



FACULTAD DE DERECHO

REMUNICIPALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Autor: María Sánchez Valero
5º E-3 D
Área de Derecho Administrativo

Tutor: José Ignacio Vega Labella

Madrid
Abril 2018

ÍNDICE

RESUMEN	3
1. INTRODUCCIÓN	6
2. GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES.....	9
2.1 Delimitación conceptual de servicio público.....	9
2.2 Modos de gestión de los servicios públicos.....	14
2.3 Contextualización: de externalización a remunicipalización.....	16
2.4 Precisiones conceptuales de la remunicipalización	18
2.4.1 <i>La municipalización</i>	18
2.4.2 <i>Caracteres y consecuencias de la remunicipalización</i>	20
3. DISCRECIONALIDAD Y LÍMITES A LA REMUNICIPALIZACIÓN	22
3.1 Remunicipalización por motivos ideológicos-políticos.....	22
3.2 Marco normativo: límites jurídicos a la decisión discrecional de remunicipalización.....	25
3.2.1 <i>Límites generales</i>	25
3.2.2 <i>Los principios de economía, eficacia y eficiencia.</i>	26
3.2.3 <i>Límites específicos en la LBRL</i>	27
3.3 Requisitos procedimentales de la remunicipalización	31
4. CUESTIONES CONCRETAS DERIVADAS DE LA REMUNICIPALIZACIÓN.....	34
4.1 Rescate y remunicipalización al término de la gestión indirecta.....	34
4.2 Problemática laboral	35
4.3 Problemática en materia de competencia.....	40
4.4 Control judicial	42
4.5 Cumplimiento de los objetivos de contabilidad nacional	44
4.6 Remunicipalización y Derecho comunitario.....	45
5. CONCLUSIÓN.....	47
BIBLIOGRAFÍA	50

RESUMEN

La remunicipalización o recuperación de la gestión directa en la prestación de servicios públicos por parte de los ayuntamientos, ha dado lugar al nacimiento de un debate ideológico sobre cuál es la mejor forma de gestión de los servicios públicos. La decisión de remunicipalizar no puede ser meramente discrecional, pues la legislación local ha establecido la obligación de fundamentar la decisión en una serie de criterios económicos, como la sostenibilidad y la eficiencia. El presente trabajo trata de analizar el fenómeno de la remunicipalización, teniendo en cuenta las implicaciones que rodean la elección de una determinada forma de gestión de los servicios públicos. Así, este estudio trata de delimitar de manera precisa el concepto, procedimiento y límites legales de la remunicipalización y pretende analizar connotaciones como la afectación a la libre competencia, la problemática laboral o las consecuencias presupuestarias de dicho fenómeno.

ABSTRACT

The remunicipalization or recovery of direct management in the provision of public services by the municipal council, has led to the birth of an ideological debate on what is the best way of managing public services. The decision to remunicipalize can not be purely discretionary, since local legislation has established the obligation to base the decision on a series of economic criteria, such as sustainability and efficiency. The present paper tries to analyze the remunicipalization phenomenon, taking into account the implications surrounding the choice of a certain form of management of public services. Thus, this study seeks to define precisely the concept, procedure and legal limits of remunicipalization and aims to analyze connotations such as the effect on free competition, labor problems or the budgetary consequences of said phenomenon.

Palabras clave: remunicipalización; servicio público; municipalización; gestión; rescate; eficiencia; colaboración público-privada.

Keywords: remunicipalization; public service; municipalization; management; rescue; efficiency; public-private collaboration.

ABREVIATURAS

art.	artículo
CE	Constitución Española de 1978
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
EPEL	Entidad Pública Empresarial Local
ET	Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
LBRL	Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local
LCSP	Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público
LOEPSF	Ley Orgánica 2/2010, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera
LPGE	Ley de Presupuestos Generales del Estado
LRSAL	Ley 27/2013, 27 diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local
RLCSP	Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
ROAS	Reglamento de obras, actividades y servicios, Decreto 179/1995
RSCL	Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales
SEC	Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea
SIG	Servicio de Interés General
SIEG	Servicio de Interés Económico General
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TdC	Tribunal de Cuentas
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TRLCSP	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
TRRL	Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local

TS Tribunal Supremo
TSJ Tribunal Superior de Justicia

1. INTRODUCCIÓN

Afrontamos en los últimos años un debate en torno a la remunicipalización de servicios públicos, definido como proceso de recuperación de la gestión directa de ciertos servicios por parte de los ayuntamientos. Tras unos años en los que se ha optado preferentemente por la gestión indirecta, mediante formas de colaboración público-privada, en los últimos años se está extendiendo la idea de recuperar la gestión directa de servicios públicos. La defensa de la vuelta a la gestión directa, en prácticamente cualquier actividad, por una ideología concreta, permiten concluir en que el debate tiene un claro componente ideológico. No obstante, la principal preocupación de la población usuaria de los servicios públicos es que la calidad en la prestación sea excelente o, al menos, la mejor posible, resultando en cierto modo indiferente si el servicio es gestionado directamente por el ayuntamiento o por una empresa privada mediante una concesión.

