar el personal no funcionario de los municipios. En efecto, se limita el personal eventual de los Ayuntamientos según su tamaño y el número de cargos públicos con dedicación exclusiva, no pudiendo crearse Entidades de ámbito inferior al municipio con personalidad jurídica propia. No podrán pues crearse nuevos Entes locales de ámbito inferior al municipio, debiendo presentar los existentes sus cuentas ante el Estado y las Comunidades Autónomas en un plazo de tres meses. En otro caso quedarán disueltos.

Asimismo la Ley 27/2013 ha procedido a acotar la retribución de alcaldes y concejales, la cual habría de oscilar entre 100.000 y 30.000 euros, según el tamaño de cada localidad, incluyendo todos los conceptos salariales. Concretamente al amparo de un primer borrador facilitado por el Ejecutivo los 4.673 municipios que tuviesen menos de 1.000 habitantes no podrían pagar a los cargos electos ni habría dedicaciones exclusivas, si bien podrían recibir dietas por asistencia a Plenos, algo que en la práctica ya sucede en la mayoría de los casos. Asimismo se establecería como tope el sueldo de un Secretario de Estado (de unos 100.000 euros gracias a los complementos) para los regidores de los seis municipios españoles con más de medio millón de habitantes. Aquellos municipios con una población de entre 300.000 y medio millón de habitantes tendrían como techo esa referencia, menos un 10%. Y así sucesivamente, adoptando el criterio de a menor población menos sueldo.

De este modo se procedía a limitar el número de cargos públicos con dedicación exclusiva, así como el sueldo de los alcaldes y concejales, con el tope del salario correspondiente a un Secretario de Estado. Igualmente se establecerían límites retributivos para los gerentes de Entidades Locales, afirmándose a este respecto en el Proyecto de Ley que *“Se incluye (...) una ordenación responsable de las retribuciones del personal al servicio de las Corporaciones Locales (...) cualquiera que sea la naturaleza jurídica de su relación con la Administración”*. Y no cobrarán los alcaldes de localidades con menos de mil habitantes.

Se fijaban pues límites establecidos en función de criterios poblacionales al número de cargos representativos locales que podrían ejercer sus funciones en régimen de dedicación exclusiva y el número de personal eventual al servicio de las Entidades Locales, el cual no podría superar un determinado número en función de la población del municipio. De este modo el Estado venía a asumir un importante control retributivo en la Administración y en el Sector público local, restringiéndose la figura del personal eventual entendida como fórmula de exclusiva prestación de servicios para la Entidad local, los cuales habrán de prestarse exclusivamente en los *“servicios generales”* de cada Entidad local.

En relación con la cuestión relativa a la prestación de servicios en la Administración Local, se introduce un nuevo art. 92.2 de la Ley de Bases de Régimen Local, de conformidad con el cual *“Con carácter general, los puestos de trabajo en la Administración Local y sus Organismos Autónomos serán desempeñados por personal funcionario”*. Por su parte el art. 92.3 de la Ley establece una reserva de funciones para este colectivo, efectuándose una traslación del art. 9.2 y del primer párrafo de la Disp. Adic. 2ª del Estatuto Básico del Empleado Público¹³. Tal y como

¹³ Señala concretamente este nuevo precepto que *“Corresponde exclusivamente a los funcionarios de carrera al servicio de la Administración local el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales. Igualmente son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado a funcionarios de carrera, las que impliquen ejercicio de autoridad, y en general, aquellas que en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función.”*

ha precisado BOLTAINA BOSCH¹⁴ se recupera *“la vieja dicción del antiguo art. 92 de la LBRL –sustituido precisamente por el EBEP– de que se reservará en todo caso a los funcionarios aquellos puestos que impliquen una ‘mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función’”*.

A la hora de delimitar el nuevo modelo retributivo del personal de los Entes Locales, relativo a los miembros de las Corporaciones Locales y al personal al servicio de las Entidades Locales (a pesar de tratarse de regímenes jurídicos completamente diferentes), el Proyecto de Ley procedió inicialmente a fijar los límites retributivos totales anuales para los miembros de las Corporaciones locales derivando a la Ley de Presupuestos Generales del Estado la concreción de los mismos¹⁵. Tal y como se ha señalado con anterioridad por el conjunto de los conceptos retributivos y asistencias en ningún caso se podría superar la retribución de un Secretario de Estado de la Administración General del Estado, procediéndose a partir de dicho límite a reducir el porcentaje en un 10% (hasta alcanzar un 80%) en función del tramo de población del municipio, y fijándose también la retribución total máxima a percibir por los Presidentes de las Diputaciones Provinciales, que quedaría subordinada, como máximo, a la retribución del alcalde del municipio más poblado de su provincia.

Asimismo fue objeto de regulación el régimen de dedicación exclusiva prohibiéndose en determinados supuestos (caso, por ejemplo, de los municipios de población inferior a 1000 habitantes) el régimen de incompatibilidad de estas dedicaciones si coincidiese el cargo electo con su elección como diputado provincial y el régimen de asistencias, que sólo correspondería a aquel electo que no gozase ni de dedicación exclusiva ni parcial.

En relación con el nuevo régimen retributivo de los empleados públicos locales el apartado cuarto de la Disp. Adic. Séptima del Proyecto de Ley tomaba como referencia el marco de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria de 2012 así como el art. 93.2 de la LBRL, estableciendo que *“Las retribuciones complementarias se atenderán, asimismo, a la estructura y criterios de valoración objetiva de las del resto de los funcionarios públicos. Su cuantía global será fijada por el Pleno de la Corporación dentro de los límites máximos y mínimos que se señalen por el Estado”*.¹⁶

Añadía a continuación el citado precepto que correspondería exclusivamente al Estado, a través de la Ley de Presupuestos, fijar la horquilla retributiva. La Ley de Presupuestos podría establecer un límite máximo y mínimo total en las percepciones del personal funcionario y laboral de las Administraciones Locales, superando así el ámbito de aplicación del art. 93.2 de la LBRL, que se refiere exclusivamente a las retribuciones complementarias. Dichos límites máximos y mínimos lo serían por todos los conceptos retributivos que pudieran percibirse por los empleados locales de las Entidades Locales y de entidades de ellas dependientes en función del grupo de clasificación profesional, así como de otros factores que se puedan determinar cada año en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. En todo caso tuvo lugar la fijación de un límite máximo por todos los conceptos retributivos, lo que debía interpretarse como comprensivo del complemento de antigüedad. Dicho máximo anual a percibir se vinculaba además en función del grupo de clasificación profesional y de otros factores que pudieran determinarse en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado de cada año.

Finalmente, y tras la aprobación de la Ley 27/2013, aquellos municipios que tengan al día sus cuentas y cumplan con la Ley de Morosidad no tendrán que aplicar hasta el 30 de junio de 2015 la limitación legal en personal eventual y cargos públicos con dedicación exclusiva. Los ediles de pueblos entre 1.000 y 2.000 habitantes podrán cobrar como máximo el 30% de lo que ingresa un secretario de Estado (unos 20.100 euros brutos anuales). En el arranque de la tramitación parlamentaria ese salario se limitaba a 13.400 euros. Finalmente, y tras la aprobación de una Enmienda en el Senado, se dispuso que el techo se situase en 40.000 euros. De este modo, y tomando siempre como referencia la retribución de los Secretarios de Estado, el techo salarial para los ediles que presten sus servicios en municipios de 5.001 a 10.000 habitantes pasó de 40.000 euros como máximo a 45.000 euros. Y los de entre 10.001 y 20.000 habitantes podrán ingresar como tope un 5% más que lo que dictaba el Proyecto inicial.

Por lo que respecta a los alcaldes de municipios de menos de 1.000 habitantes, a pesar de que no podrán disfrutar de dedicación exclusiva, excepcionalmente podrán desempeñar sus cargos con dedicación parcial, percibiendo sus retribuciones dentro de los límites máximos señalados en la Ley de Presupuestos Generales. A tal

14 BOLTAINA BOSCH, X., “La reforma del régimen local y la posible modificación, limitación o reducción de las retribuciones de los empleados públicos”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2013 (Consultado en www.westlaw.es). Tal y como afirma el citado autor la nueva redacción resulta *“poco respetuosa con un esquema lógico de normativa sobre empleo público al dar preeminencia a una norma ajena al mismo, sino referida a la administración local, y también subordinar la legislación de función pública autonómica a lo que se fije en la nueva LBRL”*.

15 Ello es así a pesar de que cada Comunidad Autónoma, de acuerdo con lo dispuesto de manera expresa en el Estatuto Básico del Empleado Público, goza de un amplio margen legislativo para establecer su marco retributivo.

16 En relación con el alcance de la citada regulación señala BOLTAINA BOSCH, X., “La reforma del régimen local y la posible modificación, limitación o reducción de las retribuciones de los empleados públicos”, *ob. cit.*, que la citada regulación *“unifica a todas las Entidades Locales, sin importar su estado real financiero ni su realidad específica; porque orilla por completamente los criterios de política de recursos humanos reduciendo toda la intervención a un criterio economicista, y porque finalmente, la inconcreción es tal, que queda todo en una imprecisión jurídica muy significativa”*.

efecto los baremos habrán de quedar referenciados al salario de un Secretario de Estado, cuyo bruto anual en los últimos Presupuestos Generales del Estado es de 68.363 pero que, como se ha señalado con anterioridad, junto al complemento de productividad, ronda los 100.000 euros.

IX. OTRAS REFORMAS DE INTERÉS

Con la finalidad de favorecer la iniciativa económica privada evitando intervenciones administrativas desproporcionadas, se limita el uso de autorizaciones administrativas para iniciar una actividad económica a casos en los que su necesidad y proporcionalidad queden claramente justificadas. Así las cosas, y al objeto de fomentar la actividad económica local, el ejercicio de actividades por parte de los Entes Locales no se someterá a la obtención de licencia, salvo en los casos en los que su necesidad y proporcionalidad queden claramente justificadas. Asimismo se suprimen monopolios que venían heredados del pasado, como lonjas y mercados y que recaen sobre sectores económicos pujantes en la actualidad.

En relación con la mayoría requerida para la adopción de acuerdos en las Corporaciones Locales se señala, a través de la introducción de una nueva Disposición Adicional Decimosexta que, excepcionalmente, cuando el Pleno de la Corporación Local no alcance, en una primera votación, la mayoría necesaria para la adopción de acuerdos prevista en la nueva Ley, la Junta de Gobierno Local tendrá competencia para aprobar: el presupuesto del ejercicio inmediato siguiente, siempre que previamente exista un presupuesto prorrogado; los planes económico-financieros, los planes de reequilibrio y los planes de ajuste a los que se refiere la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril; los planes de saneamiento de la Corporación Local o los planes de reducción de deudas; y la entrada de la Corporación Local en los mecanismos extraordinarios de financiación vigentes a los que se refiere la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, y, en particular, el acceso a las medidas extraordinarias de apoyo a la liquidez previstas en el 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.

En todo caso la Junta de Gobierno Local dará cuenta al Pleno en la primera sesión que se celebre con posterioridad a la adopción de los acuerdos mencionados, los cuales serán objeto de publicación de conformidad con las normas generales que les resulten de aplicación.

Respecto de las Mancomunidades de municipios se señala en la Disp. Transít. 11ª de la Ley que, en el plazo de seis meses a contar desde la entrada en vigor de la Ley 27/2013, las mancomunidades de municipios deberán de adaptar sus estatutos a lo previsto en el art. 44 de la Ley 7/1985 para no incurrir en causa de disolución. Las competencias de las mancomunidades de municipios estarán orientadas exclusivamente a la realización de obras y la prestación de los servicios públicos que sean necesarios para que los municipios puedan ejercer las competencias o prestar los servicios enumerados en los arts. 25 y 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local. El expediente para la disolución será iniciado y resuelto por el Órgano de Gobierno de la Comunidad Autónoma, y en todo caso, conllevará que el personal que estuviera al servicio de la mancomunidad disuelta quede incorporado en las Entidades Locales que formaran parte de ella de acuerdo con lo previsto en sus estatutos y que las Entidades Locales que formen parte de la mancomunidad disuelta queden subrogadas en todos sus derechos y obligaciones.

En cuanto a las mancomunidades y a otros organismos intermedios ya existentes que tampoco cumplan dichos requisitos de eficiencia, se prevé que dichos entes desaparezcan, no siendo posible la creación de otros nuevos. La principal finalidad de dicha medida no es otra que reforzar las competencias de las Diputaciones Provinciales, al objeto de tratar de convertir a éstas en centrales de servicios y de compras, al considerar que así se ahorrarán también costes. Recuérdese a este respecto que, tal y como ya se ha precisado, la presente reforma persigue otorgar un mayor poder a las Diputaciones, las cuales asumirían directamente la prestación de servicios de los municipios que no respeten el equilibrio presupuestario o que gasten más de lo que deben o se endeuden por encima de lo que marca la ley. Aquellos Ayuntamientos en dificultades económicas con más de 20.000 habitantes seguirían prestando los servicios indirectamente, sin poder político sobre la gestión de los mismos (por ejemplo, en la contratación). Los servicios de las mancomunidades pasarán un examen, pudiendo llegar a desaparecer en el supuesto de que no alcancen unos niveles de eficiencia. Concretamente las mancomunidades y las Entidades Locales menores deberán rendir cuentas en tres meses, y las que no lo hagan desaparecerán.

Para finalizar queremos referirnos de manera específica a la modificación operada del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo (TRLS), a cuyo art. 39 se incorporó un nuevo apartado quinto. A resultas de una Enmienda introducida por el Grupo Parlamentario Popular se permite a los Entes Locales destinar suelo a reducir deuda de forma excepcional y con determinadas condiciones, debiendo reponer el importe de ese suelo en un plazo máximo de diez años.

A través de la introducción de dicha Enmienda se persiguió que los Ayuntamientos cuenten con una herramienta más para reducir su deuda que asciende a 43.153 millones de euros, según los últimos datos del

Banco de España referentes a junio de 2013. A tal efecto la citada Enmienda vino a modificar el TRLS y añadió un nuevo apartado por el que los ayuntamientos podrán destinar el terreno público “a reducir la deuda comercial y financiera”. Con anterioridad a la introducción de la presente reforma dichos solares sólo se podían utilizar para fines como la construcción de vivienda protegida o dotaciones públicas (colegios, centros de salud, parques, etc.). Este nuevo uso del suelo público se hará “excepcionalmente” y con condiciones, a saber: haber aprobado el Presupuesto de la Entidad Local del año en curso y liquidado los de los ejercicios anteriores; tener el Registro del patrimonio municipal del suelo correctamente actualizado; que el Presupuesto municipal tenga correctamente contabilizadas las partidas del patrimonio municipal del suelo; que exista un Acuerdo del Pleno de la Corporación Local en el que se justifique que no es necesario dedicar esas cantidades a los fines propios del patrimonio público del suelo y que se van a destinar a la reducción de la deuda de la Corporación Local, indicando el modo en que se procederá a su devolución; y que se haya obtenido la autorización previa del órgano que ejerza la tutela financiera.

El importe del que se disponga deberá ser repuesto por la Corporación Local en un plazo máximo de diez años, de acuerdo con las anualidades y porcentajes fijados por Acuerdo del Pleno para la devolución al patrimonio municipal del suelo de las cantidades utilizadas. Por su parte los Presupuestos de los ejercicios siguientes al de adopción del Acuerdo deberán recoger, con cargo a los ingresos corrientes, las anualidades citadas. Todo ello con el objetivo último de reducir la deuda en un momento de paralización del mercado inmobiliario y de un amplísimo parque de viviendas pendiente de venta y a precios reducidos.

De este modo, y a resultas de la introducción de la citada Enmienda, aquellos municipios que dispongan de un patrimonio público de suelo (para vivienda protegida y equipamientos) podrán destinarlo a reducir la deuda comercial y financiera. Con carácter general se prevé que esta vía para amortizar deuda, que en el caso de las Corporaciones Locales se eleva en la actualidad a 43.153 millones de euros, beneficie sobre todo a los Ayuntamientos donde más se ha construido en la época del boom inmobiliario y que, por consiguiente, tienen un mayor patrimonio por las cesiones obligatorias de los promotores privados.

Se autoriza pues a los municipios para destinar al pago de la deuda el suelo que con anterioridad se dedicaba a construir Viviendas de Protección Oficial o a otros usos sociales (colegios, centros de salud, zonas verdes), siempre y cuando se cumplan unos requisitos. A pesar de que nada se señaló en la Enmienda acerca de cómo se ha de realizar la amortización, parece razonable considerar que las parcelas puedan subastarse para conseguir liquidez. Con carácter adicional aquellos Entes Locales que quieran acceder a esta medida deberán cumplir unos requisitos adicionales tales como tener un registro del patrimonio municipal del suelo actualizado y que el presupuesto contabilice correctamente las partidas del patrimonio o que se tenga la autorización de Hacienda. Los Plenos de las Corporaciones Locales deberán justificar que no es necesario dedicar ese suelo a fines sociales, quedando obligados a reponerlo en el plazo de diez años de acuerdo con un calendario anual. Ahora bien nada se señala acerca de las consecuencias que pudieran llegar a derivarse de un eventual incumplimiento.

X. REFLEXIONES FINALES

La aprobación de la nueva Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, persigue la consecución de los siguientes objetivos básicos: clarificar las competencias municipales para evitar duplicidades con las competencias de otras Administraciones de forma que se haga efectivo el principio “una Administración una competencia”; racionalizar la estructura organizativa de la Administración local de acuerdo con los principios de eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera; garantizar un control financiero y presupuestario más riguroso y favorecer la iniciativa económica privada evitando intervenciones administrativas desproporcionadas.

Desde nuestro punto de vista lo esencial en relación con la nueva reforma es que se alcance una delimitación clara de la relación existente entre las diferentes Administraciones a la hora de prestar los servicios, sobre todos aquellos que les deleguen las Comunidades Autónomas. Debe alcanzarse un reparto competencial suficientemente adecuado en base al cual los Entes Locales presten únicamente aquellos servicios que les correspondan de conformidad con lo establecido en la Ley Reguladora de Bases de Régimen Local, sin merma de sus recursos financieros y sin incurrir en déficit. Y ello con el objetivo de otorgar estabilidad a la delegación de competencias y garantizar la financiación.

Estimamos que la reforma operada únicamente podrá ser valorada positivamente si logra evitar duplicidades administrativas así como reforzar el control financiero de las Entidades locales y favorecer el desarrollo de la iniciativa privada.

La concesión de servicios, nuevo objeto de regulación del Derecho Comunitario. Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión¹

Francisca Villalba Pérez

Profesora Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Granada
villalba@ugr.es

Recibido: 17 de abril 2014
Aceptado: 13 de junio 2014

Resumen

Ante las dificultades económicas provocadas por el actual contexto de crisis, la Unión Europea, con el fin de reforzar los aspectos innovadores, ambientales y sociales de los servicios de interés general, manteniendo su continuidad con cierto grado de calidad, ha reaccionado aprobando un conjunto de medidas que pretenden incrementar la eficiencia del gasto público garantizando los mejores resultados en términos de relación calidad/precio. Una de ellas ha sido la Directiva relativa a la adjudicación de los contratos de concesión que será el objeto de estudio de este trabajo.

Palabras clave

Concesión de servicios, crisis económica, Directiva sobre concesiones, riesgo del concesionario, modificación de la concesión.

The Service Concession New Object of Community law Regulation. Directive 2014/23/UE de 26th february 2014 on the Award of Contract Concession

Abstract

In view of the economic difficulties provoked by the current context of crisis, the European Union, in order to reinforce the innovative, environmental and social aspects of the services of general interest, supporting his continuity with certain degree of quality, has reacted approving a set of measures that try to increase the efficiency of the public expenditure guaranteeing the best results in terms of relation quality / price. One of them has been the Directive on the adjudication of the contracts of concession that will be the object of study of this paper.

Keywords

Concession of services, economic crisis, Directive on concessions, risk of the concessionaire, modification of the concession.

¹ El 15 de enero de 2014 el Parlamento Europeo aprobó por amplia mayoría tres resoluciones legislativas sobre las propuestas de Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo publicadas el 20 de diciembre de 2011. La primera de ellas se refiere a la aprobación de la Directiva sobre contratación pública, que sustituirá a la Directiva 2004/18/CE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro, y de servicios. La segunda, a la Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión, y la tercera, la Directiva sobre contratos celebrados por entidades que operan en los sectores del agua, energía, transportes y servicios postales, que sustituirá a la actual Directiva 2004/17/CE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales. El BOUE de 28 de marzo de 2014 publicó las tres directivas relacionadas con la contratación del sector público.

SUMARIO

I. Punto de partida. Situación actual de los servicios públicos.- II. Creciente privatización de la gestión de los servicios públicos: 1. Consideraciones generales; 2. Disfunciones en la concesión de servicios provocadas por la crisis económica.- III. Nuevas perspectivas europeas.- IV Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión de servicios: 1. Objetivos perseguidos; 2. Concepto, ámbito de aplicación y exclusiones; 3. Principios generales y garantías procedimentales.- 4. El riesgo del concesionario como elemento central de la concesión: riesgo operacional de naturaleza económica; 5. Modificación de la concesión; 6. Subcontratación; 7. Resolución de las concesiones. Conclusiones.

1. PUNTO DE PARTIDA. SITUACIÓN ACTUAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

La actual crisis económica y financiera ha puesto de manifiesto el papel central que desempeñan los servicios públicos a la hora de garantizar la cohesión social y territorial en un momento en el que las posibilidades del sector público están sometidas a fuertes limitaciones presupuestarias, que obligan al regulador, gestor, y supervisor a garantizar una utilización óptima de los recursos disponibles con la finalidad de asegurar la continuidad, regularidad y estabilidad del servicio. Sin embargo, este elemental objetivo que implica una planificación y organización ordenada del servicio y una prestación eficiente ha quedado desdibujado para los ciudadanos que observan con cierta incertidumbre e inquietud las orientaciones del mercado y la respuesta de las instituciones públicas en general, españolas y europeas, a las gravísimas consecuencias de la crisis económica.