El presente trabajo parte de una serie de premisas que hay que tener en cuenta para la comprensión del fenómeno descrito. Así, debe tenerse muy presente que cuando un ayuntamiento toma la decisión de remunicipalizar un servicio incide sobre la forma de gestión y no sobre la titularidad del servicio, es decir, aunque haya sido gestionado por un ente privado el servicio en ningún momento ha dejado de ser público.

Al margen del debate ideológico, alrededor de la remunicipalización han surgido diversas cuestiones jurídicas. La decisión de recuperar la gestión no puede ser llevada a cabo por el ente público de manera discrecional, sino que el legislador ha establecido una serie de requisitos de obligado cumplimiento. Estas exigencias permiten que la elección del modo de gestión no se fundamente únicamente en criterios ideológicos, sino que, se base en criterios técnicos de eficiencia y sostenibilidad. En definitiva, el modo de gestionar los servicios públicos debe obedecer al principio de eficiencia y no a creencias políticas.

La colaboración público-privada ha formado parte de la estructura de prestación de servicios públicos desde hace varias décadas, ya que, los contratos de concesión hacían posible la consecución de ciertos intereses públicos que no podían ser plenamente cubiertos por la Administración pública. Numerosos expertos se manifiestan a favor de la colaboración público-privada, debido a las ventajas presupuestarias o la posibilidad aprovechar recursos tecnológicos, en ocasiones inaccesibles para el sector público. Así la

colaboración público-privada se puede desempeñar mediante una serie de figuras¹: (i) contrato de concesión de servicios y contrato de servicios, (ii) colaboración institucionalizada mediante una empresa pública gestora o (iii) a través del arrendamiento operativo o el derecho de superficie. El presente trabajo va a centrarse en la colaboración público-privada en la modalidad de gestión indirecta por medio de contrato de concesión de servicios.

Recientemente, la entrada en vigor de la LCSP ha supuesto modificaciones en materia de contratación pública. Resulta especialmente relevante para la elaboración del presente estudio, la novedosa disposición en cuanto a la transmisión de riesgos operacionales desde la Administración hacia el ente privado que tiene lugar en los contratos de concesión de servicios públicos. Aunque este tema será objeto de posterior análisis, adelantamos que, este estudio tiene como objetivo discernir entre la gestión directa y la gestión indirecta mediante contrato de concesión de servicios, que supone la transmisión de riesgos a la Administración, y no el contrato de servicios, que no implica transmisión de riesgos y que, por tanto, pierde una de las grandes ventajas de la gestión indirecta frente a la directa.

Mi pretensión al realizar el presente estudio es analizar el fenómeno de la remunicipalización, estudiar los efectos derivados de tal decisión y, con ellos, sus implicaciones jurídicas. Así, además de atender a criterios como los requisitos formales y técnicos legalmente exigibles, se estudiará la cuestión desde el punto de vista del Derecho laboral o del Derecho de la competencia, entre otros, con el objetivo de aportar una visión global y completa del fenómeno descrito. Así, se atenderá a lo establecido en la legislación vigente, la jurisprudencia, y, además, se analizarán las disposiciones de la doctrina.

Mediante la elaboración de este trabajo abordamos todo lo que rodea al modo de gestión de los servicios públicos, así, sus aportaciones resultan de especial interés debido a la actualidad de la cuestión y a que todos los ciudadanos, sin excepción, les interesa que sus necesidades esenciales sean satisfechas de la mejor forma posible, en definitiva, es un tema que no es ajeno a nadie.

¹ GIMENO FELIU, J. M., SALA SÁNCHEZ, P. y QUINTERO OLIVARES, G., “El interés público y su satisfacción con la colaboración público-privada”, *Cambra de Comerc de Barcelona*, 2017, p. 37-43.

Para garantizar la comprensión del fenómeno de la remunicipalización vamos a desarrollar, en primer lugar, una delimitación del concepto de servicio público y sus modos de gestión. Además, se explicará de manera detenida el proceso de remunicipalización y sus diferencias con la municipalización. En segundo lugar, atenderemos a los límites legales a la discrecionalidad de los ayuntamientos en la remunicipalización de servicios. Y, por último, estudiaremos los efectos derivados de la remunicipalización desde diversos puntos de vista. El mero estudio de las exigencias legales se acompañará con una visión crítica del estudiado fenómeno. Asimismo, se harán constantes referencias a casos actuales de remunicipalización, con el objetivo de comprender cuáles son las circunstancias en la práctica.

2. GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

2.1 Delimitación conceptual de servicio público

Los servicios públicos, altamente relacionados con el Estado del bienestar, garantizan la cobertura de determinadas necesidades claves para asegurar el bienestar de los ciudadanos. Así, la calidad de la prestación de estos servicios influye de manera directa en el grado de satisfacción de los ciudadanos, de aquí la importancia que los ciudadanos otorgan a los servicios públicos y la relevancia de su correcta prestación². El concepto de servicio público carece de definición legal y, esto deriva en su carácter dogmático y polisémico³.