Esta pérdida de confianza y credibilidad en el mercado y en el sector público ha influido para que se reivindicquen la adopción de procesos de regeneración ética y de cambio, de nuevos patrones de comportamiento, del diseño de un nuevo sistema operativo² con reestructuraciones internas encaminadas a eliminar burocracia y a flexibilizar y simplificar procedimientos, de una nueva metodología de actuación³ dotada de mayor autonomía en la gestión y de una nueva filosofía de la responsabilidad del gestor y del supervisor. Pero, todos estos cambios carecerán de validez si no existe un férreo control que permita contrastar la bondad y la transparencia del gasto público. Los tradicionales sistemas de control orientados a verificar el cumplimiento de la legalidad han de verse acompañados de rigurosas evaluaciones en el cumplimiento de los principios de economía, eficiencia, eficacia, y enjuiciar la responsabilidad del prestador y del supervisor. En España la intervención del Tribunal de Cuentas se produce tarde y sólo frente a determinadas cuantías económicas, y a la intervención previa le es imposible valorar el resultado de unos objetivos previstos pero no ejecutados⁴.

Esta necesidad de regeneración de los servicios públicos nos invita a preguntarnos hacia dónde giran las nuevas orientaciones, hacia fórmulas remozadas de provisión pública o hacia fórmulas que introduzcan mayor competencia en el mercado, más allá del Estado. El profesor ESTEVE PARDO ha manifestado que el mantenimiento del Estado social, constatados los elevados costes y desaparecidas las circunstancias históricas que lo hicieron posible, se presenta hoy como un objetivo difícilmente alcanzable, en riesgo de utopía. El nuevo modelo de Estado que ahora se vislumbra es el de Estado garante⁵, cuyo objetivo no es dispensar directamente determinadas prestaciones, sino garantizarlas de manera efectiva, corriendo a cargo en buena medida de sujetos privados. El modelo de Estado garante no contradice, en principio, los postulados fundamentales del Estado social, que

² Desde hace algún tiempo se vienen reivindicando procesos de mejora y cambio que permitan mejorar la eficiencia y sostenibilidad de los servicios públicos. Véase GARCÍA SANCHEZ I. M., “Nueva gestión pública: evolución y tendencias”, *Presupuesto y Gasto Público* nº 47, 2007, pág. 38.

³ La participación, compromiso y satisfacción de los ciudadanos (no sólo de los consumidores o usuarios) es un elemento clave en la valoración de la eficacia y de la eficiencia de la prestación del servicio

⁴ Como señalan ARIMANY y MAGIDE en nuestro sistema constitucional el servicio público constituye un elemento esencial en la configuración del Estado social (artículo 1.1 de la Constitución). Pero este papel central no significa, en modo alguno, que no pueda y deba replantearse su concepción más tradicional, lo que no supone una renuncia a las exigencias del Estado social, sino una adaptación de estas a las nuevas circunstancias sociales y económicas. El servicio público es un medio para garantizar determinadas prestaciones esenciales para los ciudadanos y unos niveles mínimos de bienestar, y ni la inercia ni los prejuicios ideológicos deben impedir su replanteamiento y reforma cuando lo que se pretende es alcanzar del modo más eficiente posible los fines que le son propios: igualdad, accesibilidad, asequibilidad, regularidad, continuidad y progreso (ARIMANY E. y MAGIDE M., “El necesario replanteamiento de los servicios públicos. Dos ejemplos paradigmáticos: el abastecimiento de agua a poblaciones y la atención sanitaria especializada”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, número extraordinario 2012, pág. 81).

⁵ El concepto de Estado garante comienza a diseñarse en Alemania hace unos años como alternativa al adelgazamiento del Estado y su costoso aparato administrativo. Uno de sus expositores más influyente es *Andreas Vosskuhle*, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Friburgo y en la actualidad presidente del Tribunal Constitucional (ESTEVE PARDO J., “Es sostenible el Estado de Bienestar”, *El País*, 24 de octubre de 2013; *La nueva relación entre Estado y sociedad: Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, Madrid, 2013).

no requiere necesariamente de un monopolio o protagonismo del sector público; tampoco contradice nuestra Constitución, que reiteradamente afirma que los poderes públicos “garantizarán” una serie de prestaciones, sin imponerles la carga de su gestión directa.

Y este debate social sobre el papel del Estado ha influido para que las autoridades comunitarias, con el fin de reforzar los aspectos innovadores, ambientales y sociales de los servicios de interés general, manteniendo su continuidad con cierto grado de calidad, hayan reaccionado aprobando un conjunto de medidas de carácter normativo unas, y recomendaciones y propuestas otras, que serán el objeto de estudio de este trabajo. Las propuestas europeas pretenden incrementar la eficiencia del gasto público para garantizar los mejores resultados en términos de relación calidad/precio. Y este objetivo implica simplificar la regulación, establecer procedimientos más racionales y eficientes, facilitar la participación de las PYME y de operadores transfronterizos, y utilizar criterios y condiciones sociales que permitan la integración de colectivos desfavorecidos, la protección del medio ambiente, potenciando la eficiencia energética y la lucha contra el cambio climático⁶.

2. CRECIENTE PRIVATIZACIÓN DE LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

1. Consideraciones generales

Los efectos de la actual crisis económica y financiera imponen un control más estricto del presupuesto, la deuda y el déficit público, y la búsqueda de mayor eficiencia en las formas de gestión que permitan reducir los costes y, por tanto, soslayar las dificultades económicas. La Ley de estabilidad presupuestaria⁷ que obliga al sector público a mantener un equilibrio contable e impone, en muchos casos, una rebaja de las aportaciones públicas al servicio ha propiciado la externalización de la gestión mediante fórmulas contractuales de gestión indirecta en las modalidades de concesión y de sociedad de economía mixta. Convirtiéndolas en instrumentos idóneos para atraer capital privado en sectores reservados a la gestión directa. No se trata de privatizar la actividad en el sentido de una despublificación sino de una privatización funcional limitada al ámbito de la gestión⁸. En palabras de GERARD MARCOU se trata de un conjunto de instituciones jurídicas que pretenden movilizar y atraer la inversión y el saber hacer industrial y técnico del sector privado, con el fin de dotar de los equipamientos públicos necesarios a la sociedad y la economía⁹.

La concesión de servicios públicos, modalidad paradigmática de la gestión indirecta, consiste en la transferencia al gestor indirecto (sujeto privado) de facultades originariamente administrativas. El concesionario, que gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura, puede, incluso, dictar, por delegación de la Administración titular del servicio, actos susceptibles de impugnación mediante recurso administrativo. El servicio público concesionado ha de tener un contenido económico que lo haga susceptibles de explotación por empresarios particulares, quedando excluidos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos¹⁰.

La sociedad de economía mixta permite a la Administración participar, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas en la gestión del servicio público. La constitución de una sociedad de economía mixta con un empresario previamente elegido o la enajenación de parte de la totalidad de las acciones o participaciones sociales representativas del capital de una sociedad mercantil pública, supone una actuación compleja en la que, además de elegir al socio privado, se atribuye a la sociedad mixta un contrato de gestión de servicio público. La disposición adicional vigésima novena del TRLCSP siguiendo el sentido de la Comunicación de la Comisión Europea sobre colaboración público-privada institucionalizada¹¹ aclara que es perfectamente posible utilizar un solo procedimiento para elegir el socio y atribuir el contrato a la sociedad mercantil, de modo que no resulta necesario un procedimiento específico de adjudicación del contrato a la sociedad mixta para cumplir con las exigencias de transparencia del Derecho comunitario en materia de

6 En la contratación pública las autoridades de los Estados miembros podrán dar prioridad a consideraciones medioambientales, aspectos sociales o a la innovación, sin olvidar la calidad y el precio del objeto de la licitación. Los criterios de adjudicación que introducen las nuevas Directivas intentan hacer de la calidad de las prestaciones una cuestión fundamental.

7 Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

8 ARIMANY E. y MAGIDE M., “El necesario replanteamiento de los servicios públicos. Dos ejemplos paradigmáticos: el abastecimiento de agua a poblaciones y la atención sanitaria especializada”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, número extraordinario 2012, págs. 84-85

9 GERARD MERCOU y FRANCK MODERNE, *Derecho de regulación, los servicios públicos y la integración regional*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, pág. 147.

10 En relación al ámbito de aplicación del contrato de gestión de servicio público, determina el artículo 275 TRLCSP que la Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos

11 Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI), 2008/C 91/02, DOUE de 12 de abril de 2008.

contratación pública¹².

En aquellos casos en los que el gestor privado reciba la remuneración económica del ente titular del servicio público y no pueda identificarse la explotación económica (artículos 281 TRLCSP)¹³, se abre paso la oportunidad de celebrar un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, bien sea en su modalidad de colaboración simple o de colaboración institucionalizada. No obstante, hay que reconocer que, junto con las ventajas propias de su regulación, fundamentalmente, su carácter abierto, nuestro Derecho ha concebido al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado como un contrato excesivamente complejo en su preparación y adjudicación y de carácter subsidiario respecto de los demás tipos contractuales, lo que conduce en el ámbito de los servicios públicos locales a una escasa utilización.

Y en el marco de esta gestión indirecta de los servicios públicos, en concreto en el marco de la concesión, se están observando una serie de disfunciones provocadas fundamentalmente por la crisis económica en el que se desenvuelven. Nos referimos a la insuficiencia en la remuneración del concesionario, la financiación de la concesión, la suspensión del contrato, el secuestro y, en algunos supuestos, la resolución contractual. Cuestiones que sería conveniente analizar ante la inminente reforma contractual del sector público a que nos obliga la aprobación de las nuevas directivas europea sobre contratación pública, concesiones y la dirigida a los sectores especiales¹⁴.

2. Disfunciones en la concesión de servicios provocadas por la crisis económica

-En relación a la remuneración del concesionario. La regla general es hacerla efectiva a cargo de las tarifas satisfechas por los usuarios, que deberá ser suficiente para cubrir los costes de inversión, los costes de operación y una razonable tasa de retorno para los capitales propios y ajenos empleados en la concesión. La suficiencia tarifaria, constituye el principio general asumido normativamente, pero en servicios públicos con una demanda inelástica, dicha suficiencia se pone en peligro por bajadas de consumo imputables al menor gasto en tiempo de crisis, o, simplemente, por un consumo más responsable. Y estas bajadas de consumo tienen una relevante repercusión en el mantenimiento del equilibrio económico-financiero del servicio. Los costes asociados no bajan en la misma proporción que disminuye la demanda. El artículo 282 del TRLCSP incluye como causas de equilibrio económico financiero del contrato el *ius variandi*, el *factum principis* y los casos de fuerza mayor pero nada indica sobre el riesgo imprevisible. Aunque el TS¹⁵ se inclina claramente por la admisión del riesgo imprevisible como causa de reequilibrio, sigue sin resolverse de forma inequívoca si el impacto de la crisis económica, en forma de menos demanda en el servicio, constituye esa circunstancia sobrevenida no previsible que subvierte la economía de la concesión por causas ajenas a las partes, dando lugar a una compensación a cargo de la Administración concedente. Hecho que indudablemente genera inseguridad jurídica.

-En cuanto a la financiación de la concesión, debemos recordar la aversión actual de las entidades financieras a financiar todo aquello que implique un largo plazo de amortización, lo que está provocando serios problemas a los operadores que vuelven a pensar en figuras poco utilizadas hasta ahora, como la financiación mediante bonos u obligaciones o los fondos de inversión en infraestructuras y servicios públicos. El legislador no ha tratado convenientemente la financiación del concesionario de servicios públicos y sigue inédita, cualquier previsión normativa relativa a la financiación del contratista de gestión de servicios públicos. Tampoco ha cumplido el legislador su previsión de aprobar una ley que regule las distintas modalidades de captación de financiación en los mercados por los concesionarios de obras públicas o por los titulares de contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado¹⁶.

12 Especifica la disposición adicional vigésimo novena del TRLCSP que los contratos públicos y concesiones podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concurra capital público y privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en esta Ley para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto, y en su caso, las relativas al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado.

13 Concreta el artículo 281 del TRLCSP que el contratista tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, entre las que se incluirá, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración.

14 Recordemos que ante la reciente aprobación de las nuevas directivas en materia de contratación pública, concesiones y sectores especiales, los Estados miembros tienen un periodo de transposición de dos años desde su publicación en el DOUE. Periodo propicio para hacer las reformas y modificaciones necesarias.

15 La STS de 16 de mayo de 2011, Sala 3ª, Sección séptima, Recurso 566/2008, referida a una concesión de obra pública, da buena fe de ello. Sin embargo, posteriormente el mismo Tribunal Supremo ha matizado su doctrina sobre la admisión del principio de compensación integral (SSTS de 21 de noviembre y 12 de diciembre de 2011).

16 La Ley 30/2007, de Contrato del Sector Público dejó subsistentes las previsiones del anterior Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RD Legislativo 2/2000), referidas, únicamente, a la financiación del concesionario de obra pública, previsiones que, por otra parte, han tenido que reincorporarse de nuevo formalmente al TRLCSP, al no cumplir la propia Ley de Contratos del Sector Público su previsión de aprobar una Ley que regulase las distintas modalidades de captación de financiación en los mercados por los concesionarios de obras públicas o por los titulares de contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado.

Junto a estos problemas han aflorado también algunas debilidades que en épocas de normalidad económica no presentaban problema alguno en relación a la suspensión, recate, secuestro y resolución del contrato de concesión de servicios, debido a una utilización incorrecta e indiscriminada de algunas de estas figuras, cuando el concepto, contenido, los efectos y el régimen jurídico de cada una de ellas es completamente distinto.

Sería bueno por ello que recordáramos las repercusiones legales de cada una de estas figuras jurídicas. *La suspensión del servicio* implica la paralización o interrupción temporal de la ejecución del contrato. *El rescate del servicio* implica una decisión unilateral adoptada discrecionalmente por la Administración concedente que da por terminada la concesión antes de la fecha pactada a pesar de la buena gestión del concesionario asumiendo la Administración concedente la prestación del servicio directamente. Se trata de una decisión unilateral debidamente motivada por la que el órgano de contratación pone fin a la concesión del servicio por razones de interés público sin que el concesionario haya incurrido en irregularidad alguna. Por el contrario *el secuestro del servicio* implica una medida coyuntural o temporal adoptada por la Administración concedente para supuestos en que el concesionario haya incurrido en una infracción grave que pone en peligro la buena prestación del servicio. El secuestro implica la intervención temporal del servicio a costa del concesionario. Por último *la caducidad del servicio*, supone la extinción anticipada del servicio producida por una infracción gravísima de las obligaciones esenciales del concesionario o cuando se haya producido un secuestro previo y el concesionario vuelva a incidir en las mismas infracciones que lo determinaron o en otras similares. Suele configurarse como un supuesto de resolución contractual.

La práctica más habitual en los últimos años ha sido el sistemático incumplimiento de las obligaciones de pago por parte de las Administraciones públicas a los concesionarios y contratistas, que han respondido, en muchos casos, con la suspensión del contrato. Esta facultad de suspender la ejecución del contrato por parte del contratista está contemplada en nuestro ordenamiento jurídico con la finalidad de aminorar los efectos de un retraso cualificado de la Administración en el cumplimiento de su obligación de pago¹⁷. En concreto, nuestra normativa aplicable a todos los contratos administrativos (artículo 216.5 del TRLCSP), especifica que si la demora en el pago fuese superior a cuatro meses, el contratista podrá proceder a la suspensión del cumplimiento del contrato comunicándose a la Administración con un mes de antelación¹⁸. Y la Administración deberá levantar un acta en la que se consignarán las circunstancias que han motivado la suspensión y la situación de la ejecución del contrato, y abonará al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos (artículo 220 TRLCSP). Este sistema, es el sistema general aplicable a todos los contratos administrativos.

No obstante, con la finalidad de proteger la regularidad y continuidad en la prestación del servicio, nuestra normativa contractual pública no prevé la suspensión del cumplimiento del contrato de gestión de servicio público¹⁹. El artículo 284 del TRLCSP, precepto específico del contrato de gestión de servicios públicos, concreta que si la Administración no hiciera efectiva al contratista la contraprestación económica o no entregare los medios auxiliares a que se obligó en el contrato dentro de los plazos previstos el contratista tendrá derecho al interés de demora a partir del vencimiento del plazo previsto para su entrega, así como de los daños y perjuicios sufridos de conformidad con lo establecido en el artículo 216 TRLCSP, estableciendo el artículo 286 TRLCSP el plazo para que el contratista pueda instar la resolución del contrato en 6 meses²⁰.

Pues bien, ante las suspensiones adoptadas por el concesionario de servicios ante el incumplimiento de pago por parte de la Administración se han producido casos de intervención del servicio (secuestro) para evitar conflictos ciudadanos y costes políticos, haciendo recaer durante largo tiempo la financiación del servicio secuestrado a cargo del contratista²¹. Lo que ha agravado aún más la situación económica del concesionario,

17 Recordemos que el artículo 281 del TRLCSP determina que el contratista tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, entre las que se incluirá, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración

18 Si la demora en el pago fuese superior a cuatro meses, el contratista podrá proceder, en su caso, a la suspensión del cumplimiento del contrato, debiendo comunicar a la Administración, con un mes de antelación, tal circunstancia, a efectos del reconocimiento de los derechos que puedan derivarse de dicha suspensión, en los términos establecidos en esta Ley

19 A pesar de ello en ocasiones son los propios pliegos de cláusulas administrativas particulares los que, obviando los preceptos antes citados, suelen reconocer expresamente la facultad de suspensión de la prestación por parte del gestor indirecto en los mencionados casos de demora de la Administración en el pago.

20 Plazo que ha equiparado al contrato de gestión de servicios públicos con el resto de contratos administrativos. Hasta hace poco tiempo el plazo previsto en el artículo 216 para poder instar la resolución del contrato por incumplimiento de la Administración de su obligación de pago era de 8 meses. La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización ha modificado el artículo 216.6 del TRLCSP acortando el plazo para instar la resolución del contrato a 6 meses.

21 Si el concesionario suspendiera el servicio, la Administración podrá instar la intervención de la concesión. El artículo 285 del TRLCSP determina que si del incumplimiento por parte del contratista se derivase perturbación grave y no reparable por otros medios en el servicio público y la Administración no decidiese la resolución del contrato, podrá acordar la intervención del mismo hasta que aquella desaparezca. En todo caso, el contratista deberá abonar a la Administración los daños y perjuicios que efectivamente le haya irrogado

cuando en realidad se trata de una causa específica de resolución del contrato de gestión de servicios públicos²².

En otras ocasiones la Administración ha utilizado la figura del rescate, no por razones de interés público que avalen gestionar directamente la prestación del servicio tal como ordena nuestra normativa (artículo 287.2 TRLCSP), sino para retomar el control del servicio y volver a licitar la concesión por un tiempo lo suficientemente prolongado como para exigir un nuevo y sustancioso canon al nuevo adjudicatario. Cuando en realidad se trata de una extinción anticipada del contrato mediante su resolución. Recordemos que además de las causas generales de resolución de los contratos administrativos²³ la normativa contempla unas causas específicas de resolución del contrato de gestión de servicios públicos y como efecto común a tres de ellas, la Administración, sin perjuicio de compensar al concesionario por la parte no amortizada de su inversión, le indemnizará por los daños y perjuicios que se le irroguen, incluido el lucro cesante o beneficios futuros, en los términos que el artículo 288.4 TRLCSP indica.

Ante este incumplimiento de las obligaciones contractuales provocado por el contratista y por la Administración concedente se produce una concurrencia de causas de resolución no contemplada en el TRLCSP. No obstante, la Administración concedente, encargada de velar por el interés general o público, tiene prioridad en la aplicación de dichas causas de resolución. Se trata como vemos de debilidades de la regulación en unos casos y de mala praxis en otros que deberían ser replantadas en la medida que disuaden a potenciales inversores y encarecen sustancialmente la financiación del servicio, generan inseguridad jurídica e innumerables conflictos entre la Administración y el contratista con el coste a ello inherente, y el inevitable impacto negativo en la colaboración entre las partes que debe presidir la ejecución del contrato.

3. NUEVAS PERSPECTIVAS EUROPEAS

Y en este contexto de crisis económica con fuerte impacto en la capacidad de las empresas y de los Gobiernos para financiar proyectos de inversión que ha obligado a los gestores de servicios públicos a establecer limitaciones presupuestarias y a sanear sus precarias economías, la Comisión Europea, con la idea de consolidar la dimensión social del mercado único, y aclarar y recordar las normas aplicables ha elaborado unas directrices para que los Estados miembros puedan seguir prestando servicios esenciales a pesar de las malas condiciones económicas. El conjunto de medidas europeas de carácter normativo unas, y recomendaciones y propuestas otras, pretenden reforzar los aspectos innovadores, ambientales y sociales de los servicios²⁴, incrementando la eficiencia del gasto público para garantizar los mejores resultados en términos de relación calidad/precio²⁵.

En armonía con la denominada Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, la Comisión Europea en su Comunicación de 13 de abril de 2011, *Acta del Mercado Único: 12 prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza*, señalaba la necesidad de una revisión y modernización del marco normativo de la contratación pública para flexibilizar la adjudicación de los contratos públicos y para que éstos pudieran servir mejor como apoyo de otras políticas.

Para ello se efectuaron consultas a los sectores interesados que incidieron sobre la necesidad de simplificar

²² El artículo 286 del TRLCSP contempla como causas de resolución del contrato de gestión de servicios público, además de las causas generales señaladas en el artículo 223 TRLCSP, salvo las causas previstas en sus letras d) y e), las siguientes:

- a) La demora superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega al contratista de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato.
- b) El rescate del servicio por la Administración.
- c) La supresión del servicio por razones de interés público.
- d) La imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato.

Prescribiendo el artículo 288.4 del TRLCSP que, sin perjuicio de compensar al concesionario por la parte no amortizada de su inversión, la Administración le indemnizará por los daños y perjuicios que se le irroguen, incluido el lucro cesante o beneficios futuros, en los términos que el propio precepto indica

²³ El artículo 223 g) TRLCSP recoge, como causa de resolución aplicable al conjunto de contratos administrativos, la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del Libro I. El apartado 5 del artículo 225 del mismo TRLCSP indica que, en tal supuesto, el contratista tendrá derecho a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista

²⁴ Condiciones sociales como la protección del medio ambiente, mayor eficiencia energética, lucha contra el cambio climático, integración de colectivos desfavorecidos

²⁵ La crisis económica ha cambiado la estructura del mercado y ha puesto de relieve algunas carencias de las economías europeas y ciertos signos de fatiga y cansancio en la integración europea, que han aumentado los sentimientos y aspiraciones de nacionalismos económicos y el desencanto respecto al mercado único, acabando con muchas de las ventajas obtenidas en los últimos años.

las normas de contratación, incrementar su eficiencia y eficacia, y, hacer que se adapten mejor a la evolución del contexto económico y social. Y se adoptaron tres propuestas de Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo aparecidas a finales de diciembre de 2011 (días 20 y 21) relativas a la contratación pública la primera, a la contratación por las entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, la segunda, y, la tercera, y más novedosa referente a la adjudicación de los contratos de concesión. Las dos primeras sustituirán a las actuales directivas 2004/18/CE y 2004/17/CE.