Desde una perspectiva subjetiva, servicio público es toda actividad prestacional que ha sido asumida por la Administración pública como de su responsabilidad, excluyendo su actividad de la iniciativa privada. Preferentemente, nos centraremos en servicios públicos de carácter local o municipal, en los que la responsabilidad recae sobre la administración local⁴.

Por otro lado, desde el punto de vista objetivo, servicio público se puede definir como una actividad “cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esa actividad es indispensable para la realización y el desenvolvimiento de la interdependencia social, y de tal naturaleza que no puede ser asegurada completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante”⁵. Esta definición establece que la imposición del Estado sobre los ciudadanos se encuentra justificada por la prestación de servicio público, concepto que se convierte en un elemento central en la teoría del Estado⁶.

² Conforme a lo establecido por la Agencia de Evaluación y Calidad, “La importancia de los servicios públicos en el bienestar de los ciudadanos”, *Observatorio de la calidad de los servicios públicos*, 2012, p. 9: “Más del 70% considera que el Estado debe ser responsable del bienestar de todo mientras que un 10% considera que son los propios ciudadanos los responsables de su bienestar”

³ PAREJO ALFONSO, L., “Servicios públicos y servicios de interés general. La renovada actualidad de los primeros”, *Revista de derecho de la Unión Europea*, nº7, 2004, p. 51.

⁴ TORNOS MAS, J., “La remunicipalización de los servicios públicos locales”, DÍEZ, J. Y FONT, T. (coord.), *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión*, 2016, pp. 23-29.

⁵ DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel*. 2 volúmenes. París: Fontemoing, 1911.

⁶ TORNOS MAS, J., “Servicios públicos y remunicipalización”, *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, nº76, 2016, p.52.

En España, hasta el Estatuto municipal de 1924 los servicios concebidos tradicionalmente como municipales (mataderos, pavimentación de calles, suministro de aguas, etc.) se prestaban principalmente a través de empresas privadas. En dicho Estatuto se introduce el concepto de municipalización como proceso que habilita a la Administración local a desempeñar actividades de contenido económico. En definitiva, a raíz de dicho Estatuto, actividades que tradicionalmente eran de libre competencia pasaron a ser de competencia local. En la Exposición de Motivos de este texto se muestra una clara desconfianza hacia la capacidad gestora de los ayuntamientos y, por ello, aunque se otorgue a las Corporaciones locales capacidad para desempeñar determinadas actividades económicas, se hace referencia a que la gestión de dicha actividad puede ser desempeñado por una empresa privada, haciendo alusión a lo que actualmente conocemos como gestión indirecta. El art. 150 del Estatuto enumera una serie de servicios que serán prestados en régimen de monopolio por las Corporaciones locales. Estas actividades tienen en común que su prestación sirve al interés general, y, por ello, su semejanza con el concepto actual de servicio público local es muy elevada⁷.

En la actualidad, no se cuestiona la legitimidad de los entes locales para desempeñar actividades de contenido económico. El art. 128.2 de la Constitución Española de 1978 (en adelante “CE”) recoge la iniciativa de los poderes públicos en la actividad económica. El artículo distingue entre actividad económica simple y cualificada, que deriva de una previa reserva al ente público de un servicio esencial. Este precepto abarca la iniciativa económica de cualquier ente público, dicho de otra forma, Estado, Comunidades Autónomas y Entes Locales⁸. Así, adelantamos que la prestación de servicio público no va siempre acompañada de la prestación en régimen de monopolio, es decir, no se excluye necesariamente la iniciativa privada. Servicios públicos como la sanidad, la educación o los servicios sociales, son prestados en concurrencia con la iniciativa privada⁹.

En definitiva, el precepto recogido en la Carta Magna, junto con el art. 86.1 Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local (“LBRL”) y art. 97 Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (“TRRL”), genera que en la actualidad nadie cuestione la realización de actividades de contenido económico por parte de los

⁷ TORNOS MAS, J., “La remunicipalización de los servicios públicos locales”, *op.cit.*, p. 24.

⁸ SOSA, F., *La gestión de servicios públicos locales*, Civitas, 2007.

⁹ TORNOS MAS, J., *op.cit.*, “Servicios públicos y remunicipalización”, p.53.

entes públicos. Así, la principal preocupación, hoy en día, en cuanto a la prestación de servicios por parte de la Administración pública no pasa por la legitimidad de los entes, si no que radica en la correcta, eficaz y eficiente prestación del servicio.

El principio de iniciativa empresarial de los entes públicos puede entrar en conflicto con el art. 38 CE que protege la “libertad de empresa en el marco de la economía de mercado”. El servicio público local se presenta como una actividad económica que, como hemos visto, puede llegar a excluir las reglas de libre mercado para atribuir su competencia a un ente local. El Tribunal Constitucional (“TC”) ha recogido la necesidad de que los preceptos del art. 38 CE y 128.2 CE sean interpretados de manera conjunta. De esta manera, si una entidad local desarrollara una actividad pública empresarial deberá respetar el libre juego de las reglas de la competencia¹⁰.

Como hemos indicado, el art. 128 CE establece una reserva a favor de los entes públicos para desempeñar una actividad cualificada, es decir, cuando se presta un servicio esencial. De acuerdo con la doctrina italiana, que recoge la iniciativa pública en el art. 43 de su Constitución, la reserva supone la prohibición de que los empresarios privados presten la actividad reservada y es requisito necesario para poder establecer la reserva que dicha actividad sea un servicio esencial. Así servicio esencial es todo aquel destinado al público y de interés público, que satisfaga necesidades comunes.

Conforme a la legislación española, la reserva puede englobar a un sector en su totalidad o a una fase de la producción. Además, puede extenderse a la explotación o a la titularidad. El TC define servicio esencial como aquellas “actividades industriales o mercantiles de las que derivan prestaciones vitales o necesarias para la vida de la comunidad”¹¹. De esta manera, podríamos concluir que, aunque es inevitable identificar servicio público con servicio esencial, este último concepto engloba aquellos servicios que, debido a los constantes cambios tecnológicos y sociales, no son calificados como servicios públicos en sentido estricto. Así, la esencialidad constituye un concepto jurídico indeterminado que será apreciado por el legislador en virtud de los intereses públicos¹². La STS de 24 de enero 2000/331 establece que, aunque la esencialidad de los servicios

¹⁰ Así lo establece la Sentencia TC de 16 de noviembre 37/1981: “el artículo 38, en muy directa conexión con otros de la misma Constitución y señaladamente con el 128 y el 131, en conexión con los cuales debe ser interpretado, viene a establecer los límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad”.

¹¹ Sentencias TC de 17 de julio 26/1981, de 24 de abril 51/1986 y de 13 de diciembre 1993/362.

¹² SOSA, F., *op.cit.*

públicos y su reserva al ente público constituyen la esencia del servicio público, la satisfacción del interés general permite que un servicio público sea prestado en régimen de libre competencia¹³.

El Derecho comunitario ofrece una definición de servicio público vinculada a respetar la competencia dentro del mercado europeo. El art. 106.2 TFUE establece la obligación de obedecer las normas sobre competencia en la prestación de servicios de interés económico general, y determina que sólo se podrán vulnerar dichas normas cuando su aplicación impida la correcta satisfacción del interés general. En otras palabras, los servicios públicos de interés económico general se prestarán en régimen de libre competencia, salvo que el Estado considere que bajo las reglas de libre iniciativa no se pueda garantizar su efectiva prestación y decida distorsionar las reglas de mercado¹⁴. En definitiva, la normativa comunitaria parece identificar servicio público con servicios de interés económico general (“SIEG”).

Si en los años ochenta la Unión Europea impulsó el concepto de servicio económico de interés general, a partir de los años noventa se introdujo el concepto de Servicio de Interés General (“SIG”). Los primeros son servicios que satisfacen necesidades esenciales de los ciudadanos (energía, transporte, sector postal) y los segundos incluyen los llamados servicios sociales¹⁵. Así, la cuestión no está exenta de complicación puesto que se trata de conceptos no contemplados en la legislación española y, por ello, su comprensión dista de la regulación tradicional de servicio público. Los pronunciamientos judiciales han equiparado el establecimiento de SIEG con la imposición de obligaciones de servicio público. No obstante, el concepto de SIEG no se puede limitar a aquellos que tengan encomendadas obligaciones de servicio público¹⁶.

De esta manera podemos apreciar que existe una diferencia clara entre servicio público y SIG, derivada de la tendencia en la Unión Europea de defender el libre mercado y la

¹³ PAREJO ALFONSO, L., *op.cit.*, p. 64.

¹⁴ TORNOS MAS, J., “Servicios públicos y remunicipalización”, *op.cit.*, pp. 53-57.

¹⁵ LAGUNA DE PAZ, J. C., “Los servicios de interés general en la Unión Europea”, *Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho*, nº 76, 2016, p. 20.

¹⁶ *Cfr.*, LAGUNA DE PAZ, *op.cit.*, p. 22. A modo de ejemplo para aportar claridad a la cuestión, Laguna de Paz explica que la energía eléctrica es un SIEG, independientemente de que en la situación concreta sea o no precisa la imposición de obligaciones de servicio público.

iniciativa privada, y es que el concepto de SIG no da importancia a quién posee la titularidad del servicio o quien lo presta, sino, a la satisfacción del interés general¹⁷.

En la doctrina española, VILLAR PALASÍ, GARCÍA DE ENTERRÍA y GARCÍA TREVIJANO identifican servicio público como la “actividad de prestación de bienes inmateriales (o servicios) con monopolio (exclusividad regalística) y con régimen de derecho público”¹⁸. Además, la introducción comunitaria del concepto de interés económico general ha generado disparidad de opiniones, en la doctrina española.

Autores como PAREJO entienden que la categoría europea de servicio de interés general es compatible con las normas constitucionales y españolas, relativas a servicio público, pues defiende que lo que justifica la existencia de un servicio público, que restringe las normas de libre mercado, es la satisfacción del interés general, siendo la naturaleza de la actividad irrelevante¹⁹.