Este conjunto de directrices comunitarias han quedado plasmadas en un primer paquete de reformas generales relacionadas con el mercado interior, y en un segundo, de carácter más específico, dirigido a clarificar la concesión de ayudas públicas a los servicios de interés general.

A) Reformas generales relacionadas con el mercado interior

-*Estrategia UE 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*. Comunicación de la Comisión Europea de 3 de marzo de 2010.

-*Agenda Territorial Europea 2020*, de 19 de mayo de 2011.

-*Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza en el mercado único europeo*. Comunicación de la Comisión adoptada en abril de 2011.

-*Marco de calidad de los servicios de interés general*. Comunicación de la Comisión de 20 de diciembre de 2011.

-*Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente*. Libro Verde de 27 de enero de 2012.

-Directiva 2014/24/UE de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública.

-Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

-Directiva 2014/25/UE de 26 de febrero de 2014 sobre contratos celebrados por entidades que operan en los sectores del agua, energía, transportes y servicios postales aprobada por el Parlamento Europeo el 15 de enero de 2014.

La *Estrategia Europa 2020* propone tres prioridades que se refuerzan mutuamente: a) un crecimiento inteligente basado en el conocimiento y la innovación; b) un conocimiento sostenible que haga un uso más eficaz de los recursos; c) un crecimiento integrador que favorezca la cohesión social y territorial. Pretende potenciar un mercado abierto de servicios reforzando la prestación eficiente y sostenible con la finalidad de afianzar e impulsar una mayor cohesión social y territorial y considera que la contratación pública desempeña un papel clave en la utilización eficiente de los fondos públicos, y el contrato de concesión en particular impulsa el desarrollo estructural a largo plazo de infraestructuras y servicios estratégicos, fomenta la competencia en el mercado interior, y permite aprovechar por el sector público el avance industrial, técnico e innovador del sector privado.

La *Comunicación sobre un marco de calidad de los servicios de interés general*²⁶ intenta proporcionar un marco de acción mediante tres objetivos²⁷: 1º) Aumentar la claridad y la seguridad jurídicas de las normas aplicables a estos servicios; 2º) Proporcionar las herramientas que permitan a los Estados miembros garantizar que los ciudadanos tiene acceso a servicios esenciales y revisar la situación periódicamente; y 3º) Fomentar iniciativas de calidad, en particular, para los servicios sociales que cubren necesidades especialmente importantes, reconociendo el importante papel que estos servicios desempeñan en la difícil situación actual²⁸.

La *Comunicación* explica que el marco comunitario sobre los servicios de interés general pretende acabar con las incertidumbres protegiendo el derecho de acceso a los ciudadanos europeos a los servicios esenciales, para reforzar la dimensión social del mercado y la específica misión de servicio público que cumplen. Para ello expone cómo actuar para que la normativa comunitaria con impacto en la organización, financiación y prestación de los servicios de interés general no sólo no obstaculice su misión de servicio público sino que la facilite y permita. Añadiendo que en la prestación y financiación de los servicios sociales de interés general las fundaciones de utilidad pública desempeñan un papel cada vez mayor. No obstante, reconoce las dificultades para establecer fundaciones en otros Estados miembros con el objetivo de aunar esfuerzos y activos. Por ello propone la creación de fundaciones de interés general a escala transfronteriza, sujetas a una adecuada supervisión, mediante la

²⁶ El Comité Económico y Social lamenta profundamente el título de la Comunicación, que resulta confuso y sugiere más de lo que ofrece su contenido. Confuso porque la expresión “marco de calidad” tiene un significado distinto al contenido que se le suele dar al término de “calidad”, que no es abordado en absoluto en la Comunicación y pueden confundir a los destinatarios (Dictamen nº 481 de 24 de mayo de 2012, DOUE, de 31 de julio de 2012, C-229/100, apartado 4º)

²⁷ Véase el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo Nº 481, de 24 de mayo, de 2012.

²⁸ Para cumplir con estos objetivos, la Comunicación se ha visto acompañada de la aprobación de un paquete de nuevas normas sobre ayudas públicas y de una revisión de las normas de contratación pública y concesiones.

elaboración de un estatuto de fundación europea que, con carácter adicional y optativo, se regiría por normativa comunitaria, complementada por la legislación nacional de los Estados miembros, con el fin de facilitar las actividades transfronterizas de las fundaciones que presten o contribuyan a prestar servicios sociales de interés general en la UE. Mediante estas fundaciones los Estados miembro reducirían las cargas administrativas derivadas de la complejidad de realizar operaciones en varios Estados.

Este paquete de reformas prevé un tratamiento específico para los servicios sociales y sanitarios, a los que sujeta a un régimen más sencillo y flexible. Aplicándoles unos umbrales más elevados, y obligándolos exclusivamente a cumplir los requisitos de transparencia y de igualdad de trato²⁹.

En definitiva, la Comisión Europea mediante la citada Comunicación pretende aclarar los conceptos básicos pertinentes en relación a los servicios de interés económico general; busca simplificar las normas relativas a las ayudas estatales para los pequeños servicios organizados a nivel local y que tienen un efecto limitado en el comercio entre Estados miembros; e introduce un tratamiento más específico para determinados servicios, a fin de diferenciar mejor los servicios de tamaño medio y los servicios sociales, por una parte, y, por otra, las actividades a gran escala cuya dimensión abarque toda la UE, que estarán sujetas a un control más efectivo desde el punto de vista de la competencia³⁰.

La nueva Directiva sobre contratación pública, Directiva 2014/24/UE de 26 de febrero de 2014, aprobada por el Parlamento Europeo el 15 de enero de 2014 busca flexibilizar y simplificar los procedimientos contractuales poniendo a disposición de los poderes adjudicadores algunas técnicas o herramientas de contratación no previstas en la Directiva de 2004. Para ello:

- Acorta los plazos en la presentación de las proposiciones del contratista que permitirán una contratación más rápida y racional.

- Introduce un nuevo procedimiento denominado “asociación para la innovación” previsto para adquirir productos y servicios innovadores que permitirá a las autoridades públicas abrir licitaciones para problemas específicos sin anticipar la solución de los mismos, lo que deja margen a la autoridad contratante y al licitador para que propongan ellos mismos las soluciones.

- Fomenta la participación de PYMES admitiendo la división de los contratos en distintos lotes.

- Contempla la implantación de un documento europeo de contratación pública basado en declaraciones del propio empresario que permitirá que sólo el adjudicatario deba proporcionar la documentación original para acreditar el cumplimiento de determinados requisitos³¹.

- Incluye normas más estrictas en la subcontratación para garantizar que los subcontratistas cumplen las obligaciones medioambientales, sociales y laborales, establecidas por la legislación de la Unión, la legislación nacional, velando a la vez por que haya cierta transparencia en la cadena de subcontratación para facilitar a los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras información sobre quien está presente en la obras o en el servicio³².

- Por último, la Directiva sobre contratación pública prevé la designación de una única autoridad nacional de supervisión encargada de examinar el texto de los contratos a fin de detectar pautas sospechosas, asistir al órgano de contratación en la preparación y desarrollo de los procedimientos de contratación pública, y velar por el cumplimiento y aplicación de la normativa europea.

B) Concesión de ayudas públicas a los servicios de interés general

El segundo paquete de reformas y propuestas va dirigido a clarificar el sistema de ayudas públicas destinadas a compensar los costes netos generados por la misión de servicio público que tienen encomendada los servicios de interés general. El coste neto de estas ayudas debe calcularse basándose en la diferencia entre los gastos ocasionados por la ejecución del servicio público y los ingresos obtenidos. No obstante, estas compensaciones económicas pueden declararse contrarias al Derecho comunitario de competencia si la Comisión Europea considera

²⁹ Véanse los apartados 23, 24 y 41 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2011, sobre el futuro de los servicios sociales de interés general.

³⁰ Para garantizar que todos los ciudadanos sigan teniendo acceso a servicios esenciales de alta calidad y a precios asequibles, considera la Comisión necesario abrir a la competencia sectores que no han sido todavía liberalizados o no lo han sido completamente (servicios bancarios básicos, servicios postales, transporte de viajeros, energía, telecomunicaciones).

³¹ El proceso de licitación para las compañías será más simple, con un documento único europeo de contratación pública basado en declaraciones del propio empresario, lo que permitirá que sólo el adjudicatario deba proporcionar la documentación original. Esto debe reducir la carga administrativa de las empresas en más de un 80 por ciento, según las estimaciones de la Comisión.

³² Los contratistas que no cumplan con la legislación laboral comunitaria podrán ser excluidos de las licitaciones.

que superan los costes y que la financiación pública otorgada constituye una ventaja económica que no se justifica para sus beneficiarios. El control de las ayudas estatales tiene por objeto garantizar que una compensación por servicio público no supera el nivel necesario para cubrir los gastos de la empresa encargada de la prestación del servicio, incluido un beneficio razonable.

En la situación de escasez de recursos económicos y crisis financiera que nos encontramos, la selección adecuada de proyectos que merezcan recibir apoyo económico público es un reto prioritario para la Comisión Europea y para los Estados miembros. Sin embargo, el actual régimen de control de ayudas públicas muestra claras deficiencias para afrontar este reto: el procedimiento es poco ágil, la normativa es difícil de aplicar y se ha venido generando en este sector gran inseguridad jurídica. Por lo que la Unión Europea ha llevado a cabo un proyecto de modernización del régimen de ayudas de Estado mediante la aprobación de un paquete de reformas que prevén una modificación integral del régimen aplicable³³. Las principales iniciativas europeas relacionadas con la concesión de ayudas públicas a los servicios de interés general han quedado plasmadas en los siguientes textos:

-Guía de la Comisión Europea de 24 de abril de 2013 para la aplicación por los Estados miembros de las reglas y normas sobre ayudas estatales, contratación pública, y el mercado interior de los servicios de interés general y en particular de los servicios sociales de interés general.

-Reglamento UE 360/2012 de la Comisión, de 25 de abril de 2012, *relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del TFUE a las ayudas de minimis concedidas a empresas que prestan servicios de interés económico general*

-Decisión 2012/21/UE de la Comisión de 20 de diciembre de 2011, *relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 106.2 del TFUE a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público, concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general*.

-Comunicación de la Comisión de 11 de enero de 2012, *Marco de la Unión Europea sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público*

-Comunicación de la Comisión Europea de 20 de diciembre de 2011, *relativa a la aplicación de las normas de la UE en materia de ayudas estatales a las compensaciones concedidas por la prestación de servicios de interés económico general*.

Los objetivos que pretenden alcanzarse con este paquete de reformas pueden resumirse en cuatro puntos:

- a) simplificar y consolidar el régimen normativo aplicable, estableciendo criterios de coherencia mínimos en el análisis de la compatibilidad con el mercado interior de los distintos regímenes y tipos de ayudas estatales;
- b) reforzar la seguridad jurídica de los operadores, estableciendo conceptos claros sobre el concepto de ayudas de Estado y sobre las categorías de ayudas de Estado que no precisan autorización ex ante de la Comisión;
- c) agilizar el procedimiento de revisión de las ayudas de Estado, al permitir a la Comisión que centre su investigación solo en los casos de mayor impacto y amplíe los supuestos de autorización automática de ayudas públicas; y
- d) reforzar las facultades de investigación y análisis de la Comisión.

4. DIRECTIVA RELATIVA A LA ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN. DIRECTIVA 2014/23/UE DE 26 DE FEBRERO DE 2014

Con la finalidad de aumentar la claridad y la seguridad jurídicas de las normas aplicables a las concesiones, proporcionar a los Estados miembros las herramientas que les permitan garantizar el acceso a servicios esenciales, y fomentar iniciativas de calidad para los servicios que cubren necesidades especialmente importantes, la Unión Europea ha aprobado la Directiva relativa a las adjudicaciones de concesiones, que viene a reconocer el importante papel que los servicios públicos desempeñan en la difícil situación actual.

1. Objetivos perseguidos por la Directiva

A grandes rasgos los objetivos fundamentales que persigue la Directiva son:

- Introducir una nueva regulación en el ámbito de la Unión Europea del contrato de concesión de servicios con la finalidad de dotar de mayor seguridad jurídica al sector. Hasta ahora las concesiones de obra se

³³ Véase VIDAL MARTÍNEZ P., "La reforma del régimen de ayudas de Estado en la Unión Europea", *Actualidad Jurídica Uriá-Menéndez* 34, 2013.

encontraban sujetas de forma parcial a la Directiva clásica de contratación pública, la Directiva 2004/18/CE³⁴, mientras que las concesiones de servicios estaban sujetas exclusivamente a los principios del TFUE en particular los de libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de ellos, igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia (artículos 43 a 49³⁵).

Señala la Directiva que la concesión de servicios no contaba con una regulación a nivel europeo a pesar de representar un alto porcentaje de la colaboración público-privada y de que su uso se ha visto incrementado en los últimos años como consecuencia de las limitaciones presupuestarias de gasto público. La falta de armonización en este sector constituía una traba para el acceso al mercado de las concesiones debido a la inexistencia de una definición clara homogénea y precisa de lo que debe entenderse por concesión y por la ausencia de disposiciones comunitarias sobre los procedimientos y reglas a seguir. La nueva regulación pretende estimular la inversión privada mediante la colaboración público-privada; superar las ineficiencias detectadas que han supuesto cierto falseamiento del mercado interior, la limitación de acceso de las empresas europeas a los contratos de concesión y la falta de seguridad jurídica. Objetivos todos ellos que figuran en la *Estrategia Europa 2020, hacia un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*.

- El segundo objetivo es unificar el concepto de concesión de obra y de servicio que cada Estado miembro utilizaba de forma descoordinada restándole fluidez al mercado único. Para ello parte la Directiva de la unificación conceptual de las concesiones de obras y servicios estableciendo una regulación conjunta que incide en la transferencia de riesgos hacia el concesionario e incorpora algunas previsiones sobre los procedimientos de adjudicación para favorecer la transparencia, la igualdad y la concurrencia de los operadores. Incluyendo una nueva regulación de las modificaciones contractuales durante la vigencia de la concesión.
- El tercer objetivo es diferenciar el contrato de concesión del contrato público por el mayor riesgo que la operación implica; por la mayor complejidad jurídica de la relación entablada entre el concesionario y los poderes o entidades adjudicadores como consecuencia de la larga duración de la concesión; y por la mayor flexibilidad que requiere la ejecución de la concesión. Para ello distingue la Directiva entre el “contrato de concesión” y el “contrato público³⁶”, caracterizando al primero por la asunción por parte del concesionario de los riesgos y responsabilidades que tradicionalmente recaen o son competencia de los poderes y entidades adjudicadoras, señalando que la característica fundamental de la concesión es la transferencia al contratista de la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo operacional de carácter económico de la concesión, circunstancia no contemplada o, al menos, no con esa intensidad, en los denominados contratos públicos. El rasgo esencial que caracteriza a la concesión no es el objeto del contrato, la explotación del servicio, nota que también posee el contrato de servicios, sino la transferencia económica en la prestación del servicio al concesionario que en el contrato de servicios no existe. Esta transferencia del riesgo viene a ser lo que en nuestro sistema interno conocemos como principio de “riesgo y ventura” del contratista en la ejecución del contrato administrativo, y que la Directiva conceptúa como “riesgo operacional de carácter económico”.

La relación concesionario-concedente es mucho más compleja que cualquier otra relación contractual pública al tratarse generalmente de contratos de larga duración que, por su objeto, requieren mayor flexibilidad en su ejecución. Esta diferencia entre contratos públicos y concesiones parece ser la justificación de que se haya producido un tratamiento normativo diferenciado entre ambas instituciones contractuales. No obstante, el régimen previsto para las concesiones no alcanza la extensión ni el nivel de detalle que la regulación comunitaria de los contratos públicos de obras, servicio y suministros³⁷. Por

34 Actualmente a las concesiones de obras, se les aplican los artículos 56 a 59 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, y el artículo 3 de la Directivas 93/37/CEE que impone determinadas obligaciones en materia de publicidad, como la convocatoria previa obligatoria de operadores interesados o la obligación relativa al plazo mínimo de recepción de las candidaturas, siempre que la concesión supere los 5.186.000 de euros.

35 En la medida que dichos servicios presenten cierto interés transfronterizo. Si no existiese ese interés el contrato puede quedar fuera del ámbito de aplicación de las disposiciones del TFUE. Véase la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública de 1 de agosto de 2006, página 2. También puede consultarse la Guía de la Comisión Europea de 24 de abril de 2013 para la aplicación por los Estados miembros de las reglas y normas sobre ayudas estatales, contratación pública, y el mercado interior de los servicios de interés general y en particular de los servicios sociales de interés general

36 Manifestando que esta falta de distinción ha sido fuente continua de inseguridad jurídica y origen de numerosas sentencias del TJUE.

37 La Directiva regula cuidadosamente la publicidad de los contratos de concesión, distinguiendo los anuncios de información previa,

ello, la Directiva no prejuzga ni impone una determinada forma de organizar o prestar los servicios o, en su caso, de ejecutar las obras por parte de los Estados miembros³⁸, pero sí establece normas particulares para el caso de que se opte por la vía de la gestión indirecta.

- Por último, el artículo 2 de la Directiva deja libertad a las autoridades públicas de los Estados miembros para organizar los servicios públicos. Los Estados son libres, dentro del respeto de los principios derivados del TFUE (igualdad de trato, no discriminación, transparencia y libre circulación de personas) para organizar la prestación de servicios, ya sea como servicios de interés económico general, como servicios no económicos de interés general, o como una combinación de ambos³⁹.

En líneas generales la Directiva establece normas en materia de selección de operadores económicos, criterios de adjudicación, y ciertos elementos relativos a la ejecución aumentando la transparencia mediante la publicación en el DOUE de todos los contratos de concesión de valor igual o superior a 5.186.000 euros, en la que figure un mínimo de información que debe facilitarse a todos los potenciales licitadores. Y persigue los siguientes objetivos:

- a) Limitar la discrecionalidad de los órganos de contratación estableciendo obligaciones relativas a los criterios de selección mediante la aplicación de criterios objetivos vinculados al objeto de la concesión.
- b) Someter la adjudicación a los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato, si bien a diferencia de la Directiva de contratación pública, no contiene un catálogo fijo de procedimientos de adjudicación, lo que permitirá a los Estados miembros mantener los sistemas nacionales tradicionales.
- c) Establecer determinadas previsiones en materia de modificación, subcontratación y resolución de las concesiones de obras y servicios.
- d) Extender el ámbito de aplicación de las Directivas sobre recursos⁴⁰ a los contratos de concesión que superen el umbral comunitario con el fin de garantizar la posibilidad de impugnación de la decisión de adjudicación.

2. Concepto de concesión, ámbito de aplicación y exclusiones

En relación al concepto de concesión, la Directiva especifica que se trata de contratos celebrados a título onerosos por uno o más poderes o entidades adjudicadores que confían la ejecución de obras o la prestación y gestión de servicios a uno o más operadores económicos. Y cuyo objeto contractual consiste en el derecho a explotar la obra o el servicio o este mismo derecho junto a un pago. Entiende la Directiva por «concesión de servicios» el contrato celebrado a título oneroso por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de obras a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago.

La adjudicación de la concesión de servicios ha de implicar siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico en la explotación de dicho servicio abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos⁴¹. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable.

Quedan sometidas al ámbito de aplicación de la Directiva las concesiones de servicio que superen el umbral económico de 5.186.00 euros incluidos en el anexo II. Valor que será reflejo del interés transfronterizo de las

los anuncios de concesión, de adjudicación y de modificación, con indicación de su contenido, medios de remisión y plazos. En cambio, no contempla disposiciones relativas a los procedimientos de adjudicación (denominación, tipología, requisitos, plazos, etc.), sólo determinados requisitos genéricos, aplicables a la estructura del procedimiento que en cada caso se aplique.

³⁸ “La presente Directiva no debe menoscabar en modo alguno la libertad de los Estados miembros y de las autoridades públicas para decidir el suministro directo de obras o servicios al público o la externalización de tal suministro delegándolo en terceros”

³⁹ Especifica el considerando 5 de la Directiva que los Estados miembros y las autoridades públicas deberían continuar siendo libres para definir y especificar las características de los servicios que hayan de prestarse, incluidas las eventuales condiciones relativas a la calidad o el precio, de conformidad con el Derecho de la Unión, con el fin de lograr sus objetivos de interés público

⁴⁰ Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE.

⁴¹ Especifica la Directiva que sus disposiciones no deben aplicarse a los contratos en los que el contratista reciba su retribución de acuerdo con tarifas reglamentadas calculadas de manera que cubran la totalidad de los costes e inversiones que este haya soportado para prestar el servicio (Considerando 17).

concesiones para los operadores económicos situados en Estados miembros que no sean los del poder o la entidad adjudicadora⁴². Cuando la concesión se adjudique en forma de lotes separados deberá tenerse en cuenta el valor total estimado de todos los lotes y cuando el valor acumulado de los lotes iguale o supere el umbral establecido se aplicará la Directiva a la adjudicación de cada lote.

La duración de las concesiones se calculará en función del servicio concedido. Para las concesiones que duren más de cinco años, la duración máxima no podrá exceder del tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de la obra o servicio, junto con un rendimiento del capital invertido (artículo 18).

Exclusiones

Los artículos 10 a 17 de la Directiva establecen un amplio listado de excepciones a su ámbito de aplicación, especificando que quedan fuera de su regulación, además de determinados servicios de transporte aéreo, del ámbito de la defensa y seguridad, y de las comunicaciones electrónicas, las siguientes actividades:

- Los juegos de azar y apuestas;
- Las concesiones relativas a la explotación de loterías
- El servicio público de agua potable, en concreto las concesiones de obras y servicios para suministrar o explotar redes fijas destinadas a prestar un servicio público relacionado con la producción, transporte o distribución de agua potable⁴³
- Las concesiones formalizadas con arreglo a procedimientos de contratación en el marco de acuerdos internacionales.
- Los servicios de carácter social, sanitario o educativo⁴⁴. Estos servicios se prestan en el marco de un contexto particular que varía mucho según el Estado miembro de que se trate debido a la existencia de diferentes tradiciones culturales.
- las relaciones entre autoridades públicas, las denominadas relaciones *in house*. Se trata de concesiones adjudicadas por un poder o entidad adjudicadora a otra persona jurídica de Derecho privado o de Derecho público cuando concurren todas las condiciones siguientes:
 1. Que dicho poder o entidad adjudicadora ejerza sobre la persona jurídica un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. Es decir, cuando el poder o entidad adjudicadora influya de forma decisiva tanto en los objetivos estratégicos como en las decisiones fundamentales de la persona jurídica controlada. Ese control podrá ser ejercido conjuntamente con otros poderes o entidades adjudicadoras.
 2. Que más del 80% de las actividades que lleve a cabo la persona jurídica lo haga en el ejercicio de los cometidos encomendados por el poder o entidad adjudicadora.
 3. Que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, con la excepción de las formas de participación de capital privado impuestas por las disposiciones de la legislación nacional, de conformidad con los Tratados, sin capacidad de control mayoritario ni minoritario, y que no ejerza una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada⁴⁵.

42 El cálculo debe referirse al volumen de negocios total de la empresa concesionaria contrapartida de las obras y servicios objeto de la concesión, calculado por el poder o la entidad adjudicador, excluido el IVA, durante la duración del contrato.

43 En el sector del agua, las concesiones están sujetas a menudo a mecanismos específicos y complejos que requieren una consideración especial debido a la importancia del agua como bien público de valor fundamental para todos los ciudadanos de la Unión. Las características especiales de dichos mecanismos justifican la exclusión del sector del agua del ámbito de aplicación de la presente Directiva. La exclusión incluye las concesiones de obras y servicios para suministrar o explotar redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, el transporte o la distribución de agua potable o a suministrar agua potable a dichas redes (considerando

44 No obstante, la Directiva señala que debe establecerse un régimen específico para la concesión de estos servicios en el que se incluya la obligación de publicar, en el caso de concesiones de un valor igual o superior a los umbrales establecidos, un anuncio de información previa y un anuncio de adjudicación, con el objetivo de informar a los posibles licitadores de las posibilidades económicas que se les ofrecen, y a todas las partes interesadas del número y tipo de contratos adjudicados.

45 Concreta el considerando 46 de la Directiva que la excepción no debe extenderse a situaciones en las que exista participación directa de un operador económico privado en el capital de la persona jurídica controlada, ya que en ese caso la adjudicación de la concesión sin un procedimiento competitivo otorgaría al operador económico privado con presencia en el capital de la persona jurídica controlada una ventaja indebida respecto a sus competidores. No obstante, dadas las características particulares de los órganos públicos con afiliación obligatoria, tales como las organizaciones encargadas de la gestión o la prestación de determinados servicios públicos, esto no se debe aplicar cuando la participación de determinados operadores económicos privados en el capital de la persona jurídica controlada es obligatoria en virtud de una

Se trata de supuestos de concesiones adjudicadas por un poder o entidad adjudicadora a otra persona jurídica cuando dicho poder ejerza sobre ésta un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, exigiendo que la persona jurídica controlada no cuente con participación privada.

3. Principios generales y garantías procedimentales

El poder o entidad adjudicador tendrá libertad para poder organizar el procedimiento conducente a la elección del concesionario. No obstante, el procedimiento de adjudicación de la concesión deberá respetar los principios de igualdad de trato y no discriminación, transparencia, y proporcionalidad⁴⁶. En particular, durante el procedimiento de adjudicación, el poder adjudicador o la entidad adjudicadora no podrá facilitar información de forma discriminatoria que pueda dar ventajas a determinados candidatos o licitadores con respecto a otros. Exigiendo el artículo 31 que los poderes y entidades adjudicadores que deseen adjudicar una concesión darán a conocer su propósito por medio de un anuncio de concesión que contendrá la información que figura en el anexo V y, si procede, cualquier otra información que el poder o entidad considere conveniente, con arreglo al formato de los formularios normalizados. Cuando se trate de una concesión de servicios sociales u otros servicios específicos de los enumerados en el anexo IV, los poderes o entidades adjudicadores que deseen adjudicar una concesión darán a conocer su intención a través de la publicación de un anuncio de información previa⁴⁷.

Quedan obligados los poderes adjudicadores a tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses⁴⁸ que puedan surgir en los procedimientos de adjudicación de concesiones a fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia del procedimiento de adjudicación y la igualdad de trato de todos los candidatos y licitadores.

Las concesiones se otorgarán en función de los criterios de adjudicación establecidos por el poder o entidad adjudicador de conformidad con el artículo 41, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

- a) que el licitador cumpla los requisitos consignados por el poder o entidad adjudicador, en particular con las condiciones y características técnicas, físicas, funcionales y jurídicas
- b) que el licitador cumpla las condiciones de participación mencionadas en el artículo 38, apartado 1 de la Directiva⁴⁹
- c) que el licitador no esté excluido de participar en el procedimiento de adjudicación en virtud del artículo 38, apartados 4 a 7, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 38, apartado 9.

Los criterios de adjudicación de las concesiones han de ser objetivos y deberán cumplir con los principios de igualdad de trato y no discriminación, transparencia, y proporcionalidad, garantizando la evaluación de las ofertas en unas condiciones de competencia efectiva tales que se pueda determinar la ventaja económica global para el poder adjudicador o la entidad adjudicadora. Los criterios estarán vinculados al objeto de la concesión y no conferirán al órgano de contratación una libertad de elección ilimitada. Podrán incluir, entre otros, criterios

disposición de la legislación nacional conforme a los Tratados, siempre que dicha participación no permita controlar ni bloquear a la persona jurídica controlada y no confiera una influencia decisiva en las decisiones de dicha persona. Debe aclararse asimismo que el elemento decisivo es únicamente la participación privada directa en la persona jurídica controlada.

46 Principios establecidos en el artículo 3 de la Directiva donde se especifica que los poderes y entidades adjudicadores darán a los operadores económicos un trato igualitario y no discriminatorio y actuarán de forma transparente y proporcionada. El procedimiento de adjudicación de la concesión, incluida la estimación del valor, no será concebido con la intención de excluirlo del ámbito de aplicación de la Directiva ni de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos o determinadas obras, suministros o servicios. Y tendrá como objetivo garantizar la transparencia de la adjudicación y de la ejecución del contrato, respetando al mismo tiempo la confidencialidad de las ofertas.

47 Estos anuncios contendrán la información recogida en el anexo VI.

48 Conflicto de intereses que abarcará al menos cualquier situación en la que los miembros del personal del poder o entidad adjudicador que participen en el desarrollo del procedimiento de adjudicación de una concesión o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento tengan, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o particular que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de adjudicación de la concesión.

49 Donde se señala que los poderes y entidades adjudicadores deberán comprobar las condiciones de participación relativas a la capacidad profesional y técnica, la solvencia financiera y económica de los licitadores o candidatos, sobre la base de las declaraciones de los mismos, la referencia o referencias que se presenten como prueba de conformidad con el requisitos especificados en el anuncio de licitación, que deberán ser no discriminatorias y proporcionales al objeto de la concesión. Las condiciones de participación guardarán una relación y una proporción con la necesidad de garantizar la capacidad del concesionario de ejecutar la concesión, teniendo en cuenta el objeto de la concesión y la finalidad de garantizar una competencia real

medioambientales, sociales o relacionados con la innovación (artículo 41 de la Directiva).

Adjudicada la concesión el poder o entidad adjudicador informará sin demora a los candidatos y los licitadores de las decisiones tomadas en relación con la adjudicación de la concesión, incluidos los nombres de los licitadores seleccionados, las razones por las que se haya desestimado su solicitud de participación o su oferta, así como las razones por las que, en su caso, haya decidido no adjudicar un contrato que había sido anunciado o reiniciar el procedimiento.

Para garantizar que durante la ejecución de contratos de concesión los operadores económicos cumplen con las obligaciones establecidas por la legislación en materia medioambiental, laboral y social⁵⁰, los Estados miembros están obligados a adoptar las medidas pertinentes para hacer efectivas dichas obligaciones.

4. El riesgo del concesionario como elemento central de la concesión: riesgo operacional de carácter económico

Incide la Directiva que la característica principal de una concesión, el derecho de explotar el servicio, implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico que puede suponer que el concesionario no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado en su explotación en condiciones normales de funcionamiento, aunque una parte del riesgo lo asuma el poder o entidad adjudicador⁵¹.

La distribución de riesgos recae por tanto sobre el concepto de “*riesgo operacional de carácter económico*” que incluye el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos⁵². El riesgo operacional debe derivarse de factores que escapen al control de las partes. Los riesgos vinculados a una mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la calificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión. Debe entenderse como riesgo operacional el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o de ambos a la vez.

Con ello recoge la Directiva la jurisprudencia consolidada del TJUE sobre esta materia. La STJUE de 10 de marzo de 2011, Asunto C-274/09, incluye en “el riesgo de explotación económica del servicio”:

- La exposición a las incertidumbres del mercado,
- La competencia de otros operadores,
- Los desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios,
- La insolvencia de los deudores por los servicios prestados,
- Que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación, y
- La responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio.

El adjetivo “operacional de carácter económico” que utiliza la Directiva permite excluir la hipótesis de que el concesionario deba soportar todos los riesgos que puedan presentarse en el desarrollo del contrato⁵³. El artículo 18 establece que la concesión no podrá exceder el tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos. Ello explica que la Directiva contemple el riesgo imprevisible al regular la modificación de la concesión, permitiendo dicha modificación si la necesidad deriva de circunstancias que el adjudicador diligente no podía prever, siempre que la modificación no altere el carácter global de la concesión y el posible aumento de valor no supere el 50% del valor de la concesión original adjudicada por un poder adjudicador. No obstante, el artículo 43.4 apartado b prohíbe de forma expresa la modificación que altere el equilibrio económico de la concesión a favor del concesionario cuando no estaba previsto en la concesión inicial.

⁵⁰ Entre estas obligaciones se incluyen las establecidas por la legislación de la Unión Europea, la legislación nacional, los convenios colectivos y las disposiciones de Derecho Internacional en materia medioambiental, social y laboral. El Anexo X de la Directiva contiene la lista de convenios internacionales en el ámbito social y medioambiental a que se refiere el artículo 30 apartado 3 de la Directiva.

⁵¹ La regulación de la adjudicación de concesiones mediante normas específicas no estaría justificada si el poder adjudicador o la entidad adjudicadora aliviase al contratista de cualquier pérdida potencial garantizando unos ingresos mínimos iguales o superiores a los costes que el contratista deba asumir en relación con la ejecución del contrato. Tampoco entra en el ámbito de aplicación de la Directiva la simple financiación de una actividad, que a menudo va ligada a la obligación de reembolsar las cantidades que no se hubieran destinado a los fines previstos.

⁵² El primer borrador de la propuesta de directiva incluía el concepto de riesgo operacional sustancial (ROS) que implicaba mayor intensidad en la transferencia de riesgo.

⁵³ Interpretación que guarda sintonía con la jurisprudencia del TJUE al proclamar los rasgos fundamentales de estos contratos y con lo expresado por la propia Comisión Europea en la Comunicación interpretativa del año 2000 sobre contratos de concesión.

Un exceso de riesgo para el concesionario podría suponer un encarecimiento excesivo del precio exigido por el sector privado para retribuir el riesgo asumido, o, en el peor de los casos, la no viabilidad financiera del proyecto. Por el contrario, un exceso de riesgos soportado por la Administración supondría elevar el nivel de endeudamiento afectando directamente a la estabilidad presupuestaria. Es necesario por ello realizar un previo estudio de viabilidad en la distribución de riesgos para que los asuma la parte más capacitada y pueda, consecuentemente, minimizarlos. El éxito de la concesión dependerá en gran medida de una adecuada asignación de riesgos entre los diferentes agentes que forman parte en el proceso.

5. Modificación de la concesión

Establece el artículo 43 de la Directiva un principio general: toda modificación sustancial de las disposiciones de una concesión durante su periodo de vigencia será considerada una nueva adjudicación y conllevará un nuevo procedimiento de ejecución. Se considera sustancial una modificación cuando tenga como resultado una concesión materialmente diferente, en cuanto a su carácter, de la celebrada en un principio, o cuando se cumpla una de las condiciones siguientes:

1. Que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento inicial de adjudicación de la concesión, habrían permitido la selección de solicitantes distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente, o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de adjudicación de la concesión.
2. Que la modificación altere el equilibrio económico de la concesión a favor del concesionario en un modo que no estaba previsto en la concesión inicial.
3. Que la modificación amplíe considerablemente el ámbito de la concesión
4. Cuando un nuevo concesionario sustituya a aquel al que el poder adjudicador o la entidad adjudicadora había adjudicado inicialmente la concesión. Siempre que se produzca la cesión o sustitución del concesionario por causas distintas a las previstas en el artículo 43.1 letra d)⁵⁴.

En estos casos será preceptivo iniciar un nuevo procedimiento de adjudicación.

No obstante, no será preceptivo iniciar un nuevo procedimiento en los siguientes casos:

a) Cuando las modificaciones, con independencia de su valor pecuniario, estuvieran ya previstas en la documentación inicial de la concesión, en cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas, entre las que puede haber cláusulas de revisión de precios. Estas cláusulas determinarán el alcance y la naturaleza de las posibles modificaciones u opciones, así como las condiciones en que se puede recurrir a ellas. No contendrán modificaciones u opciones que puedan alterar el carácter global de la concesión.

b) Para servicios adicionales, a cargo del concesionario original, que resulten necesarios y que no estuviesen incluidos en la concesión original, cuando un cambio de concesionario no sea factible por razones económicas o técnicas⁵⁵, genere inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el poder o entidad adjudicador.

No obstante, en el caso de concesiones adjudicadas por el poder adjudicador a efectos del ejercicio de una actividad distinta de las enumeradas en el anexo III de la Directiva, el posible aumento de valor no podrá superar el 50% del valor de la concesión original. En caso de que se apliquen varias modificaciones sucesivas, esta limitación se aplicará al valor de cada una de ellas. Estas modificaciones consecutivas no podrán tener por objetivo el eludir la Directiva;

c) Cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:

- 1ª) Que la necesidad de modificación se derive de circunstancias que un poder o entidad adjudicador diligente no podía prever;
- 2ª) Que la modificación no altere el carácter global de la concesión;

⁵⁴ Donde se establece que podrán modificarse las concesiones sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de concesión cuando un nuevo concesionario sustituya al designado en un principio como consecuencia de una opción o cláusula de revisión clara, precisa e inequívoca, entre las que puede haber cláusulas de revisión de precios u opciones inequívocas; o a raíz de una reestructuración empresarial, en particular por absorción, fusión, adquisición o insolvencia, por otro operador económico que cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente, siempre que ello no implique otras modificaciones sustanciales del contrato ni tenga por objeto eludir la aplicación de la Directiva. O bien ante la asunción por el propio poder o entidad adjudicador de las obligaciones del concesionario principal para con sus subcontratistas, siempre que esta posibilidad esté prevista en la legislación nacional.

⁵⁵ Razones de intercambiabilidad o interoperatividad con el equipo existente, servicios o instalaciones adquiridos en el marco de la concesión inicial

3ª) En el caso de las concesiones adjudicadas por el poder adjudicador a efectos del ejercicio de una actividad distinta de las enumeradas en el anexo II, el posible aumento de valor no podrá superar el 50% del valor de la concesión original. En caso de que se apliquen varias modificaciones sucesivas, esta limitación se aplicará al valor de cada una de ellas. Estas modificaciones consecutivas no podrán tener por objetivo el de eludir lo dispuesto en la presente Directiva;

d) Cuando un nuevo concesionario sustituya al designado en un principio como adjudicatario como consecuencia de una opción o cláusula de revisión clara, precisa e inequívoca, entre las que puede haber cláusulas de revisión de precios; o como consecuencia de la sucesión total o parcial del concesionario inicial, a raíz de una reestructuración empresarial, en particular por absorción, fusión, adquisición o insolvencia, por otro operador económico que cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente, siempre que ello no implique otras modificaciones sustanciales del contrato ni tenga por objeto eludir la aplicación de la presente Directiva; o cuando se produzca la asunción por el propio poder o entidad adjudicador de las obligaciones del concesionario principal para con sus subcontratistas, siempre que esta posibilidad esté prevista en la legislación nacional.

e) Cuando las modificaciones, con independencia de su valor, no sean consideradas sustanciales.

Las modificaciones producidas como consecuencia de adicionar servicios a la concesión, o cuando se cumplan todas las condiciones establecidas en el artículo 4.1 apartado c (imprevisibilidad) deberán publicarse en el Diario Oficial de la Unión Europea incluyendo la información establecida en el anexo XI y se publicará de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 33 de la Directiva.

Los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras pueden encontrarse con circunstancias exteriores que no podían prever cuando adjudicaron la concesión, en particular si la ejecución de la concesión se extiende durante un largo periodo de tiempo. En este caso se necesita un cierto grado de flexibilidad para adaptar la concesión a las nuevas circunstancias sin necesidad de un nuevo procedimiento de adjudicación. El concepto de circunstancias imprevisibles hace referencia a aquellas circunstancias que no podrían haberse previsto aunque el poder adjudicador o la entidad adjudicadora hubiera preparado con razonable diligencia la adjudicación inicial, teniendo en cuenta los medios a su disposición, la naturaleza y las características del proyecto concreto, las buenas prácticas en el ámbito de que se trate y la necesidad de garantizar una relación adecuada entre los recursos empleados en la preparación de la adjudicación y su valor previsible. Ahora bien, esto no puede aplicarse en los casos en que la modificación implique una alteración de la naturaleza del conjunto de la concesión, por ejemplo si se sustituyen las obras que deban ejecutarse o los servicios que deban prestarse por otros diferentes o si se modifica de forma fundamental el tipo de la concesión ya que, en ese caso, puede presumirse una hipotética influencia en los resultados.

Tampoco considera la Directiva modificación sustancial una modificación cuando su valor no supere el límite de aplicación de la Directiva (concesiones de un valor igual o superior a 5 186 000 euros), ni exceda un 10% del valor inicial de la concesión, con las previsiones de no alterar el carácter global de la concesión y de tener en cuenta para este cálculo las sucesivas modificaciones. Cuando se efectúen varias modificaciones sucesivas, el valor se calculará sobre la base del valor neto acumulado de las sucesivas modificaciones.

Como vemos el legislador comunitario distingue entre “modificación” y “modificación sustancial”. Esta última alude a supuestos en los que la revisión pretendida es de tal magnitud que termina desdibujando por completo el contrato original para dar lugar a uno distinto.

No serán consideradas modificaciones sustanciales las modificaciones que hayan sido previstas en los documentos de la concesión a través de cláusulas u opciones de revisión claras, precisas e inequívocas. Estas cláusulas determinarán el alcance y la naturaleza de las posibles modificaciones u opciones, así como las condiciones en que se puede recurrir a ellas, y no podrán alterar el carácter global de la concesión.

La sustitución del concesionario se considerará una modificación sustancial, salvo que dicha sucesión se deba a razones de reestructuración de empresas o de insolvencia, o a la cláusula contractual a la que se obliga otro operador económico que se ajusta a los criterios de selección cualitativa establecidos originalmente, siempre que ello no implique otras modificaciones sustanciales de la concesión y que su objetivo no sea soslayar la aplicación de la normativa sobre concesiones.

No obstante, una modificación sustancial no conllevará un nuevo procedimiento de adjudicación cuando concurran todas las condiciones siguientes: a) que la necesidad de modificación se derive de circunstancias que un poder adjudicador o una entidad adjudicadora diligente no podía prever.. b) que la modificación no altere el carácter global de la concesión; c) en el caso de concesiones adjudicadas por poderes adjudicadores, que el

aumento del precio no sea superior al 50 % del valor de la concesión original. Previsión que deja abierta la puerta a la aplicación de la teoría del riesgo imprevisible⁵⁶. El límite del 50% del valor de la concesión original es aplicable únicamente a las concesiones adjudicadas por poderes adjudicadores, no para las adjudicadas por entidades adjudicadoras⁵⁷.

6. Subcontratación

No cabe duda que la subcontratación permite la participación de las PYMEs en la adjudicación de contratos de concesión y por tanto favorece su desarrollo económico, sin embargo, se han producido con demasiada frecuencia casos alarmantes, donde la práctica de la cadena de subcontratación ha dado lugar a casos de explotación y a contratos públicos de menor calidad. En consecuencia, la Directiva propone la introducción del principio de responsabilidad en toda la cadena de subcontratación, para que en todas las etapas del proceso el contratista principal y el subcontratista tengan la responsabilidad de respetar los derechos fundamentales y el cumplimiento de la legislación laboral.

También ayudarán a evitar que la subcontratación incumpla la legislación laboral las disposiciones relativas a las ofertas denominadas temerarias o anormalmente bajas previstas en la Directiva sobre contratación pública.

Para que los Estados miembros adopten las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de contratos de concesión los concesionarios cumplan con las obligaciones establecidas por la legislación en materia medioambiental, laboral y social⁵⁸, la Directiva exige que las autoridades nacionales competentes aseguren mediante la adopción de las medidas adecuadas que los subcontratistas cumplan dichas obligaciones.

Tras la adjudicación de la concesión y, a más tardar, cuando se inicie la ejecución de ésta, el poder o entidad adjudicador exigirá al concesionario que le comunique el nombre, los datos de contacto y los representantes legales de los subcontratistas que intervengan en las obras o servicios en cuestión, siempre que se conozcan en ese momento. Exigiéndole al contratista principal que le notifique cualquier modificación que sufra esta información durante el transcurso de la concesión, y toda la información necesaria sobre los nuevos subcontratistas a los que asocie ulteriormente a la obra o servicio en cuestión.

En los documentos relativos a la concesión, el poder adjudicador o la entidad adjudicadora podrá pedir al licitador que mencione en la oferta la parte de la concesión que se proponga subcontratar a terceros, así como los subcontratistas propuestos, sin prejuzgar con ello la responsabilidad del concesionario principal.

Los poderes adjudicadores y las entidades adjudicadoras, por decisión propia o por requerimiento de los Estados miembros, podrán verificar, de conformidad con el artículo 38, apartados 4 a 10, si concurren motivos para excluir a algún subcontratista. En tales casos, el poder adjudicador o la entidad adjudicadora deberá exigir que el concesionario sustituya al subcontratista que haya incurrido, según las conclusiones de la verificación, en motivos de exclusión obligatoria. No obstante, los Estados miembros podrán limitar los supuestos de aplicación de tales medidas respecto de determinados tipos de contrato o determinadas categorías de poderes adjudicadores, entidades adjudicadoras u operadores económicos o a partir de ciertos importes.