En el ámbito local, las vigentes LBRL y TRRL permiten concluir que los servicios públicos locales son actividades prestacionales que presentan las siguientes características²⁰:

- (i) Son desempeñadas por un ente público local, por sí o a través de una empresa privada contratada, para satisfacer las necesidades de la sociedad.
- (ii) Su prestación debe llevarse a cabo bajo los principios de igualdad y generalidad y deben desempeñarse de manera continua y regular.
- (iii) Están constituidos por prestaciones técnicas.
- (iv) Deben ser declarados expresamente como servicio público por la legislación o asumidas por los ayuntamientos dentro del ámbito de sus competencias.

Al igual que en el marco constitucional, la iniciativa empresarial local abarca tanto la simple realización de una actividad económica; es decir, cuando participa en el mercado como un sujeto más, y la prestación de un servicio público; es decir, cuando la actividad

¹⁷ “La liberación de la economía y los servicios de interés general”. Disponible en https://rodas5.us.es/file/a42673bd-efba-c159-4940-307b3f0c89a5/1/tema5_SCORM.zip/page_11.htm; última consulta 10/04/2018.

¹⁸ OLARTE ENCABE, S., “Calidad de los servicios públicos y estándares laborales. Especial referencia a seguridad y salud laboral y a la conciliación familiar”, *Temas Laborales*, Universidad de Granada, nº 135/2016, p.153.

¹⁹ PAREJO ALFONSO, L., *op.cit.*, p. 63. Coincide con la doctrina de VAQUER CABALLERÍA.

²⁰ MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L., El servicio público local. Redimensionamiento y gestión de actividades y servicios público, 2014 [*non vidi*, cit. TORNOS MAS, J., “La remunicipalización de los servicios públicos locales”, DÍEZ SÁNCHEZ, J. Y FONT I LLOVET, T. (coord.), *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión*, 2016, p. 26].

es realizada de manera exclusiva por el ente local por existir una reserva al sector público. Esta distinción es apreciada de manera clara en la Sentencia TS de 21 de julio de 1987²¹.

La prestación de un servicio esencial de manera reservada por las Corporaciones locales se extiende a los siguientes ámbitos: abastecimiento y depuración de aguas, recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, suministro de gas y calefacción, mercados y lonjas centrales, transporte público de viajeros. Esta enumeración constituye los servicios públicos locales, prestados en régimen de monopolio. La reserva de estas actividades económicas está recogida en el art. 86.2 LBRL. El legislador debe realizar la reserva de la prestación por medio de una *publicatio* del servicio público local, cuyo significado analizaremos más adelante.

No obstante, subrayamos de nuevo la dificultad que supone establecer una definición cerrada de servicio público, debido a los constantes cambios en la realidad socioeconómica. En concreto, en el ámbito local el Tribunal Supremo ha subrayado que no puede llevarse a cabo una interpretación literal de la enumeración realizada en la LBRL ya que esta interpretación debe hacerse teniendo en cuenta la realidad social existente²².

2.2 Modos de gestión de los servicios públicos

El sistema de gestión de los servicios públicos se divide en gestión directa y gestión indirecta. En esencia, como reiteraremos en numerosas ocasiones a lo largo del presente estudio, no existe obligación alguna de que la titularidad y la gestión de un servicio público recaigan sobre la misma entidad. De esta forma, aunque un servicio sea asumido por una entidad pública, éste puede ser gestionado por un ente de derecho privado, que

²¹ STS de 21 de julio de 1987: “Puede asumirse la titularidad y no llegarse a este grado extremo de protagonismo en la actividad económica. Precisamente se actúa mediante concesionario cuando ha habido una previa asunción de titularidad. Sin que tampoco baste con que la ley reserve una actividad al sector público para entender que la Administración ha adquirido protagonismo empresarial. La ejecución de la previsión legal exigirá seguir un procedimiento administrativo que, según los casos, estará formalizado o no”.

²² STS de 11 de marzo de 1988: “no puede compartirse una interpretación estrictamente literal de los servicios municipales enumerados en la Ley de régimen local pues al margen de que dicho precepto ha de interpretarse (art. 3 del Código Civil) de acuerdo con la realidad social subyacente, no puede olvidarse que, en último término, la construcción técnico-jurídica de los servicios públicos, en cuanto expresión dinámica de los deberes prestacionales de la Administración, no puede ser un obstáculo para el necesario desarrollo y cumplimiento de los intereses públicos que convergen en las competencias municipales”.

ha sido legitimado para gestionar dicho servicio mediante título habilitante. La distinción entre gestión directa e indirecta está recogida en el art. 85 LBRL.

La gestión es directa cuando la Administración realiza la prestación del servicio con sus propios medios, realizando la prestación de manera directa. Como notas características de este modo de gestión cabe destacar que: (i) la actuación de la Administración es llevada a cabo a través de su propia estructura, es decir, sus funcionarios y organización, y (ii) la aportación de capital para desempeñar la actividad es otorgada por la Administración.

El riesgo asumido por la Administración depende de la modalidad de gestión directa elegida. Así, dentro de la gestión directa cabe diferenciar las siguientes modalidades de gestión (art. 85.2 LBRL): (i) gestión directa, (ii) gestión por la propia Entidad Local, (iii) prestación mediante organismo autónomo y (iv) prestación mediante sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.

Por otra parte, cabe resaltar que la prestación de servicios públicos de manera indirecta ha sufrido importantes modificaciones recientemente. El art. 85.2 LBRL al hablar de gestión indirecta establece una remisión a la regulación sobre contratos de gestión de servicios públicos prevista en la ley que regule los contratos del sector público. Pues bien, la trasposición al ordenamiento jurídico español de las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, se ha llevado a cabo por medio de la promulgación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (“LCSP”), de manera que, ha tenido lugar una modificación en materia de contratos del sector público. Esta ley que ha entrado en vigor el 9 de marzo de 2018 deroga el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (“TRLCSP”), así como cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en la LCSP.

Con anterioridad a la LCSP, el TRLCSP en el art. 275 recoge que la Administración, mediante contrato, podrá gestionar de forma indirecta los servicios que sean de naturaleza pública, siempre que estos puedan ser explotados por particulares. Así, las modalidades por las que puede gestionarse de manera indirecta un servicio público se dividían en: concesión, concierto, convenio y gestión interesada (art. 277 TRLCSP).

La LCSP introduce importantes modificaciones en cuanto a los tipos de contratos que regulan la colaboración de las entidades públicas con empresas privadas en la realización de obras y servicios públicos. De esta manera, la nueva ley elimina el contrato de gestión

de servicios públicos, y con él sus diversas modalidades (concesión, concierto, convenio y gestión interesada), y esta modalidad de contrato es sustituido por el contrato de concesión de servicios. También desaparece el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. En definitiva, a raíz de la LCSP la gestión indirecta de un servicio público se sustenta en dos contratos: el contrato de servicios y el contrato de concesión de servicios. La diferencia entre ambos radica en quién asume el riesgo operacional; si lo asume el contratista, el contrato será de concesión de servicios, mientras que, si lo asume la Administración, se trata de un contrato de servicios. Cuando una Administración determina la gestión, directa o indirecta, de un servicio público gestionado mediante contrato de concesión, está decidiendo si el riesgo operacional lo asume la Administración o el empresario²³.

2.3 Contextualización: de externalización a remunicipalización

Todas las corrientes ideológicas, en lo a que gestión de servicios públicos se refiere, coinciden en que lo esencial es que la prestación del servicio público debe ser realizada de manera eficiente y con calidad estable, de manera que se satisfagan las necesidades de la sociedad.

Es posible que, si el presente estudio hubiera sido realizado a finales de los años noventa, su objeto hubiera sido la externalización, y no la remunicipalización, de los servicios públicos. La externalización (*outsourcing*, en terminología anglosajona) consiste en confiar a agentes externos a la organización la realización de una parte de sus actividades, funciones o servicios, con el fin de reducir costes, mejorar rentabilidad y competitividad. Si bien, la externalización ha sido una práctica constante en el mundo empresarial privado, a finales de siglo pasado esta práctica se extendió en el ámbito público.

La externalización de servicios públicos consiste en la transferencia a otra entidad, pública, privada, con o sin ánimo de lucro, de una actividad que ha venido siendo gestionada de manera directa por la Administración pública. En definitiva, externalizar es pasar de una gestión directa a una gestión indirecta de un servicio público. Es importante subrayar que la transferencia de la gestión no implica que los entes públicos

²³ *Vid.*, Preámbulo LCSP.

queden exentos de responsabilidad frente a los usuarios de los servicios. La Administración no se desentiende del servicio público, pues este sigue siendo público y como tal es responsabilidad de la Administración Pública. Así, la externalización constituye una forma de colaboración público-privada.

La externalización de un servicio público no es lo mismo que la privatización. Mediante la externalización existe una colaboración público-privada, es decir, la Administración busca una entidad que le ayude a prestar mejor el servicio, pero sigue siendo responsable de su prestación. No obstante, mediante la privatización la Administración cede la responsabilidad sobre el servicio.

El proceso de externalización vivido en el pasado se justificaba por la necesidad de que la Administración pública consiguiera mayores niveles de eficiencia, reducción del gasto público y más flexibilidad. Asimismo, mediante la externalización, el servicio pasaba a ser gestionado por una empresa especializada, lo que mejoraba la calidad de la prestación. No obstante, la externalización lleva implícita multitud de riesgos, entre los que destaca la inestabilidad a causa de relaciones contractuales a corto plazo. Esta inestabilidad viene motivada por la competitividad en costes y contraprestaciones existente en los procesos de externalización, ya que la empresa a la que se le vaya a asignar la gestión del servicio será la que ofrezca precios lo más bajos posible. Esto da lugar a que la relación contractual cambie en función de los costes y el importe de la contraprestación que el proveedor recibe de la Administración pública.

No obstante, en los últimos años, con la llegada al poder de partidos políticos emergentes ha surgido una corriente que presenta la gestión directa como el modelo de gestión más adecuado, sostenible y eficiente. En definitiva, se están llevando a cabo procesos dirigidos a recuperar la gestión directa de servicios públicos por parte de los entes locales titulares de los mismos. Este proceso es conocido como remunicipalización y es el eje central de nuestro estudio.