7. Resolución de la concesión

En ocasiones, los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras deben afrontar circunstancias que exigen la extinción anticipada de la concesión. Por consiguiente, los Estados miembros deben asegurarse de que los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras tengan la posibilidad, con arreglo a condiciones determinadas por la legislación nacional aplicable, de poner fin a una concesión durante su periodo de vigencia, siempre que así lo exija el Derecho de la Unión.

El artículo 44 de la Directiva determina que los Estados miembros se asegurarán de que los poderes y entidades adjudicadores tengan la posibilidad, con arreglo a condiciones determinadas por la legislación nacional aplicable, de poner fin a una concesión durante su periodo de vigencia, siempre que se cumpla alguna de las condiciones siguientes:

⁵⁶ Se consideran circunstancias imprevisibles aquellas circunstancias que no podían predecirse a pesar de la diligente preparación del procedimiento original, teniendo en cuenta los recursos, naturaleza y características del proyecto específico, las buenas prácticas del ámbito en cuestión y la necesidad de asegurar una proporción adecuada entre los recursos destinados a la preparación de la adjudicación y su valor previsto

⁵⁷ La posibilidad de modificar la concesión hasta el importe de la mitad de su valor original exige que concurren las tres condiciones previstas en el artículo 43.1 apartado c) de la Directiva: imprevisión, que no afecte al carácter global de la concesión y el precio.

⁵⁸ Se refiere el artículo 30.3 de la Directiva al cumplimiento de las obligaciones derivadas de la legislación de la Unión Europea, la legislación nacional, los convenios colectivos, y las disposiciones de Derecho internacional en materia medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X

1. que una modificación de la concesión suponga una nueva adjudicación, de conformidad con el artículo 43;
2. que el contratante se encuentre, en el momento de la adjudicación del contrato, en una de las situaciones contempladas en el artículo 38, apartado 4, de la Directiva y, por lo tanto, hubiere debido ser excluido del procedimiento de adjudicación de la concesión;
3. que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictamine, en un procedimiento conforme con el artículo 258 del TFUE, que un Estado miembro ha incumplido sus obligaciones con arreglo a los Tratados debido a que un poder adjudicador o entidad adjudicadora de dicho Estado miembro ha adjudicado una concesión sin ajustarse a las obligaciones que le imponen los Tratados o la presente Directiva.

El primer supuesto de resolución contemplado en el artículo 44 de la Directiva tiene lugar cuando la revisión de la concesión suponga o encubra una modificación sustancial, es decir, cuando suponga una nueva adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 43.4 de la Directiva.

El segundo supuesto de resolución se refiere a que el contratante se encuentre incurso en alguna de las prohibiciones de contratar que contempla el artículo 38.4 de la Directiva por ser objeto de una condena mediante sentencia firme por participación en una organización delictiva⁵⁹, corrupción⁶⁰, fraude⁶¹, delito de terrorismo o delito ligado a actividades terroristas⁶², blanqueo de capitales o financiación del terrorismo⁶³, trabajo infantil y otras formas de trata de seres humanos⁶⁴.

El último supuesto de resolución tiene lugar cuando el TJUE dictamine, en un procedimiento abierto por la Comisión⁶⁵ que un Estado miembro ha incumplido sus obligaciones con arreglo a los Tratados debido a que un poder o entidad adjudicadora de dicho Estado miembro ha adjudicado una concesión sin ajustarse a las obligaciones que le imponen el Derecho comunitario. Es decir, la sentencia del TJUE que declare un incumplimiento por parte de un Estado miembro posee *ex lege* además de carácter declarativo y la consecuente obligación de acatamiento⁶⁶, un efecto resolutorio directo sobre el respectivo contrato de concesión.

El considerando 80 de la Directiva incluye el término rescisión en lugar del de resolución y esta utilización terminológica puede implicar en nuestro país cierta confusión e inseguridad debido a su diferente concepto, contenido, efectos y régimen jurídico. La rescisión del contrato y la resolución son dos modalidades de ineficacia contractual encuadradas dentro de la teoría general de los actos y negocios jurídicos pero sus efectos y requisitos son distintos.

La rescisión obra en virtud de ley y no en base a la voluntad de las partes contratantes⁶⁷. Sus requisitos son:

- contrato inicialmente válido;
- existencia posterior de una lesión o perjuicio para una de las partes contratantes (o para un tercero,

59 Tal como se define en el artículo 2 de la Decisión marco 2008/841/JAI, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada.

60 tal como se define en el artículo 3 del Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, y en el artículo 2, apartado 1, de la Decisión marco 2003/568/JAI, de 22 de julio así como la corrupción definida en la legislación nacional del poder o entidad adjudicador o del operador económico.

61 A tenor del artículo 1 del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas

62 Según se definen, respectivamente, en los artículos 1 y 3 de la Decisión marco 2002/475/JAI, de 13 de junio, o inducción, complicidad o tentativa, tal como se contemplan en el artículo 4 de la citada Decisión marco;

63 Tal como se definen en el artículo 1 de la Directiva 2005/60/CE, de 26 de octubre, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo.

64 tal como se definen en el artículo 2 de la Directiva 2011/36/UE, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI.

65 Conforme al artículo 258 del TFUE, si la Comisión estimare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, emitirá un dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones. Si el Estado de que se trate no se atuviere a este dictamen en el plazo determinado por la Comisión, ésta podrá recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Cuando la Comisión presente un recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en virtud del artículo 258 TFUE por considerar que el Estado miembro afectado ha incumplido la obligación de informar sobre las medidas de transposición de una directiva adoptada con arreglo a un procedimiento legislativo, podrá, si lo considera oportuno, indicar el importe de la suma a tanto alzado o de la multa coercitiva que deba ser pagada por dicho Estado y que considere adaptado a las circunstancias.

66 Si el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declarare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, dicho Estado estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal. Y si el Tribunal comprueba la existencia del incumplimiento, podrá imponer al Estado miembro afectado el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva dentro del límite del importe indicado por la Comisión. La obligación de pago surtirá efecto en la fecha fijada por el Tribunal en la sentencia (artículo 260.1 TFUE).

67 La rescisión es la causa de extinción de un contrato inicialmente válido pero que posteriormente es declarado ineficaz por sus efectos lesivos para una de las partes o para un tercero. El artículo 1290 del Código Civil establece que los contratos válidamente celebrados pueden rescindirse en los casos establecidos por la ley.

- acreedores de estas);
- carácter subsidiario ante la inexistencia de otro medio para paliar la lesión;
- sus **causas** están taxadas en el artículo 1291 del Código Civil⁶⁸.
- La acción para pedir la rescisión dura cuatro años.

La rescisión supone que se anule el contrato (nunca debió existir ni desplegar sus efectos), la puede instar un tercero no contratante que se considere lesionado por el contrato, existe un plazo predeterminado para solicitarla (4 años), es siempre acción subsidiaria (es decir, el perjudicado no cuenta con otra vía para resarcirse), y sólo cabe por las causas contempladas en la ley⁶⁹. Comporta la devolución de las cosas objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses, de modo que no procederá cuando las cosas a devolver estén legalmente en poder de un tercero de buena fe. En ese caso procedería la indemnización por el causante de la lesión.

La resolución se diferencia de la rescisión en que no tiene carácter subsidiario; carece de regulación sistemática en el Código Civil aunque si existen referencias expresas a la misma⁷⁰; puede solicitarse ante un incumplimiento por alguna de las partes; no tiene un plazo predeterminado para poder solicitarla; implica la extinción anticipada del contrato en un momento anterior al previsto inicialmente (el contrato existió y desplegó sus efectos), y sólo cabe ejercitarla entre las partes del contrato.

Por todo ello llama la atención la inclusión en algunas partes de la Directiva del término de rescisión en lugar del término más habitual en la normativa contractual pública de resolución del contrato. Las razones podemos encontrarlas en la diversidad de culturas jurídicas a las que se dirige la normativa comunitaria, es decir, en la búsqueda de homogeneización o armonización conceptual ante la variedad de ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. También en que la normativa comunitaria es aséptica a la naturaleza jurídica del contrato, al incluir tanto al contrato privado como al contrato administrativo del sector público, y el término rescisión es más frecuente en el ámbito del sector privado⁷¹.

5. CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta tal como señalan los artículos 6 y 7 que la Directiva sobre concesiones se aplicará a los contratos de concesión adjudicados por poderes⁷² y entidades adjudicadores y que el concepto de entidad adjudicadora incluye a las empresas públicas⁷³ y a las entidades que no son poderes adjudicadores ni empresas públicas que operan con arreglo a derechos especiales o exclusivos otorgados por una autoridad competente de un Estado miembro⁷⁴, el ámbito subjetivo de aplicación se extiende de forma muy amplia a entes, organismos

68 Concreta el artículo 1291 del C.c que son rescindibles:

- Los contratos que pudieren celebrar los tutores sin autorización judicial, siempre que las personas a quienes representan hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubieren sido objeto de aquéllos.
- Los celebrados en representación de los ausentes, siempre que éstos hayan sufrido la lesión a que se refiere el número anterior.
- Los celebrados en fraude de acreedores, cuando éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba.
- Los contratos que se refieran a cosas litigiosas, cuando hubiesen sido celebrados por el demandado sin conocimiento y aprobación de las partes litigantes o de la Autoridad judicial competente.
- Cualesquiera otros en que especialmente lo determine la ley.

Son también rescindibles los pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos (artículo 1292 C.c).

69 La rescisión afecta a contratos que desde su inicio implican un daño o lesión a una de las partes. No se trata de cumplir o no el contrato, es que el mismo se ha celebrado en perjuicio de uno de ellos o de terceros (existe una especialidad, en fraude de acreedores, al celebrarse el contrato en perjuicio de un tercero).

70 Ejemplo, la condición resolutoria tácita del artículo 1124 Código Civil, la posibilidad de pactar la condición resolutoria contemplada en el artículo 1114 del mismo texto legal.

71 O por qué no, en una razón más peregrina, la falta de costumbre de la normativa contractual pública europea de entrar a regular las cuestiones relacionadas con las fases de ejecución y extinción del contrato.

72 Tienen la consideración de «poderes adjudicadores»: el Estado, las autoridades regionales o locales, los organismos de Derecho público y las asociaciones formadas por una o varias de tales autoridades o uno o varios de dichos organismos de Derecho público, distintos de aquellos que desarrollen alguna de las actividades recogidas en el anexo II y adjudiquen una concesión para la realización de una de esas actividades.

73 Considera la Directiva como empresa pública aquella empresa sobre la que los poderes adjudicadores puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante por razón de propiedad o participación financiera o en virtud de las normas que la rigen. Se considerará que los poderes adjudicadores ejercen una influencia dominante, directa o indirectamente, sobre una empresa, cuando: a) posean la mayoría del capital suscrito de la empresa; b) dispongan de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa; c) puedan designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de supervisión de la empresa

74 Derechos concedidos por las autoridades competentes de un Estado miembro en virtud de cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa que tenga como efecto limitar a una o a más entidades el ejercicio de una actividad recogida en el anexo III y que afecte

y entidades que hasta ahora en nuestro ordenamiento interno no tienen atribuida la competencia para celebrar contratos de gestión de servicios públicos en su modalidad de concesión. Recordemos que el artículo 8 del TRLCSP faculta para celebrar contratos de gestión de servicios públicos a las Administraciones públicas, o una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social que sólo podrán realizar este tipo de contrato respecto a la gestión de la prestación de asistencia sanitaria.

Hecho que nos lleva a preguntarnos si deben de abandonarse los planteamientos típicos del derecho administrativo para instalar en la contratación pública un esquema iusprivatista con ciertos mecanismos en manos de los entes adjudicadores y de los órganos responsables de los procedimientos para cumplir con los principios y exigencias del Derecho comunitario. O, por el contrario, ¿debe retornarse hasta donde sea posible al Derecho administrativo?

Sería conveniente por ello que en la fase de transposición de las Directivas sobre contratación pública el legislador aprovechara la ocasión para llevar a cabo una recomposición de la organización, naturaleza y papel de los entes públicos y de sus formas de actuar, de manera que la verdadera contratación pública se desarrolle por entes insertos en la Administración sujetos al Derecho Administrativo, dotados de las potestades necesarias para una mejor gestión de todo el proceso contractual. También sería necesario reconducir la utilización de personificaciones privadas a aquellas actividades del sector público que sean pura y plenamente industriales o mercantiles, es decir, absolutamente sometidas a las leyes del mercado. En correlación con las opciones constitucionales de intervención del sector público en la economía, si verdaderamente resulta necesario y rentable para interés público.

De esta forma se eliminaría el recurso a la utilización de determinadas figuras jurídicas con el fin subyacente de prescindir de fiscalizaciones, de ortodoxia presupuestaria y contabilidad pública, y de limitaciones y exigencias en el reclutamiento de personal propias de la Administración pública. Desenmarañando así la actual dialéctica de contratos públicos/contratos privados; contratos sometidos a regulación armonizada/ contratos no sujetos a regulación armonizada. Lo que supondría un rearme ético y de integridad de la actuación administrativa. Esa reconducción y reconstrucción por la senda administrativa sustentadas en la ineludible profesionalidad e independencia de los servidores públicos y en el marco de una nueva gestión pública presidida por la transparencia, integridad y eficiencia, coadyuvarán a dignificar y potenciar la contratación pública en beneficio del interés general.

Tampoco debería el legislador español dejar pasar la oportunidad para extender el recurso especial en materia de contratación a un mayor número de contratos. La tutela judicial como derecho fundamental no puede quedar supeditada para ser efectiva exclusivamente a la cuantía del contrato. Con ello las autoridades españolas ponen de manifiesto su exclusiva preocupación por las hipotéticas condenas del TJUE en lugar de defender de forma objetiva los intereses generales.

Por último, a pesar de que la doctrina general del contrato administrativo se ha construido siguiendo las pautas trazadas por el Derecho Civil, introduciendo en cada fase del contrato las necesarias modulaciones exigidas por la peculiar manera de ser del sujeto contratante y, muy especialmente, por la distinta finalidad perseguida⁷⁵, la normativa española sobre contratos del sector público desconoce el concepto de rescisión, contemplado en otras etapas históricas anteriores. En la esfera del Derecho Administrativo no se ha llegado a depurar conceptualmente las diferencias entre rescisión y resolución del contrato, mientras en el campo del Derecho privado es admitida la diferencia por los distintos efectos jurídicos que su aplicación produce. La utilización indistinta de ambas figuras como si fueran figuras similares e idénticas no es la mejor forma de aportar seguridad jurídica, teniendo en cuenta que la doctrina y la jurisprudencia suelen atribuirles efectos jurídicos distintos. En el Derecho Civil existe cierto consenso de que no deben utilizarse como unívocas ambas expresiones.

sustancialmente a la capacidad de las demás entidades de ejercer dicha actividad (artículo. 4.3 de la propuesta de directiva).

⁷⁵ Las modulaciones contractuales introducidas en la normativa del sector público han propiciado algunas diferencias específicas, habitualmente recogidas de forma expresa en la normativa pública para evitar la aplicación subsidiaria del Código Civil.

La contratación de las Entidades Locales en el nuevo paquete legislativo europeo sobre contratación pública

Miguel Ángel Bernal Blay

Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza.

mabernal@unizar.es

Recibido: 18 de febrero 2014

Aceptado: 12 de junio 2014

Resumen

Tras la aprobación de un nuevo paquete legislativo europeo en materia de contratación pública se encuentran dos claros objetivos. De una parte, mejorar la eficiencia de los recursos públicos asignados a la tarea del aprovisionamiento de bienes y servicios, simplificando los procedimientos y eliminando las trabas burocráticas que perjudiquen esa eficiencia. De otro, permitir la utilización de la contratación como herramienta al servicio de determinadas políticas públicas. El presente artículo da cuenta de las novedades que presentan las nuevas Directivas en materia de contratación pública y analiza en particular las disposiciones que, de manera más específica, tienen como destinatarias a las Entidades Locales.

Palabras clave

Contratación pública, Entidades locales, Autoridades sub-centrales

Hiring Local Entities in the New European Legislative Package on Public Procurement

Abstract

The adoption of a new EU legislative package on public procurement has two clear objectives. On the one hand, improve the efficiency of public resources allocated to the task of supplying goods and services to public Authorities. For this scope it is necessary to simplify the procedures and eliminate administrative burdens. The second scope is to allow the use of public procurement as a tool to develop certain public policies. This article analyses the new Directives on public procurement and in particular the provisions that, more specifically, are designed for local Authorities.

Keywords

Public procurement, Local Entities, sub-central Authorities

I.- EL NUEVO PAQUETE LEGISLATIVO EUROPEO EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

1.- El contexto de la reforma

En Diciembre de 2011, la Comisión europea hizo públicas tres propuestas de Directivas en materia de contratación pública¹. Dos de esas propuestas de Directiva vienen a sustituir a las actualmente vigentes Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, y Directiva 2004/18 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. Serían, respectivamente, la Directiva relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y la Directiva relativa a la contratación pública, a las que se añade, como novedad, una tercera Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

Las nuevas Directivas de contratación pública «de cuarta generación» tienen como antecedente inmediato el *Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE* (COM (2011) 15 final) publicado por la propia Comisión el 27 de enero de 2011. Con este Libro Verde la Comisión puso en marcha una amplia consulta pública sobre los cambios legislativos que podrían introducirse para facilitar y flexibilizar la adjudicación de los contratos y hacer posible una mejor utilización de los contratos públicos en apoyo de otras políticas. La finalidad de este Libro Verde era determinar una serie de ámbitos fundamentales que podrían ser objeto de reforma y recabar las opiniones de las partes interesadas sobre las opciones concretas de cambio legislativo. Entre las cuestiones tratadas figuraban la necesidad de simplificar y flexibilizar los procedimientos, el uso estratégico de la contratación pública para promover otros objetivos políticos, la mejora del acceso de las PYME a los contratos públicos y la lucha contra el favoritismo, la corrupción y los conflictos de intereses.

La consulta pública finalizó el 18 de abril de 2011, y obtuvo una gran participación. Se recibieron en total 623 respuestas, procedentes de una gran variedad de agentes interesados, entre ellos autoridades centrales de los Estados miembros, compradores públicos de ámbito local y regional y sus asociaciones, empresas, asociaciones industriales, personalidades del mundo académico, organizaciones de la sociedad civil (incluidos los sindicatos) y ciudadanos particulares. El mayor número de respuestas procedió del Reino Unido, Alemania, Francia y, un poco por debajo, de Bélgica, Italia, los Países Bajos, Austria, Suecia, España y Dinamarca. Los resultados de la consulta se presentaron y debatieron en una conferencia pública celebrada en Bruselas el 30 de junio de 2011².

Además del citado Libro Verde, la Comisión Europea publicó el 24 de junio de 2011 un informe de evaluación del impacto y la eficacia de la legislación de la UE en materia de contratación pública. En dicho informe se analizaba si las Directivas de la UE sobre contratación pública 2004/17/CE y 2004/18/CE habían logrado que la transparencia y la competencia transfronteriza sirvieran para alcanzar una mejor contratación pública³. Particularmente interesante de este informe es el estudio de costes y beneficios de la intervención legislativa a nivel europea, centrado en gran medida en el análisis de la duración y el coste de los procedimientos. En el informe se indica, en relación con la duración de los procedimientos, que el tiempo normal que transcurre entre el envío de la convocatoria de licitación y la adjudicación es, sea cual sea el procedimiento, de 108 días, pero que la diferencia entre los poderes adjudicadores más rápidos y los más lentos es de, aproximadamente, 180 días. Gran parte del problema reside en el plazo que los poderes adjudicadores se toman para adjudicar el contrato, una vez concluido el plazo de presentación de ofertas⁴. En promedio, el tiempo necesario para adjudicar un contrato gira en torno a los 58 días, pudiendo ser de 45 días cuando se trata de contratos simples otorgados al precio más bajo, o de hasta 245 días si se trata de un complejo procedimiento de diálogo competitivo⁵. El procedimiento restringido necesita de unos 160

1 El texto de las mismas fue publicado en el DOUE de 5 de abril.

2 La información sobre esta conferencia se encuentra disponible a través de http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/conferences/index_en.htm

3 El 40 por ciento de las empresas señalaron que la contratación pública realizada con arreglo al procedimiento abierto es más o mucho más transparente que las adquisiciones privadas, y un 35 por ciento afirmó lo mismo refiriéndose al procedimiento restringido. Asimismo, las empresas indicaban que la contratación pública es más justa que la privada (el 33 por ciento en lo que respecta al procedimiento abierto y el 34 por ciento en lo tocante al restringido).

Debe advertirse no obstante que el estudio se realizó sobre contratos sometidos a las Directivas, que representan alrededor del 20 por ciento del total de contratos de obras, servicios y suministros. Solo una quinta parte del gasto público total en bienes y servicios está sujeto a lo dispuesto en las Directivas de la Unión Europea. En 2009, se publicaron más de 150 000 convocatorias de licitación (procedentes de 35.000 autoridades), de conformidad con las Directivas. El valor estimado de estos contratos ascendía a 420.000 millones de euros, lo que representa aproximadamente el 20 % del gasto público total en bienes, obras y servicios.

4 No le falta razón a CARBONERO GALLARDO (2012) cuando afirma que el procedimiento de contratación administrativa ha ido perdiendo agilidad y convirtiéndose en lo que actualmente es con el TRLCSP: un penoso itinerario burocrático que riñe a veces con las más elementales nociones de eficiencia, “El colapso de la contratación administrativa”.

5 La duración del procedimiento de diálogo competitivo puede explicarse, en gran parte, por la naturaleza compleja de los proyectos

días hasta la adjudicación, que es mucho más de lo que suele requerir habitualmente el procedimiento abierto (53 días hasta la adjudicación). Estas diferencias son muy significativas e inciden inevitablemente en la eficiencia y el coste de los procedimientos de contratación.

En relación con los costes del procedimiento, con arreglo a la evaluación efectuada por la Comisión, el coste medio de llevar a cabo cada procedimiento es de unos 28.000 euros. Según la Comisión, este coste puede considerarse el precio a pagar por el mantenimiento de la competencia en el mercado de los contratos públicos. El 75 por ciento de esa cifra corresponde al coste en que incurren los proveedores para preparar la oferta, y que habrá que dividir entre los 5,4 licitadores que se registran, por término medio, por cada licitación. Es de suponer que estos costes se incorporan a largo plazo a los precios de las ofertas o a los márgenes de los adjudicatarios⁶.

La evaluación realizada por la Comisión concluye que las Directivas sobre contratación pública han fomentado la apertura y la transparencia, lo cual ha originado una intensificación de la competencia, que se ha traducido en un ahorro de costes⁷.

2.- Objetivos de la reforma

La generación actual de Directivas sobre contratación pública, las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, son el último paso de una larga evolución que comenzó en 1971 con la adopción de la Directiva 71/305/CEE. La finalidad principal de estas Directivas era garantizar unos procedimientos transparentes y no discriminatorios, aunque también se mencionaban en ellas serie de objetivos relativos a la integración en este marco de otras políticas, como las de protección del medio ambiente y las normas sociales o la lucha contra la corrupción.

Pero ahora es momento para abordar otros retos a través de la contratación pública, en particular, los que presenta la *estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*⁸. La Comisión europea plantea una visión de la economía social de mercado competitiva de Europa para la próxima década basada en tres prioridades interrelacionadas y que se refuerzan mutuamente:

- desarrollo de una economía basada en el conocimiento y la innovación;
- promoción de una economía con pocas emisiones de carbono, que haga un uso más eficiente de los recursos y que sea competitiva, y
- fomento de una economía con alto nivel de empleo que tenga cohesión social y territorial.

La contratación pública desempeña un papel clave en esa estrategia Europa 2020, y se concibe como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para realizar estos objetivos. Más concretamente, en la estrategia Europa 2020 se espera de la contratación pública que mejore las condiciones generales que favorezcan la innovación por parte de las empresas, haciendo un uso pleno de las políticas de demanda, apoye el cambio hacia una economía que haga un uso más eficiente de los recursos y con bajas emisiones de carbono, por ejemplo, fomentando la generalización de una contratación pública ecológica, y mejore el entorno empresarial, en especial para las PYME innovadoras.

Habida cuenta del papel fundamental que se atribuye a la contratación pública para hacer frente a los retos que se presentan, resulta necesario modernizar las herramientas y los métodos existentes a fin de hacerlos más

para los cuales está pensado ese procedimiento.

6 El coste total que supone para la sociedad la contratación de los bienes y servicios a los que se aplican las Directivas se estima en unos 5.260 millones de euros por año (para el EEE-30 en 2009), que equivale a menos del 1,3 % del valor de las licitaciones publicadas (por la Unión Europea a 27) en el mismo período (esto es, 420.000 millones de euros). Esta estimación engloba la totalidad del coste soportado durante el proceso completo de contratación, es decir, desde la fase previa, pasando por la preparación de las ofertas por todos los licitadores participantes y la selección del adjudicatario, e incluye el coste de los posibles recursos y litigios.

7 Según un análisis econométrico realizado en el contexto de la evaluación, incluso un aumento elemental de la transparencia o apertura puede reportar un ahorro tangible. Así, la publicación de un anuncio de licitación da lugar a un ahorro del 1,2 % en comparación con los contratos con respecto a los cuales no se publica ni un anuncio de licitación, ni un anuncio de información previa. La utilización del procedimiento abierto lleva aparejado un ahorro adicional del 2,6 %. Sobre la base de estas conclusiones, un poder adjudicador que publica una convocatoria de licitación y recurre a un procedimiento abierto puede esperar obtener un beneficio total equivalente a un ahorro del 3,8 % sobre el valor final del contrato. En el caso del procedimiento restringido, el ahorro correspondiente es menor, situándose en torno al 2,5 %.

8 Europa 2020 es la estrategia de crecimiento de la Unión Europea para la próxima década, cuya finalidad no es solo superar la crisis que continúa azotando a muchas de nuestras economías, sino también subsanar los defectos de nuestro modelo de crecimiento y crear las condiciones propicias para un tipo de crecimiento distinto, más inteligente, sostenible e integrador. Para ello ha fijado cinco objetivos clave que la UE debe alcanzar al final de la década en los ámbitos de empleo, educación, investigación e innovación, integración social y reducción de la pobreza, y cambio climático y energía. La estrategia incluye además siete "iniciativas emblemáticas" que constituyen un marco en el que la UE y las administraciones nacionales pueden aunar esfuerzos y reforzarse mutuamente en áreas relacionadas con las prioridades de Europa 2020, como la innovación, la economía digital, el empleo, la juventud, la política industrial, la pobreza y el uso eficiente de los recursos. Más información sobre esta iniciativa puede encontrarse en http://ec.europa.eu/europe2020/index_es.htm *Víd.* además, la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 (COM(2010) 2020)

adecuados para responder a la evolución del contexto político, social y económico. Por ello, el nuevo marco legislativo europeo de contratación pública persigue dos objetivos complementarios. El primero de esos objetivos es incrementar la eficiencia del gasto público es decir, se debe perseguir la máxima rentabilidad de las inversiones efectuadas en los contratos públicos. Para alcanzar este objetivo, es fundamental generar la competencia más fuerte posible por los contratos públicos que se adjudican en el mercado interior. Se debe dar a los licitadores la oportunidad de competir en condiciones equitativas y deben evitarse los falseamientos de la competencia. Al mismo tiempo, es crucial incrementar la eficiencia de los procedimientos de contratación como tales: la racionalización de los procedimientos de contratación, con medidas de simplificación específicamente adaptadas a las necesidades particulares de los pequeños poderes adjudicadores, podría ayudar a las Entidades contratantes a lograr los mejores resultados posibles de la contratación con la menor inversión posible, en términos de tiempo y de dinero público. Unos procedimientos más eficientes beneficiarán a todos los operadores económicos y facilitarán la participación de las PYME y de los licitadores transfronterizos. De hecho, la participación transfronteriza en los procedimientos de contratación pública en la UE sigue siendo baja. La comparación con el sector privado, donde el comercio transfronterizo es mucho mayor, muestra que hay un potencial considerable aún por aprovechar.

El segundo objetivo, complementario del anterior, es permitir que los compradores utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes, como proteger el medio ambiente, hacer un uso más eficiente de los recursos y de la energía y luchar contra el cambio climático, promover la innovación y la inclusión social y asegurar las mejores condiciones posibles para la prestación de servicios públicos de alta calidad. La búsqueda de este objetivo puede contribuir también a la realización del primero —un gasto público más eficiente a largo plazo— por ejemplo, al conceder menos prioridad al menor precio inicial en favor del menor coste del ciclo de vida.

3.- Principales novedades que incorporan las nuevas Directivas de contratos públicos

Como antes hemos señalado, el nuevo paquete legislativo europeo sobre contratos públicos está compuesto por tres Directivas, aprobadas por el Parlamento Europeo el 15 de enero de 2014 y que, tras su publicación, deberán ser incorporadas a los ordenamientos internos en el plazo máximo de dos años⁹. Estas nuevas Directivas «de cuarta generación», vienen a superar la lógica «armonizadora» de sus predecesoras y optan, como señala G. A. BENACCHIO (2012, pág. 8) por prescindir del establecimiento de reglas excesivamente rígidas e invasivas en favor de la promoción de los objetivos de simplificación y eficiencia.

Centrándonos en la Directiva relativa a la adjudicación de contratos públicos, por ser la que más influencia proyecta sobre los contratos de las Entidades Locales, las principales novedades podrían sistematizarse en torno a siete grandes bloques.

a).- Simplificación y flexibilización de los procedimientos de contratación

La nueva Directiva prevé la simplificación y flexibilización del régimen procedimental establecido por las actuales Directivas sobre contratación pública, aunque mantiene los principales instrumentos contenidos en la Directiva 2004/18. Así, en materia de procedimientos, se mantienen como tipos básicos el abierto y restringido, y como procedimientos especiales, sujetos a determinadas condiciones, el procedimiento de licitación con negociación, el diálogo competitivo y la asociación para la innovación (un nuevo tipo de procedimiento para la contratación innovadora). Por otro lado, se han acortado los plazos para la participación y la presentación de ofertas, lo que permite una contratación más rápida y más racional.

La Directiva también contempla un régimen menos oneroso para los poderes adjudicadores subcentrales que será desarrollado con mayor amplitud en el siguiente apartado. Baste apuntar ahora que estos compradores podrán utilizar un anuncio de información previa como convocatoria de licitación, quedando liberados, si utilizan esta posibilidad, de publicar un nuevo anuncio de licitación antes de poner en marcha el procedimiento de contratación. Asimismo, podrán fijar algunos límites temporales con mayor flexibilidad previo acuerdo con los participantes.

Por otra parte, se han revisado, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las definiciones de algunas nociones clave que determinan el ámbito de aplicación de la Directiva. Así sucede, por ejemplo, en relación con los encargos a medios propios y las relaciones de cooperación entre entidades públicas. En relación con los primeros, la Directiva recoge ahora toda la doctrina jurisprudencial sentada desde que, con

⁹ Las líneas estratégicas de la reforma fueron analizadas en el trabajo conjunto de A. RUIZ DE CASTAÑEDA y M. A. BERNAL BLAY, (2011, págs. 23 a 42). Un primer análisis de las propuestas puede encontrarse en J.M. GIMENO FELIÚ (2013, págs. 39 a 105); J.A. MORENO MOLINA (2013, págs. 113-162); y B. COLÓN DE CARVAJAL FIBLA (2012). Además, puede consultarse el monográfico dedicado a las nuevas Directivas en *Revista Contratación Administrativa Práctica* núm. 129 (2014, pp. 5-65).

ocasión de la Sentencia de 18 de noviembre de 1999 (As. C-107/98, *Teckal*), se configuraran como excepción a la aplicación de la Directiva las adjudicaciones de contratos de obras, servicio o suministros a favor de entidades sobre la que se ostentase un control análogo al ejercido sobre los propios servicios que realizase la parte esencial de su actividad para el ente que realizaba el encargo¹⁰. La Directiva positiviza una definición de lo que debe entenderse por situación de control “análogo al ejercido sobre los propios servicios” (la posibilidad de influencia sobre las decisiones importantes y los objetivos estratégicos) incorporando la doctrina del Tribunal de Justicia sentada en su Sentencia de 13 de octubre de 2005, (Asunto C-458/03, *Parking Brixen GmbH*). También se acoge la posibilidad de que ese control análogo pueda ser ejercido de manera conjunta por varias entidades, posibilidad que ya ha sido admitida también por el Tribunal de Justicia¹¹.

Junto a los supuestos de colaboración vertical con medios propios, la Directiva regula también, como otra forma de excepción a su aplicación, las relaciones de cooperación horizontal entre entidades contratantes, también aceptada por el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 9 junio de 2009 (As. C-480/06, Comisión vs. República Federal de Alemania)¹².

Otra importante novedad es la supresión de la tradicional distinción entre los servicios denominados prioritarios y no prioritarios (servicios «A» y «B») establecida en los Anexos II A y II B de la Directiva 2004/18. Debemos recordar que, conforme al art. 21 de dicha Directiva 2004/18, la adjudicación de contratos que tuviesen por objeto servicios incluidos en el anexo II B (categorías 17 a 27) sólo quedaba sujeta a las disposiciones contenidas en el artículo 23 (relativo al establecimiento de prescripciones técnicas) y al apartado 4 del artículo 35 (relativo a la publicación de un anuncio de adjudicación). Tras un estudio sobre la aplicación de la Directiva ha quedado demostrado que no queda justificado restringir la aplicación plena de la legislación sobre contratación a un grupo limitado de servicios (los servicios incluidos en el Anexo II A, esto es, categorías de servicios 1 a 16). Sin embargo, se establece un régimen jurídico especial para los contratos denominados «de servicios sociales», denominación bajo la que se ampara igualmente a otras categorías de servicios «a las personas», tales como los servicios de salud y los educativos.

b).- Promoción de la contratación electrónica

El uso de las comunicaciones electrónicas y el procesamiento electrónico de las transacciones por los poderes adjudicadores puede generar ahorros significativos y mejorar los resultados de la contratación, reduciendo a la vez despilfarros y errores. La Directiva continúa en este punto las conclusiones obtenidas tras la consulta a los operadores con ocasión del *Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la Unión Europea*¹³.

Se espera que con las medidas que ahora se incorporan en la Directiva los Estados miembros puedan realizar el cambio definitivo a la contratación electrónica. Para ello, la propuesta de Directiva establece la obligación de transmitir los anuncios en formato electrónico, poner la documentación de la contratación a disposición del

¹⁰ Pero junto a la positivación de la doctrina jurisprudencial sobre medios propios se observan algunas novedades. Así, en relación con el requisito del control análogo, la Directiva permite que pueda ser ejercido por vía indirecta, al señalar que puede ser ejercido por otra persona controlada por la entidad contratante. En relación con el segundo requisito *Teckal*, el relativo a la realización de la parte esencial de la actividad del medio propio para la entidad o entidades que lo controlan, la Directiva exige que más del 80 por ciento de esa actividad esté destinada a dicha entidad o entidades, lo cual supone, *de facto*, un endurecimiento del requisito. Para la determinación de dicho porcentaje se tomará en consideración la actividad del medio propio durante los tres años precedentes (y en los casos en los que no esté disponible la información sobre ese período –por ejemplo porque el medio propio no existiese en ese período– será suficiente las proyecciones de negocio). Por otra parte, la Directiva otorga además carta de naturaleza a los encargos «inversos» y «cruzados», al excepcionar igualmente del ámbito de aplicación de la Directiva los supuestos en los que cuando una entidad controlada que sea poder adjudicador adjudique un contrato a su controladora, o a otra persona jurídica controlada por el mismo poder adjudicador. Además, el requisito relativo a la ausencia de participación privada en el medio propio fijado por el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 15 de enero de 2005 queda matizado en la Directiva, que admite tal participación del sector privado siempre que la misma no suponga la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre el medio propio o permita bloquear sus decisiones. La Directiva, aun tratando de reducir los supuestos en los que resulta posible la participación privada en los medios propios parece haber olvidado los motivos que llevaron al Tribunal de Justicia en el 2005 (As. C-26/03, *stadt Halle*) a descartar la existencia de control sobre tales entidades análogo al ejercido sobre los propios servicios. Se indicaba entonces, por una parte, que “la relación entre una autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, y sus propios servicios se rige por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público. Por el contrario, cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos de naturaleza distinta” (apartado 50), y en segundo lugar, que “la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa perjudicaría al objetivo de que exista una competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato de los interesados ... ya que, entre otras cosas, este procedimiento otorgaría a una empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja en relación con sus competidores” (apartado 51).

¹¹ Sentencias del Tribunal de Justicia 10 de septiembre (As C-573/07, *Sea Srl*) y 13 de noviembre de 2008 (As. C-324/07, *Coditel*), y también en la más reciente de 29 de noviembre de 2012 (Asuntos acumulados C-182/11 y C-183/11, *Econord Spa*). Sobre esta cuestión del control análogo ejercido de forma conjunta, puede verse mi artículo (2013, págs. 88-93).

¹² Un análisis de esta Sentencia puede verse en mi trabajo “La cooperación administrativa horizontal como fórmula de organización (2011, págs.. 361-376).

¹³ COM(2010) 571 final, de 18.10.2010.

público por medios electrónicos y adoptar una comunicación totalmente electrónica, en particular por lo que respecta a la presentación electrónica de ofertas o solicitudes, en todos los procedimientos de contratación en un período de transición de dos años.

Asimismo, racionaliza y mejora los sistemas dinámicos de adquisición y los catálogos electrónicos, herramientas de contratación completamente electrónicas que se adaptan especialmente a la contratación muy agregada que llevan a cabo las centrales de compras. El instrumento de la contratación electrónica también permitirá a los poderes adjudicadores evitar, detectar y corregir los errores que se deben en general a una interpretación o comprensión incorrectas de las normas de contratación pública.

c).- Utilización estratégica de la contratación pública en respuesta a nuevos desafíos

Según los últimos datos publicados por la Comisión Europea, la contratación pública representa actualmente en España alrededor del 15,5 por ciento del PIB¹⁴. Como bien ha señalado MEDINA ARNÁIZ (2011), la contratación pública se ha convertido en un ámbito de actividad a través del cual poder orientar y afianzar comportamientos empresariales beneficiosos para el interés general sin que, necesariamente, estén conectados con la directa satisfacción funcional del contrato. En otros lugares se ha puesto ya de manifiesto que la contratación pública no puede ser considerada como un fin en sí mismo sino que debe ser visualizada como una potestad o herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas. Esto significa que los contratos públicos no constituyen exclusivamente un medio de abastecerse de materias primas o de servicios en las condiciones más ventajosas, sino que, en la actualidad, a través de la contratación pública, los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país¹⁵. Es por ello que debemos concebir la contratación pública como un instrumento para llevar a cabo políticas públicas transversales¹⁶. La contratación puede, y debe ser, una técnica que permita conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos. EN palabras de GIMENO FELIÚ (2014, pág. 45), se impone, pues, una visión estratégica de la contratación pública alejada de la rígida arquitectura del contrato administrativo, concebido como sistema de aprovisionamiento de bienes y servicios.

Las nuevas Directivas acogen esa concepción instrumental de la contratación pública, proporcionando una serie de herramientas a los poderes adjudicadores para contribuir a la realización de los objetivos estratégicos de Europa 2020¹⁷. Lo que se pretende es utilizar el “poder de compra” de los poderes adjudicadores para comprar bienes y servicios que promuevan la innovación, el respeto del medio ambiente y la lucha contra el cambio climático mejorando al mismo tiempo el empleo, la salud pública y las condiciones sociales¹⁸.

Como ejemplos de esa utilización estratégica de la contratación pública, podemos mencionar en primer lugar la posibilidad que ofrece la Directiva a los compradores públicos de tomar en consideración el coste del ciclo de vida de los productos, los servicios o las obras que se van a comprar a la hora de adjudicar los contratos. El ciclo de vida abarca todas las etapas de la existencia de un producto, una obra o la prestación de un servicio, desde la adquisición de materias primas o la generación de recursos hasta la eliminación, el desmantelamiento o la finalización. Los costes que deben tenerse en cuenta para su cálculo no incluyen solo los gastos monetarios directos, sino también los costes medioambientales externos, si pueden cuantificarse en términos monetarios y

14 *Public Procurement Indicators 2011*, de 5 de diciembre de 2012. El valor estimado de los contratos que no superan los umbrales de aplicación de las Directivas de contratos públicos se estima en 102 billones a nivel de la Unión Europea, aunque no hay datos disponibles de lo que suponen en España según el Documento de trabajo de la Comisión *Annual Public Procurement Implementation Review 2012* (SWD (2012) 342 final, de 9 de octubre de 2012), p.15.

15 Vid en este sentido Informe 17/2008, de 21 de julio la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de Aragón.

16 BLAZQUEZ ROMÁN, J.A. y RAMÍREZ HORTELANO, P. (2005, pág. 39).

17 Vid. Comunicación de la Comisión *Europa 2020 Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador* (COM(2010) 2020 de 3 de marzo de 2010). En esta Comunicación se señalan como prioridades de esta estrategia el crecimiento inteligente (desarrollo de una economía basada en el conocimiento y la innovación); crecimiento sostenible (promoción de una economía que utilice más eficazmente los recursos, que sea verde y más competitiva) y un crecimiento integrador: fomento de una economía con un alto nivel de empleo que redunde en la cohesión económica, social y territorial).

18 Con el título de *Contratación pública estratégica*, el prof. J. PERNAS GARCÍA dirige un volumen que publica la editorial Aranzadi en 2014, y en el que se recogen estudios monográficos sobre “La contratación del sector público como política pública” (J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ); “Compra pública estratégica” (J.M. GIMENO FELIÚ); “Crisis económica y contratación pública” (C. AYMERICH CANO); “Contratación pública y pymes. un comentario a la luz de la propuesta de directiva en materia de contratación pública” (G. BARRIO GARCÍA); “Contratos públicos y políticas de apoyo a las personas con discapacidad” (A.P. DOMÍNGUEZ ALONSO y J.A. MORENO MOLINA); “El desarrollo de políticas activas de empleo a través de los contratos públicos” (Miguel BERNAL BLAY); “Comercio justo y contratación pública” (Teresa MEDINA ARNÁIZ); “Cambio climático, eficiencia energética y contratación pública” (J. PERNAS GARCÍA); “La compra pública innovadora en los sistemas europeo y español de contratación pública” (A. LÓPEZ MIÑO); “Promoción de la igualdad de género a través de la contratación pública” (P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ); “La contratación del conocimiento universitario en la encrucijada de la recesión” (C. AMOEDO SOUTO), y “Contratación pública y eficiencia energética” (J. PERNAS GARCÍA).

verificarse. Con ello, se permitirá valorar positivamente las ofertas que presenten unos menores costes del ciclo de vida del producto o servicio que constituya el objeto del contrato. Igualmente, los poderes adjudicadores podrán hacer referencia a todos los factores directamente vinculados al proceso de producción en las especificaciones técnicas y en los criterios de adjudicación, siempre que se refieran a aspectos del proceso de producción que estén estrechamente relacionados con la producción de bienes o la prestación de servicios en cuestión.

En relación con determinados “servicios a la persona”, agrupados bajo la denominación (no muy afortunada en nuestra opinión) de “servicios sociales”, la Directiva ha adoptado la decisión de someterlos a sus prescripciones cuando superen los 500.000 euros de valor estimado, quedando sometidos los contratos que no alcancen dicho umbral únicamente al respeto de los principios fundamentales de transparencia e igualdad de trato. La evaluación del impacto y la eficacia de la legislación sobre contratación pública de la Unión Europea puso de manifiesto que los servicios sociales, de salud y de educación tienen características específicas que hacen que la aplicación de los procedimientos habituales para la adjudicación de contratos públicos de servicios resulte inadecuada en esos casos. Estos servicios se prestan normalmente en un contexto específico que varía mucho de un Estado miembro a otro, debido a la existencia de distintas circunstancias administrativas, organizativas y culturales. Debido a que estos servicios tienen, por su naturaleza, una dimensión transfronteriza muy limitada¹⁹, los Estados miembros deben disponer de amplias facultades discrecionales para organizar la elección de los proveedores de servicios.