Numerosos autores coinciden en que la decisión de llevar a cabo la remunicipalización de estos servicios se basa en preferencias ideológicas-políticas y promesas electorales, y no en mejorar la eficiencia en la prestación de los servicios públicos. Esta tendencia resulta especialmente intensa en el sector del agua, llevado a cabo en Valladolid y Terrassa, y en los servicios funerarios, en ciudades como Madrid y León.

2.4 Precisiones conceptuales de la remunicipalización

Una vez desarrollada la tendencia que en los últimos tiempos impera en el ámbito local, consideramos fundamental delimitar el concepto del fenómeno de la remunicipalización de los servicios públicos con el objetivo de facilitar la comprensión de las cuestiones que se generan en torno a este.

Remunicipalizar supone recuperar la gestión de servicios públicos locales que, anteriormente, se prestaban mediante fórmulas de gestión indirecta, en definitiva, remunicipalizar consiste en que un servicio de titularidad pública pase de ser gestionado de manera indirecta a ser gestionado de manera directa.

De esta manera, conviene resaltar que el término de remunicipalización es erróneo porque, aunque sean gestionados de manera indirecta, estos servicios siempre son municipales, públicos. Así, el término correcto sería “reinternalización” de los servicios públicos locales, porque el servicio ya fue municipalizado y cambiar su modo de gestión no supone una nueva municipalización, la naturaleza del servicio era pública y sigue siendo pública. No obstante, puesto que remunicipalización es la palabra que se está utilizando en el debate actual a lo largo del trabajo vamos a usar este término.

2.4.1 La municipalización

Precisar el concepto de municipalización es relevante, puesto que debemos diferenciarlo de la remunicipalización, fenómeno objeto de estudio. Como hemos apuntado, el fenómeno de la municipalización surgió en 1924 con el Estatuto municipal, dónde se limitaba la iniciativa privada con el objetivo de que la Administración pública tuviera competencia para realizar actividades de contenido económico.

En consecuencia, la municipalización supone la asunción por parte de un ente público de prestar una actividad de contenido económico. Debemos distinguir la municipalización de la *publicatio* que la LBRL realiza al declarar cuáles son los servicios públicos locales. Así, la LBRL en el art. 26 crea los servicios públicos locales de prestación obligatoria por parte de la Administración local, y, por consiguiente, a través de este artículo confiere competencia a los entes públicos para realizar esta actividad. Además, el ya mencionado

art. 86.2 enumera una serie de actividades cuya prestación se reserva al ente local, es decir, son llevadas a cabo en régimen de monopolio.

Para comprender mejor el fenómeno hemos de subrayar la distinción entre *publicatio* y municipalización²⁴. Mientras que la *publicatio* se refiere a la declaración legal de que una determinada actividad tiene carácter de servicio público, la municipalización es el acuerdo mediante el cual la Corporación local manifiesta su voluntad de asumir la prestación del servicio y, en consecuencia, asume la responsabilidad de la prestación de lo que ha sido denotado legalmente como servicio público²⁵. Así, la *publicatio* o declaración de servicio público local puede ser realizada con dos intensidades; por un lado, el art. 26 LBRL establece los servicios públicos obligatorios que no se excluyen de la libertad de mercado y, por otro lado, el art. 86.2 LBRL enumera los servicios que tienen que ser prestados por el ente local en régimen de monopolio. En este precepto aparece de nuevo la idea de que servicio público no es sinónimo de prestación en régimen de monopolio, sino que un servicio público puede ser garantizado por el ente público en concurrencia con la iniciativa privada²⁶.

En otro sentido, la municipalización es el acto mediante el cual la Corporación local asume la efectiva responsabilidad del servicio. Una vez llevada a cabo la municipalización, la entidad correspondiente decidirá si el servicio se presta de forma directa o indirecta.

Así, municipalizar supone que la Corporación local asuma la efectiva prestación de un servicio bajo su responsabilidad. De este modo, es conveniente distinguir entre municipalización, proceso mediante el cual la prestación de una actividad económica pasa a ser responsabilidad de un ente local y su prestación puede excluirse o no de la libertad del mercado; y remunicipalización, proceso mediante el cual un servicio público que anteriormente era gestionado por el sector privado, mediante título habilitante, pasa a ser gestionado de nuevo por la entidad local.

²⁴ ORTEGA BERNARDO, J., “Remunicipalización: de eso se trata”, 2016 (disponible en <http://almacendederecho.org/remunicipalizacion-de-eso-se-trata/>; última consulta 10/04/2018).

²⁵ DÍEZ, J. Y FONT, T., *op.cit.*, p. 44.

²⁶ TORNOS MAS, J., “La remunicipalización de los servicios públicos locales”, *op.cit.*, pp. 43-44.

2.4.2 Caracteres y consecuencias de la remunicipalización

Haber delimitado con exactitud las implicaciones de la municipalización nos permite entender con mayor precisión qué es la remunicipalización y qué cuestiones se generan en torno a este fenómeno.

La remunicipalización se presenta como una decisión respecto a la forma de gestión del servicio público. En concreto, los defensores de la remunicipalización apuestan por la gestión directa de los servicios públicos frente a la gestión indirecta, por medio de la creación de nuevos entes instrumentales de carácter local.