Por otra parte, la Directiva introduce algunas herramientas para promover la innovación a través de la contratación pública, consciente de que la investigación y la innovación desempeñan un papel central en la Estrategia Europa 2020²⁰. En este sentido, la Directiva mantiene la exclusión de su ámbito de aplicación de las compras públicas precomerciales (art. 14), es decir, los servicios de investigación y desarrollo (I+D) previos a la comercialización de los productos o servicios (que cubre actividades como la exploración de soluciones que son propias de las fases de diseño, creación de prototipo, productos de prueba y preproducción, deteniéndose antes de la producción comercial y venta)²¹. Por otra parte, para facilitar la adquisición de productos y servicios innovadores, la Directiva añade un procedimiento de adjudicación específico, la asociación para la innovación (art. 31), que podrá utilizarse para el desarrollo y la ulterior adquisición de productos, obras y servicios nuevos e innovadores, que, no obstante, deberán suministrarse dentro de los niveles de prestaciones y de costes acordados.

d).- Mejora del acceso al mercado de los contratos públicos para las pequeñas y medianas empresas

Con el fin de mejorar el acceso de las PYME a los contratos públicos, la Comisión publicó ya en 2008 el *European Code of Best Practices facilitating access by SMEs to public procurement contracts*²². La Directiva se basa en este trabajo y proporciona medidas concretas para eliminar los obstáculos de acceso al mercado para las PYME, al compartir la idea, ya expresada en el documento citado, de que las pequeñas y medianas empresas tienen un enorme potencial de creación de empleo, crecimiento e innovación. Facilitarles el acceso a los mercados de contratación puede ayudarles a liberar este potencial, al mismo tiempo que permitirá a los poderes adjudicadores ampliar su base de proveedores, lo cual redundará positivamente en un aumento de la competencia por los contratos públicos.

Como medidas específicas para facilitar el acceso de las PYMES al mercado de contratación pública, y que acompañarán a otras de alcance general²³, la Directiva exige que los poderes adjudicadores dividan los contratos públicos en lotes —homogéneos o heterogéneos— con el fin de hacerlos más accesibles para las PYME. Si deciden no hacerlo, deberán explicar de manera específica su decisión.

La segunda medida “estrella”, cuyos efectos pueden verse atenuados dado el carácter potestativo de la misma (los Estados miembros decidirán si la incorporan, o no, a sus Ordenamientos internos) consiste en la previsión de que los subcontratistas puedan solicitar que el poder adjudicador les pague directamente los suministros, las obras y los servicios proporcionados al contratista principal en el contexto de la ejecución del contrato (art. 71).

19 Un análisis cuantitativo del valor de los contratos para la adquisición de este tipo de servicios, adjudicados a operadores económicos extranjeros, ha mostrado que los contratos por debajo de este valor no tienen, en general, interés transfronterizo.

20 Vid. en este sentido la Comunicación de la Comisión *Iniciativa emblemática de Europa 2020: Unión por la innovación* (COM(2010) 546 final, de 6 de octubre de 2010). Según las últimas estimaciones, si hasta 2020 se alcanzara el objetivo de gastar en I+D un 3 % del PIB se podrían crear 3,7 millones de puestos de trabajo y aumentar el PIB anual en cerca de 800 000 millones de euros hasta 2025 (P. ZAGAMÉ: *The cost of a non-innovative Europe*, 2010.)

21 Sobre la misma, Vid. Comunicación de la Comisión *La contratación precomercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y sostenibles*, COM (2007) 799, de 14 de diciembre de 2007.

22 Documento de trabajo de los servicios de la Comisión, SEC(2008) 2193.

23 La simplificación general de las obligaciones de información en los procedimientos de contratación beneficiará considerablemente a las PYME. La propuesta prevé la obligación de aceptar las declaraciones de los interesados como prueba suficiente a efectos de selección. En la práctica, la presentación de pruebas documentales se verá facilitada mediante un documento normalizado (*European Single Procurement Document*) que servirá para demostrar la inexistencia de motivos de exclusión.

Con esta medida se ofrece a los subcontratistas, que a menudo son PYME, un medio eficaz para proteger su interés por cobrar.

e).- Ejecución de los contratos

Por primera vez se introducen en las Directivas europeas de contratos públicos disposiciones específicas que inciden sobre la fase de ejecución de los contratos. Especialmente significativas son las disposiciones sobre modificaciones de los contratos, cuestión cada vez más pertinente y problemática para los profesionales²⁴. Estas modificaciones quedan sujetas a un régimen muy estricto, y tendrán la consideración de nuevas adjudicaciones cuando supongan una alteración sustancial de las disposiciones de un contrato público, requiriendo por ello un nuevo procedimiento de contratación²⁵. En particular, se considerará que se alteran las características esenciales de un contrato (art. 72):

- (a) cuando la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la adjudicación del contrato a otro licitador;
- (b) cuando la modificación altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista;
- (c) cuando la modificación amplíe de forma considerable el ámbito del contrato para abarcar suministros, servicios u obras no previstos inicialmente.

No se considerarán, en cambio, modificaciones sustanciales, aquellas cuya necesidad derive de circunstancias que un poder adjudicador diligente no podría prever (imprevisibles²⁶), siempre que la modificación no altere la naturaleza global del contrato y que no conlleven un aumento del precio superior al 50 % del valor del contrato inicial.

Importante resulta igualmente el tratamiento que la Directiva ofrece a la sustitución del contratista, supuesto que en nuestro Ordenamiento interno parece acoger la figura de la “cesión del contrato”. Habrá que ver cómo se incorpora la previsión incluida en la Directiva según la cual “la sustitución del socio contractual se considerará una modificación sustancial”, salvo que tal sustitución obedezca a operaciones de reestructuración empresarial o insolvencia, y el contratista sea sustituido por otro operador económico que cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente.

f).- Gobernanza

En este apartado es donde más cambios ha habido desde que la propuesta de Directiva fue presentada. En general, las medidas más innovadoras en este campo no han encontrado el apoyo necesario y han decaído. No obstante, queda patente la idea de la Comisión de articular un sistema de información contractual fluido y dinámico que permita corregir eventuales problemas aplicativos de las Directivas

En este sentido, la primera Propuesta de Directiva contemplaba la creación de una Autoridad en cada Estado miembro encargada de la supervisión, aplicación y control de la contratación pública, con capacidad para proponer soluciones adecuadas a los problemas de carácter más estructural. Para reforzar la lucha contra la corrupción y el favoritismo, la propuesta de Directiva establecía la obligación de remitir los contratos celebrados al organismo de supervisión, para que éste pudiera examinar estos contratos a fin de detectar pautas sospechosas. Asimismo se contemplaba la creación de centros de conocimiento para ofrecer apoyo profesional especializado e independiente para tramitar proyectos de contratación complejos. Estos centros de conocimientos asistirían tanto a los compradores públicos como a las empresas, en particular las PYME.

²⁴ Sobre la cuestión, tres recientes trabajos abordan ya la nueva regulación que contempla la Directiva. Son los trabajos de J.M. GIMENO FELIÚ “La modificación de los contratos: límites y derecho aplicable”, J.J. PARDO GARCÍA-VALDECASAS “El interés público y los principios comunitarios: su influencia en la modificación contractual”, y de E. HERNÁNDEZ SALGUERO “Visión crítica de la inclusión en el ámbito del recurso administrativo especial en materia de contratación de la modificación contractual”, incluidos en el monográfico sobre *La contratación pública: problemas actuales* editado por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en 2013. A ellos debe unirse dos trabajos anteriores, de J.M. GIMENO FELIÚ (2011) y de J. COLÁS TENAS (2012)

²⁵ Hace ya algún tiempo que tal concepción inspiraba la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y es ahora cuando esa doctrina obtiene un reconocimiento expreso a nivel de Derecho positivo. Cfr. Sentencias del Tribunal de Justicia de 29 de abril, de 2004, *Succhi di Frutta*, de 19 de junio de 2008 (*Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*), o la más reciente del

²⁶ No se admiten, en cambio, las modificaciones que obedezcan a “necesidades nuevas”. Sobre este concepto, en su reciente Sentencia de 31 de enero de 2013 (As. T 235/11, *Comisión Vs. Reino de España*), el Tribunal General de la Unión Europea desestima un recurso del Reino de España que pretendía la anulación de la Decisión de la Comisión C 20111 – 1023 final, de 18 de febrero de 2011, por la que se reduce la ayuda del Fondo de Cohesión a distintos proyectos relativos a la ejecución de determinadas líneas ferroviarias de alta velocidad en España – AVE -. La sentencia condena al Reino de España y critica que la legislación española permitiera la modificación por necesidades nuevas ya que tal concepto no forma parte de la noción de imprevisibilidad: “el uso de un criterio relativo a la apreciación de la existencia de necesidades nuevas permitiría a la entidad adjudicadora modificar a su arbitrio, durante la fase de ejecución del contrato, las propias condiciones de la licitación”.

La Propuesta de Directiva, al introducir dichas medidas era consciente de que su implantación generaría algunos costes, aunque se mostraba convencida de su neutralización por la reducción de los que se producen con ocasión de los litigios (tanto para los poderes adjudicadores como para las empresas) o los derivados de los retrasos en la adjudicación de los contratos, debido a la aplicación incorrecta de las normas de contratación pública o a la mala preparación de los procedimientos de contratación, así como de los costes que acarrearán la fragmentación y la ineficiencia del asesoramiento que se ofrece actualmente a los poderes adjudicadores.

En su versión final, sin embargo, la Directiva prescinde de las Autoridades y Centros de conocimiento. En lugar de ello, en relación con la *Gobernanza*, la Directiva establece una obligación de monitorizar la aplicación de la normativa sobre contratos públicos, debiendo los Estados miembros enviar a la Comisión cada tres años un informe que señale los problemas aplicativos más frecuentes. Integrado en ese informe puede enviarse la información estadística relativa a los contratos no cubiertos por la Directiva. Además de esos informes trianuales, la Directiva contempla la necesidad de enviar a la Comisión informes individuales sobre cada contrato adjudicado conforme las prescripciones de la Directiva.

Por otra parte, para canalizar las relaciones entre los Estados miembros y la Comisión relativas a la aplicación de la normativa sobre contratación pública, los primeros deberán designar unos puntos de contacto (*points of reference*).

Por último, la Directiva prevé que los diferentes organismos nacionales compartan información y buenas prácticas, y cooperen, a través del Sistema de Información del Mercado Interior (IMI) establecido por el Reglamento 1024/2012 del Parlamento europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012²⁷.

g).- Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

Por cuanto se refiere a la Directiva sobre adjudicación de contratos de concesión, su principal objetivo es aclarar el marco jurídico aplicable a la adjudicación de concesiones, así como delimitar claramente el ámbito de aplicación de dicho marco²⁸. Las obligaciones específicas que deberán cumplirse en el ámbito de las concesiones aumentarán considerablemente la seguridad jurídica ya que, por un lado, los poderes y entidades adjudicadores contarán con unas disposiciones precisas que incorporen los principios del Tratado a la adjudicación de concesiones y, por otro, los operadores económicos dispondrán de algunas garantías básicas respecto al procedimiento de adjudicación.

En este sentido, como principales novedades, la nueva Directiva incluye una definición más precisa de contrato de concesión que hace referencia al concepto de riesgo operacional. En ella se deja claro qué tipos de riesgo se consideran operacionales y en qué consiste el riesgo significativo al señalarse que “el derecho a explotar las obras implica la transferencia al concesionario del riesgo operacional sustancial. Se considerará que el concesionario asume el riesgo operacional sustancial cuando no esté garantizado que vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras que sean objeto de la concesión. El riesgo económico puede ser de los tipos siguientes: a) riesgo relacionado con la utilización de las obras o la demanda de prestación del servicio; b) riesgo relacionado con la disponibilidad de las infraestructuras proporcionadas por el concesionario o utilizadas para la prestación de servicios a los usuarios”.

La propuesta de Directiva sobre concesiones también proporciona referencias respecto a la duración máxima de las concesiones, y modifica el ámbito de aplicación de las Directivas «Recursos» (Directivas 89/665/CEE y 92/13/CE, modificada por la Directiva 2007/66/CE) para incluir en el mismo a los contratos de concesión cuyo valor estimado sea igual o superior a los 5 millones de euros.

²⁷ El Sistema de Información del Mercado Interior («IMI») es una aplicación informática accesible a través de internet, realizada por la Comisión en colaboración con los Estados miembros, cuyo propósito es servir de ayuda a estos últimos para que puedan cumplir en la práctica las exigencias de intercambio de información establecidas en los actos jurídicos de la Unión a través de un mecanismo de comunicación centralizado que permita el intercambio transfronterizo de información así como la asistencia recíproca. En concreto, el IMI ayuda a las autoridades competentes a identificar a sus homólogas en otro Estado miembro, a gestionar el intercambio de información, incluso de los datos de carácter personal, basándose en procedimientos simples y unificados, y a superar las barreras lingüísticas gracias al uso de unos sistemas de tratamiento predefinidos y pretraducidos. Cuando sea posible, la Comisión debería proporcionar a los usuarios del IMI cualquier otra funcionalidad de traducción que se ajuste a sus necesidades, sea compatible con la seguridad y los requisitos de confidencialidad para el intercambio de información en el IMI y pueda ofrecerse a un coste razonable.

El objeto del IMI debe ser mejorar el funcionamiento del mercado interior proporcionando una herramienta eficaz y sencilla de usar para la cooperación administrativa entre los Estados miembros y entre los Estados miembros y la Comisión, de modo que se facilite la aplicación de los actos de la Unión.

²⁸ Un primer análisis de la Directiva de concesiones lo ofrece X. LAZO VITORIA (2013, págs. 137-174).

II.- LA CONTRATACIÓN DE LOS «PODERES ADJUDICADORES SUB-CENTRALES»

El Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la Unión Europea publicado por la Comisión en 2011²⁹ abordaba expresamente la contratación de los «pequeños poderes adjudicadores». Señalaba la Comisión entonces las quejas de estas entidades contratantes por tener que aplicar íntegramente el régimen de normas de procedimiento y salvaguardias para la adjudicación de sus relativamente pequeños contratos, exigiendo una cantidad desproporcionada de tiempo y esfuerzo.

Las quejas se hacían extensivas igualmente a la tramitación de los “pequeños contratos”, aquellos que quedan por debajo de los umbrales de aplicación de las Directivas, ya que, en relación con los mismos existe cierta inseguridad jurídica, derivada de las dudas que suscita el alcance de los requisitos derivados del Derecho primario. Respecto de estos contratos no resulta infrecuente la incertidumbre reinante en cuanto al modo en que deben materializarse los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa³⁰.

Habida cuenta de las razones anteriores, planteaba la Comisión la posibilidad de establecer un marco procedimental más ligero para la adjudicación de contratos por encima de los umbrales de las Directivas, por los poderes adjudicadores locales y regionales. En el citado Libro Verde se preguntaba expresamente:

27. *¿Piensa que el régimen íntegro de contratación pública es apropiado o, por el contrario, inadecuado para las necesidades de los poderes adjudicadores más pequeños? Explique su respuesta.*

28. *En caso afirmativo, ¿estaría a favor de simplificar el régimen de contratación para la adjudicación de contratos relativamente pequeños por las autoridades regionales y locales? ¿Cuáles deberían ser, en su opinión, las características de ese régimen simplificado?*

La Comisión planteaba la conveniencia de establecer un marco procedimental más ligero para los poderes adjudicadores locales y regionales, aprovechando todas las posibilidades de flexibilidad que ofrece el Acuerdo de Contratación Pública para las entidades subcentrales y los operadores de servicios públicos, sin comprometer el requisito de transparencia³¹. No obstante, el proceso de simplificación procedimental no está exento de

29 COM(2011) 15 final, de 27 de enero de 2011.

30 Los procedimientos especiales y rigurosos previstos en las Directivas comunitarias sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos se aplican únicamente a aquellos contratos cuyo valor sobrepase un determinado umbral previsto expresamente en cada una de ellas. Por tanto, las normas de esas Directivas no se aplican a los contratos cuyo importe no alcanza el umbral fijado en ellas. Sin embargo, ello no significa que esos últimos contratos estén excluidos del ámbito de aplicación del Derecho comunitario. En efecto, en lo relativo a la adjudicación de estos contratos, las entidades adjudicadoras están obligadas, no obstante, a respetar las normas fundamentales del Tratado en general y el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad en particular.

Los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad, tal como han sido interpretados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, implican en particular una obligación de transparencia, que permite que la autoridad pública concedente se asegure de que tales principios son respetados. Ello queda confirmado tanto por el noveno considerando de la Directiva 2004/17, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, como por el segundo considerando de la Directiva 2004/18, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. De ello se deduce que tanto los Estados miembros como sus órganos de contratación deben respetar esta obligación de transparencia para la adjudicación de todos los contratos públicos, que consiste en garantizar, en favor de cualquier posible licitador, un grado de publicidad adecuado que permita la apertura del mercado a la competencia, así como el control de la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación. Esta obligación comprende una forma de publicidad anterior a la adjudicación del contrato público de que se trata, en otras palabras, una publicidad previa que tiene lugar antes de la adjudicación. En efecto, una publicidad ex post no puede garantizar una publicidad adecuada.

Sobre las formas de manifestación de los principios enunciados Vid. la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública de 23 de junio de 2006, así como la Sentencia del Tribunal General de 20 de mayo de 2010 (As. T-258/06) que resuelve un recurso de anulación contra la misma interpuesto por la República Federal de Alemania. Dicha Sentencia concluye que la Comunicación se limita a desarrollar las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, a la libertad de establecimiento, a la libre prestación de servicios, los principios de no discriminación, de igualdad de trato y de proporcionalidad y las reglas de transparencia y de reconocimiento mutuo aplicables a la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública y no establece obligaciones específicas o nuevas en comparación con tales disposiciones, principios y reglas, tal como han sido interpretadas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En tales circunstancias, no puede considerarse que dicha Comunicación produzca efectos jurídicos vinculantes que puedan afectar a la situación jurídica de los Estados miembros.

Sobre los principios aplicables a esta materia, por todos, me remito al trabajo de J. A. MORENO MOLINA (2012).

31 El Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) es, por ahora, el único acuerdo jurídicamente vinculante de la Organización Mundial del Comercio (OMC) que trata específicamente de la contratación pública. Es un tratado plurilateral administrado por un Comité de Contratación Pública, que está compuesto por los Miembros de la OMC que son Partes en el ACP y, por consiguiente, tienen derechos y obligaciones en

dificultades. La creación de diferentes niveles de requisitos de procedimiento puede incrementar la complejidad del marco jurídico global y resultar difícil de transponer y aplicar en la práctica.

Las Directivas del año 2004 prevén cierta flexibilidad para los operadores de servicios públicos (ver en este sentido la Directiva 2004/17 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales), pero no para los poderes adjudicadores locales y regionales. Este tipo de sistema diferenciado daría a las entidades locales más libertad en su actividad de contratación y reduciría las cargas administrativas, precisamente en aquellas áreas en las que podrían ser desproporcionadas.

Otra posibilidad, que también planteaba la Comisión, era la de permitir la utilización generalizada del procedimiento negociado con publicación previa de un anuncio de licitación. Esta puede ser una buena manera de adaptar el contrato para tener en cuenta preocupaciones y necesidades específicas de esas entidades “pequeñas”. Sin embargo, plantea un importante riesgo: no es seguro que los pequeños poderes adjudicadores tengan siempre el poder adquisitivo y la experiencia técnica necesarios para negociar en igualdad de condiciones con los licitadores. Y no son aislados los casos en los que los órganos que controlan la contratación han anulado procedimientos de contratación negociados por mala tramitación de los mismos³².

1.- El concepto de «poder adjudicador sub-central» en la Directiva de adjudicación de contratos públicos

La nueva Directiva sobre adjudicación de contratos públicos, al definir su ámbito de aplicación subjetivo, utiliza el concepto de “poder adjudicador” (“*contracting authorities*”), que integra al Estado, a las Regiones (en España las Comunidades Autónomas), las Entidades Locales, así como los organismos de Derecho público³³ y las asociaciones formadas entre algunos de los anteriores.

La principal novedad que introduce la propuesta de Directiva es la distinción, como especies del género “poder adjudicador”, entre “Autoridades gubernamentales -poderes adjudicadores- centrales” y “poderes adjudicadores subcentrales”. Así, se entenderá por “Autoridades gubernamentales centrales” los poderes adjudicadores que figuran en el anexo I de la Directiva y, en la medida en que se introduzcan a escala nacional rectificaciones o modificaciones, las entidades que las sucedan. Utilizando un criterio definidor residual, tendrán la consideración de “poderes adjudicadores subcentrales” todos aquellos que no son las autoridades gubernamentales centrales, lo cual incluye, por supuesto, tanto a las autoridades regionales como a las locales. La Directiva identifica además los conceptos de “autoridades regionales” y de “autoridades locales” por remisión al Reglamento (CE) n° 1059/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de mayo de 2003 por el que se establece una nomenclatura común de unidades territoriales estadísticas (NUTS)³⁴.

El Reglamento núm. 1059/2003 clasifica las distintas unidades administrativas de los Estados miembros de la UE según su nivel³⁵ en la nomenclatura:

virtud del Acuerdo.

La versión actual del Acuerdo se negoció durante la Ronda Uruguay en 1994 y entró en vigor el 1° de enero de 1996. El 15 de diciembre de 2011, los negociadores alcanzaron un acuerdo que plasma los resultados de la renegociación del Acuerdo. Esta decisión política fue confirmada el 30 de marzo de 2012 mediante la adopción formal de la Decisión sobre los resultados de las negociaciones.

El texto vigente del Acuerdo se encuentra disponible desde el enlace http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gp_gpa_s.htm

32 En concreto, por falta de negociación. Vid en este sentido la Resolución 50/2011 de febrero de 2011, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, así como el Acuerdo 10/2013, de 14 de junio, del Tribunal de Contratos Públicos de Navarra. Indican estas Resoluciones que “la presentación de las ofertas por las empresas invitadas, no puede ser considerada como una fase de negociación, pues resulta obvio que la negociación de existir lo será con posterioridad a la presentación de las ofertas, no las ofertas en sí mismas.”

33 Tienen la consideración de «organismo de Derecho público» cualquier organismo:

a) creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil,

b) dotado de personalidad jurídica y

c) cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público, o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público.

34 Para poder recopilar datos y elaborar y divulgar unas estadísticas regionales armonizadas, la Unión Europea ha establecido la nomenclatura común de las unidades territoriales estadísticas (NUTS). Esta clasificación sustituye a la establecida por Eurostat. Para que las estadísticas regionales sean comparables, las zonas geográficas deben tener una población comparable. La clasificación NUTS es jerárquica en la medida en que subdivide cada Estado miembro en tres niveles: NUTS 1, NUTS 2 y NUTS 3. Los niveles NUTS 2 y NUTS 3 son subdivisiones respectivas de los niveles NUTS 1 y NUTS 2. Los Estados miembros pueden optar por un mayor grado de detalle y subdividir el nivel NUTS 3.

35 La definición de las unidades territoriales se basa en las unidades administrativas existentes en los Estados miembros. Una unidad administrativa designa una zona geográfica con una autoridad administrativa que tenga poder para tomar decisiones de carácter administrativo o político dentro del marco jurídico e institucional del Estado miembro. El nivel NUTS al cual pertenece una unidad administrativa se determina

- NUTS 1: «Gewesten/Régions» en Bélgica; «Länder» en Alemania; «Continente», «Regiao dos Açores» y «Regiao da Madeira» en Portugal; «Scotland, Wales, Northern Ireland» y «Government Office Regions of England» en el Reino Unido.
- NUTS 2: «Provincias/Provinces» en Bélgica; «Regierungsbezirke» en Alemania; «Periferías» en Grecia; «Comunidades y ciudades autónomas» en España; «Régions» en Francia; «Regions» en Irlanda; «Regioni» en Italia; «Provincias» en los Países Bajos; «Länder» en Austria.
- NUTS 3: «arrondissements» en Bélgica; «Amtskommuner» en Dinamarca; «Kreise/kreisfreie Städte» en Alemania; «nomoi» en Grecia; «provincias» en España; «départements» en Francia; «regional authority regions» en Irlanda; «provincia» en Italia; «län» en Suecia; «maakunnat/landskapen» en Finlandia.

Además de las anteriores, el Reglamento núm. 1059/2003 también recoge una categoría especial de “pequeñas unidades administrativas”. Sería el caso de los «Gemeenten/Communes» en Bélgica; «Kommuner» en Dinamarca; «Gemeinden» en Alemania; «Demoi/Koinótites» en Grecia; «Municipios» en España (salvo algunos los que se agrupan en NUTS 3 –Ver Anexo I-); «Communes» en Francia; «Counties/County boroughs» en Irlanda; «Comuni» en Italia; «Communes» en Luxemburgo; «Gemeenten» en los Países Bajos; «Gemeinden» en Austria; «Freguesias» en Portugal; «maakunnat/landskapen» en Finlandia; «Kommuner» en Suecia y «Wards» en el Reino Unido.

Así, a efectos de la Directiva de contratos públicos tendrán la consideración de “autoridades regionales” todas las autoridades de las unidades administrativas incluidas en los niveles NUTS 1 y 2, mientras que serán consideradas “autoridades locales” las unidades administrativas incluidas en el nivel NUTS 3 y también las unidades administrativas menores a que se hace referencia en el Reglamento núm. 1059/2003 citado.

2.- Especialidades de los contratos de los «poderes adjudicadores sub-centrales» en la nueva Directiva

La distinción, conforme a los criterios anteriores, de una categoría de “poderes adjudicadores subcentrales” encuentra su justificación en la previsión de algunas especialidades en relación con los procedimientos de adjudicación que tramiten estas entidades.

a).- Contratos de servicios sujetos a regulación armonizada.

La primera de esas especialidades afecta a los contratos que quedan comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva. Con carácter general, la Directiva resulta de aplicación contratos públicos de obras de valor estimado igual o superior a 5.186.000 €, así como a los contratos de servicios y suministros cuyo valor estimado supera igualmente un determinado umbral. Es en relación con ese umbral que prevé la Directiva para los contratos de servicios y suministros donde encontramos la primera diferencia de régimen jurídico entre los contratos de los poderes adjudicadores centrales y los subcentrales. Así, los contratos de servicios y suministros de los poderes adjudicadores centrales quedarán sometidos a las prescripciones de la Directiva cuando su valor estimado sea igual o superior a los 134.000 €. En cambio, para que un contrato de suministros o de servicios de un poder adjudicador subcentral quede sujeto a las prescripciones de la Directiva, su valor estimado deberá ser igual o superior a los 207.000 €³⁶.

b).- Utilización de anuncios de información previa como anuncios de licitación

La Directiva prevé también la posibilidad de que los poderes adjudicadores subcentrales queden sujetos a unos requisitos de publicación de las licitaciones menos estrictos. En este sentido, el art. 48.2 de la Directiva admite que, en determinados casos, los poderes adjudicadores subcentrales puedan adjudicar un contrato sin publicar un anuncio de licitación, aliviando con ello una importante carga procedimental y reduciendo el plazo de tramitación del procedimiento.

Tal posibilidad está prevista para aquellos supuestos en los que para la adjudicación del contrato se utilice un procedimiento restringido o un procedimiento con negociación, y siempre que se haya anunciado previamente la intención de adjudicar el contrato mediante la publicación de un anuncio de información previa. Según indica el

a partir de umbrales demográficos. Así para el nivel NUTS 1 el mínimo de población son 3 millones de habitantes hasta un máximo de 7 millones; el nivel NUTS 2 oscila entre los 800.000 y los 3 millones de habitantes, mientras que el nivel NUTS 3 precisa de un mínimo de 150.000 habitantes y alcanza hasta los 800.000.

Si la población total de un Estado miembro no llega al umbral mínimo de un nivel de la NUTS, todo el territorio de ese Estado constituye una unidad territorial NUTS de ese nivel. Si, en un Estado miembro, no existen unidades administrativas de tamaño suficiente para incluirse en un nivel determinado de la nomenclatura, este nivel se constituye agrupando un número adecuado de unidades administrativas contiguas de menor tamaño. Las unidades formadas de este modo se llaman «unidades no administrativas».

³⁶ Cfr. Reglamento (UE) número 1336/2013 de la Comisión, de 13 de diciembre de 2013, por el que se modifican las Directivas 2004/17/CE, 2004/18/CE y 2009/81/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que concierne a sus umbrales de aplicación en materia de procedimientos de adjudicación de contratos. Ese umbral económico es revisado cada dos años y puede oscilar al alza o a la baja.

antecitado precepto:

2. Para los procedimientos restringidos y de licitación con negociación, los poderes adjudicadores subcentrales podrán utilizar un anuncio de información previa como convocatoria de licitación con arreglo a lo dispuesto en el artículo 26, el apartado 5, siempre que el anuncio cumpla todas las condiciones siguientes:

(a) que se refiera específicamente a los suministros, las obras o los servicios que serán objeto del contrato que vaya a adjudicarse;

(b) que mencione que el contrato se adjudicará por procedimiento restringido o negociado sin ulterior publicación de una convocatoria de licitación e invite a los operadores económicos interesados a que manifiesten su interés por escrito;

(c) que contenga, además de la información indicada en el anexo V, parte B, sección I, la información indicada en el anexo V, parte B, sección II;

(d) que se haya enviado para su publicación entre 35 días y doce meses antes de la fecha de envío de la invitación a la que se hace referencia en el artículo 54, apartado 1³⁷.

Esta posibilidad de utilizar los anuncios de información previa como convocatoria de licitación queda condicionada a la observancia de determinados límites, igualmente señalados en la Directiva. El primero de ellos es que tal posibilidad no puede utilizarse si para la adjudicación del contrato se utiliza un procedimiento abierto, ya que queda ceñida, exclusivamente, a los procedimientos restringidos y con negociación (con publicidad).

Los operadores económicos que, a la vista del anuncio de información previa publicado, manifiesten su interés en participar en la licitación, deberán ser invitados posteriormente, antes de comenzar la fase de selección de licitadores, a confirmar su interés por escrito mediante una “invitación a confirmar el interés”. Las “invitaciones a confirmar el interés” se enviarán simultáneamente a todos los interesados, y en las mismas se incluirá una referencia a la dirección electrónica en la que se hayan puesto directamente a disposición por medios electrónicos el pliego de condiciones o el documento descriptivo y cualquier documentación complementaria, tal y como indica el art. 54.2 de la Directiva. Además de lo anterior, el Anexo IX de la Directiva señala un contenido mínimo que debe incluirse en esas “invitaciones a confirmar el interés»:

(a) características y cantidad, incluidas todas las opciones relativas a contratos complementarios y, cuando sea posible, el plazo estimado previsto para ejercer dichas opciones; cuando se trate de contratos renovables, características y cantidad y, cuando sea posible, fechas estimadas de publicación de los futuros anuncios de licitación para las obras, suministros o servicios que vayan a ser objeto de licitación;

(b) tipo de procedimiento: restringido o de licitación con negociación;

(c) en su caso, fecha de comienzo o de finalización de la entrega de suministros o de la ejecución de obras o servicios;

(d) dirección y fecha límite de presentación de solicitudes de la documentación de la contratación, así como lengua o lenguas en que esté autorizada su presentación;

(e) dirección postal de la entidad que adjudicará el contrato y suministrará la información necesaria para la obtención del pliego de condiciones y demás documentos;

(f) condiciones de carácter económico y técnico, garantías financieras e información exigida a los

³⁷ El período cubierto por el anuncio de información previa puede ser más amplio cuando se trate de la adjudicación de contratos de servicios sociales.

operadores económicos;

(g) el importe y las modalidades de pago de la cantidad que haya que abonar para obtener la documentación de la contratación;

(h) naturaleza del contrato que constituye el objeto de la invitación a licitar: compra, arrendamiento financiero, arrendamiento o alquiler con opción de compra, o varias de estas formas, y

(i) los criterios de adjudicación y su ponderación o, cuando corresponda, el orden de importancia de dichos criterios, en caso de que esta información no figure en el anuncio de información previa, en el pliego de condiciones ni en la invitación a licitar o a negociar.

Por otra parte, cuando se utilicen los anuncios de información previa como anuncios de licitación, la Directiva señala que “tales anuncios no se publicarán en un perfil de comprador³⁸” (perfil de contratante, en la terminología que utiliza el TRLCSP), como es la regla general para los anuncios de información previa (Cfr. art. 48.1 de la Directiva). Lo que quiere indicar tal prescripción es que los anuncios de información con los que se pretenda sustituir un anuncio de licitación posterior no podrán ser publicados únicamente en el perfil de contratante de la entidad adjudicadora, sino que necesariamente deberán ser enviados a la Comisión para su publicación en el DOUE. Con ello se quiere evitar el efecto perverso que sobre la competencia de los operadores económicos podría llegar a provocar la reducción de la accesibilidad a los anuncios de los contratos, máxime en casos como el español, donde el acceso a los perfiles de cada comprador (de cada contratante) no se encuentra unificado, sino fuertemente fragmentado³⁹, al hacerse a través de la sede electrónica de cada entidad contratante. Solamente si el acceso a estos perfiles de comprador se hiciera a través de un punto único, y desde allí existiese la posibilidad de, utilizando un sistema efectivo de búsquedas, podría plantearse la posibilidad de que los anuncios de información previa con efecto sustitutivo de los anuncios de licitación pudieran publicarse sin afectar a la concurrencia en los perfiles de comprador de las entidades contratantes.

c).- Flexibilidad en la determinación de los plazos de presentación de ofertas en determinados procedimientos de adjudicación

La tercera especialidad de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores subcentrales la encontramos en la duración de algunos procedimientos. La Directiva, con carácter general, ha optado por una reducción de los plazos de tramitación de los procedimientos. Así, en relación con el procedimiento abierto, el plazo mínimo para la presentación de ofertas será de 35 días a partir de la fecha de envío del anuncio de licitación (reducción de 17 días con respecto a lo señalado en la Directiva 20014/18). En el mismo sentido, el plazo mínimo para la recepción de las solicitudes de participación en los procedimientos restringidos y negociados con publicidad será de 30 días a partir de la fecha de envío del anuncio de licitación (frente a los 47 días que exige la Directiva 20014/18), y además, se asegura un plazo mínimo para la recepción de ofertas de 30 días a partir de la fecha en que se envíe la invitación a licitar en el caso de los procedimientos restringidos (40 días según la Directiva 2004/18), así como de 30 días a partir de la fecha de envío de la invitación, en el caso de procedimientos de licitación con negociación⁴⁰.

La Directiva prevé una especialidad en relación con los plazos de presentación de ofertas en el marco de procedimientos restringidos o procedimientos de licitación con negociación que tramiten los poderes adjudicadores subcentrales. El art. 28.4 de la Directiva, en relación con el procedimiento restringido, señala que,

Los poderes adjudicadores subcentrales podrán establecer el plazo para la recepción de las ofertas de mutuo acuerdo con los candidatos seleccionados, siempre que todos los candidatos dispongan de un plazo idéntico para preparar y presentar sus ofertas. Cuando no sea posible llegar a un acuerdo sobre el plazo para la recepción de ofertas, el poder adjudicador fijará un plazo que no podrá ser inferior a 10 días a partir de la fecha de envío de la invitación a licitar.

La misma posibilidad resulta aplicable igualmente a los procedimientos de licitación con negociación por

³⁸ La “precaución” anterior, sin embargo, no resulta aplicable a la publicación adicional a nivel nacional que debe realizarse en virtud del artículo 52 de la Directiva, que esa sí que podrá hacerse en el perfil de comprador (de contratante) de la entidad adjudicadora.

³⁹ La dispersión de los perfiles de contratante, como ha señalado GIMENO FELIÚ (2013.2), produce fragmentación del mercado, potenciando la compra del “cercano” e impidiendo el efectivo funcionamiento, por inadecuada concurrencia, de las economías de escala.

⁴⁰ Recuérdese que el cómputo de estos días debe realizarse en días naturales, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento (CEE, Euratom) nº 1182/71 del Consejo, de 3 de junio de 1971, por el que se determinan las normas aplicables a los plazos, fechas y términos.

disposición del inciso final del art. 29.1 de la Directiva. Con esta previsión, los poderes adjudicadores podrán flexibilizar los límites temporales para la presentación de las ofertas previo acuerdo con los participantes, beneficiándose así de la posibilidad de reducir el plazo de tramitación de los procedimientos. Obviamente, esta facultad de adaptación de los plazos de presentación de ofertas queda restringida a la tramitación de procedimientos restringidos y procedimientos de licitación con negociación que, en atención a su valor estimado, entren dentro del ámbito de aplicación de la Directiva. No resulta posible extender esta regla de simplificación procedimental a otros procedimientos, como es el caso de los procedimientos abiertos.

III.- UNA REFLEXIÓN FINAL: SOBRE LA TRANSPOSICIÓN DEL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DE LAS ENTIDADES LOCALES AL ORDENAMIENTO INTERNO

Para terminar, entendemos necesario realizar una pequeña reflexión de orden sistemático en relación con la forma en que las especialidades que presenta la contratación de las Entidades Locales en las nuevas Directivas deberían incorporarse a la legislación española sobre contratación pública. En este sentido, entendemos que tales especialidades deberían recogerse en la normativa de contratos del sector público sistematizadas de una manera más coherente que como lo están ahora en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).

La normativa estatal sobre contratación pública ha señalado tradicionalmente ciertas «normas específicas de contratación de las Entidades Locales». Entre los textos más modernos puede citarse la Disposición Adicional novena de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, que luego se mantendría en el Texto Refundido aprobado por Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, así como, más recientemente, la Disposición Adicional segunda de la LCSP que hoy mantiene la misma numeración en el TRLCSP. Entender que las especialidades de la contratación de las Entidades locales se agotan en dicha disposición supone desconocer por completo la realidad de la contratación. Existen, dispersas por su articulado, otras especialidades de la contratación de las Entidades Locales, como son la posibilidad de aprobar pliegos de cláusulas administrativas generales (art. 114.3 TRLCSP); la publicidad sustitutoria de los anuncios de licitación en el Boletín Oficial de la respectiva provincia (art. 142.1 TRLCSP); la posibilidad de constituir las garantías que sean precisas, en efectivo y mediante certificados de inmovilización de los valores de Deuda Pública, mediante su depósito en la Caja de depósitos de la Entidad Local contratante (art. 96.a, 98.2 y 103.3 TRLCSP); o la posibilidad de que se atribuya la competencia para resolver los recursos especiales en materia de contratación interpuestos en relación con contratos de una Entidad Local a un órgano distinto de aquél que conoce de los recursos interpuestos contra contratos de la Comunidad autónoma en cuyo territorio se integre dicha Entidad, como es la regla general (art. 41.4 TRLCSP); la creación de centrales de contratación por las Diputaciones Provinciales (art. 204.2 TRLCSP) o su adhesión a sistemas externos de contratación centralizada (art. 205 y Disposición Adicional vigésimo octava TRLCSP).

Las opciones de ordenación sistemática que sigue la normativa española son dos. Por una parte, la opción unificada, que sigue el TRLCSP, de manera que la normativa general sobre contratos públicos ejerce una *vis* atractiva sobre las especialidades de los sujetos contratantes. El segundo modelo, seguido por ejemplo por la normativa foral de contratos públicos, opta por incluir las especialidades de la contratación de las Entidades Locales en la norma de cabecera que ordena su organización, régimen competencial y de organización de las Entidades Locales. Así, junto a la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio de Contratos Públicos, modificada recientemente por Ley Foral 3/2013 de 25 de febrero, encontramos un completo título (el VI) en la Ley Foral 6/1990 de la Administración Local de Navarra (también modificado recientemente por la Ley Foral 4/2013 de 25 de febrero) que recoge las especialidades de los contratos de las entidades locales de Navarra o subvencionadas por éstas que se encuentren sujetos a la legislación foral de contratos públicos.

Desde el punto de vista sistemático nuestra propuesta es la de abandonar el modelo que sigue actualmente el TRLCSP, que incluye tales especialidades en una única Disposición Adicional (aunque encontramos más especialidades dispersas a lo largo del articulado). Nuestra propuesta de ordenación sistemática se alinea con la opción ya sugerida por el propio Consejo de Estado en su Informe 514/2006, de 25 de mayo, sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público:

«... incluir en la legislación sobre contratos las especialidades de la contratación local, no parece que la ubicación más adecuada para ello sea una disposición adicional. Frente a ello cabrían dos posibilidades: o bien se podría incluir una nueva división en la ley que en su rúbrica hiciese referencia a las especialidades de la contratación local y en la que figurase, desglosado en artículos, el contenido de la actual disposición adicional segunda; o bien se podrían ir introduciendo las especialidades de la contratación local al hilo de los distintos aspectos del régimen de la contratación del sector público. En opinión de este Consejo sería preferible la primera opción.»

Es decir, lo que, a nuestro juicio debería hacerse, es recoger en un Título de la Ley, rubricado como “Contratos de la Administración local”, todas las especialidades relativas a organización y procedimiento que caracterizan los contratos públicos celebrados por las Entidades locales, procediendo a su desarrollo posterior en el articulado de la norma (y no en una disposición adicional). Y quizás, como medida complementaria, no estaría de más devolver a su ubicación original, la Ley de Bases de régimen local, las reglas de distribución de competencias para contratar entre los diferentes órganos que forman parte de la Administración local, que sería su lugar natural.

BIBLIOGRAFÍA

BENACCHIO Gian Antonio (2012) “Verso le Direttive di quarta generazione”, en G. A. BENACCHIO/M. COZZIO *Gli appalti pubblici: tra regole europee e nazionali*, Egea, Milán.

BLAZQUEZ ROMÁN, J.A. y RAMÍREZ HORTELANO, P.: “Las cláusulas sociales en la contratación administrativa”, *Contratación Administrativa Práctica* núm. 42, 2005, pág. 39.

BERNAL BLAY, Miguel Ángel (2011): “La cooperación administrativa horizontal como fórmula de organización. Su articulación en el ámbito local desde la óptica del Derecho de los contratos públicos”, en GIMENO FELIÚ J.M. (Coord.) *Organización Local, Nuevas tendencias*, Civitas, Cizur Menor, pp. 361-376

(2013) “El control análogo sobre los medios propios y su ejercicio colectivo por varias entidades”, *Revista Contratación administrativa práctica*, núm. 124, págs. 88-93.

CARBONERO GALLARDO, José Miguel (2012) “El colapso de la contratación administrativa”, artículo publicado en la Tribuna de opinión del Observatorio de contratación pública (www.obcp.es) el 26 de marzo de 2012.

COLÁS TENAS, Jesús (2012) “La reforma de la legislación de contratos del sector público en la ley de economía sostenible: El régimen de modificación de los contratos del sector público”, *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 153, págs. 253-276.

COLÓN DE CARVAJAL FIBLA, Borja (2012): “Hacia una nueva Directiva de Contratos Públicos”, en revista digital *Noticias jurídicas*, mayo 2012

GIMENO FELIÚ, José María (2011) “El régimen de la modificación de contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio”, *Revista española de derecho administrativo*, 149, págs. 29-54.

(2013) “Las nuevas directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública”, *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 159 (2013), págs. 39-105;

(2013.2) “Unidad de mercado y Contratación Pública: redefiniendo los perfiles del contratante”, Comentario publicado en la Tribuna del Observatorio de Contratación Pública (www.obcp.es) el 18 de marzo de 2013.

(2014) “Compra pública estratégica”, en el libro colectivo dirigido por J. PERNAS GARCÍA *Contratación pública estratégica*, Aranzadi.

LAZO VITORIA, Ximena (2013) “El futuro del mercado concesional en Europa”, en CEFLEGAL num.154, págs. 137-174.

MEDINA ARNÁIZ, Teresa (2011) “Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea”, en J.M. GIMENO FELIÚ y M.A. BERNAL BLAY (Dir./Coord.) *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Civitas, Cizur Menor, pp. 43 a 94.

MORENO MOLINA, José Antonio (2013) “La cuarta generación de directivas de la Unión europea sobre contratos públicos”, en J.M. GIMENO FELIÚ y M.A. BERNAL BLAY (Dir/Coord.) *Observatorio de contratos públicos 2012*, Civitas, 2013, pp. 113-162;

(2012) «El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de contratación» en el *Liber ami-corum Tomás-Ramón Fernández*, Thomson, Pamplona, 2012, págs. 3429 y ss. del tomo II.

PERNAS GARCÍA, José (2014) *Contratación pública estratégica*, Aranzadi.

RUIZ DE CASTAÑEDA, Alfonso y BERNAL BLAY, Miguel Ángel (2011): “La contratación pública y el Derecho comunitario. Cuestiones pendientes”, en J.M. GIMENO FELIÚ y M.A. BERNAL BLAY (Dir/Coord.) *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 23 a 42.

V.V.A.A (2013) *La contratación pública: problemas actuales*, Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid. Es aquí donde pueden verse trabajos sobre la modificación de contratos de J.M. GIMENO FELIÚ “La modificación de los contratos: límites y derecho aplicable”, J.J. PARDO GARCÍA-VALDECASAS “El interés público y los

principios comunitarios: su influencia en la modificación contractual”, y de E. HERNÁNDEZ SALGUERO “Visión crítica de la inclusión en el ámbito del recurso administrativo especial en materia de contratación de la modificación contractual”.

V.V.A.A. (2014) “Estudio sobre nuevas Directivas de contratación pública”, en *Revista Contratación Administrativa Práctica* núm. 129 (2014, págs. 5-65).