Como bien se ha subrayado en párrafos anteriores, a pesar de la frecuente utilización del término remunicipalización, la denominación es errónea. Si siguiéramos lo que el término indica, remunicipalizar supondría volver a realizar una municipalización. En definitiva, remunicipalizar supondría que un servicio de titularidad privada, previamente servicio público, pasara, de nuevo, a ser responsabilidad de una entidad pública. No obstante, remunicipalizar implica que unos servicios que presta el municipio de manera indirecta, a través de la iniciativa privada, pasen a ser gestionados directamente por el ente local. Resumiendo, el servicio que se pretende remunicipalizar ya fue municipalizado y, por ello, al hablar de remunicipalización estamos haciendo referencia a cambio en la gestión y no cambio en la titularidad. La Sentencia TS de 23 de febrero 595/2013 recoge de manera clara la distinción entre municipalizar un servicio y decidir la manera de gestionar dicha actividad²⁷.

El procedimiento que requiere la remunicipalización puede llevarse a cabo, a grandes rasgos, en dos momentos distintos que tienen consecuencias diferentes. Por un lado, el proceso puede tener lugar mediante un rescate anticipado de las concesiones existentes o, por otro lado, la remunicipalización puede llevarse a cabo al final del plazo establecido para la gestión indirecta del servicio, por lo que al término del plazo el ente local decide modificar el modo de gestión hacia la gestión directa. Debemos subrayar que el rescate anticipado no se corresponde con una resolución del contrato de concesión o de gestión

²⁷ La literalidad de la sentencia recoge lo siguiente: “Lo cierto es que el tantas veces mencionado artículo 109 del Texto Refundido está pensado para el caso en el que varios municipios deciden de mutuo acuerdo municipalizar su servicio de aguas, sea por medio de un consorcio o por alguna otra forma de mancomunidad; pero no para cambiar el modo de gestión de un servicio ya municipalizado y prestado en régimen de monopolio desde el año 1954”.

indirecta por motivos de incumplimiento del contratista, por lo que la decisión de remunicipalización se trata de una decisión voluntaria de modificar la gestión del servicio.

Otro punto diferente, que será objeto de profundo análisis, son los factores que motivan la vuelta a la gestión pública. Al igual que la externalización llevada a cabo a finales del siglo XX, la remunicipalización responde, o debería responder, a una serie de razones. Puesto que el proceso de externalización tuvo lugar hace relativamente poco y, este respondía a razones fundadas de falta de ineficiencia de la gestión pública, es lógico preguntarnos si la vuelta a la gestión directa es un paso inteligente o si, de forma contraria, afectará de manera negativa en la prestación de los servicios públicos. El hecho de que este proceso sea defendido, en España, por las alcaldías “del cambio” lleva a pensar que la remunicipalización responde a principios ideológico-políticos, aunque, como se analizará a continuación, existen informes que demuestran el deterioro en la calidad de los servicios externalizados. Además, que este fenómeno no sea exclusivo de España, sino que se esté iniciando en ciudades como París, Montpellier, Grenoble, Burdeos, Berlín, Stuttgart, Génova o Budapest, parece indicar que las razones se alejan de cuestiones meramente ideológicas²⁸. Otra cuestión a favor de la corriente remunicipalizadora es la concepción generalizada de que colaboración público-privada implica corrupción.

La remunicipalización lleva consigo numerosas consecuencias, aunque la mayoría serán analizadas a lo largo del presente estudio, conviene destacar las siguientes: (i) aumento de nuevos entes instrumentales del sector público, (ii) incremento del personal a cargo del sector público, lo que plantea la problemática de la subrogación laboral, (iii) aumento del gasto público, (iv) riesgo de infringir principios de consolidación fiscal y (v) posible destrucción del entramado empresarial privado.

²⁸ CASTILLO BLANCO, F., “La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales”, *Estudios de Relaciones Laborales*, 2017, p. 22.

3. DISCRECIONALIDAD Y LÍMITES A LA REMUNICIPALIZACIÓN

3.1 Remunicipalización por motivos ideológicos-políticos

Los programas electorales de las fuerzas políticas “alternativas” y “progresistas” contenían, en su gran mayoría, propuestas de remunicipalización. El posterior nombramiento de alcaldes pertenecientes a dichos partidos ha supuesto que en dichos entes locales se ponga en marcha el proceso de reinternalización de los servicios públicos locales.

Los defensores del regreso a la gestión directa han presentado su propuesta como una herramienta de regeneración democrática, y, además, dicen que supondría un importante ahorro económico, una mejora en la prestación de los servicios y una mayor contratación de personal²⁹. Todos los ciudadanos apoyarían sin dudar la vuelta a la gestión directa si su implantación generará las consecuencias anunciadas por las ideologías partidarias. No obstante, el frecuente discurso populista de los partidarios de la vuelta a la gestión pública nos hace reflexionar sobre si realmente la gestión directa es más eficiente que la gestión indirecta o si, simplemente, esta afirmación forma parte de una estrategia política.

La decisión sobre la forma de gestión de los servicios públicos locales es de carácter discrecional, es decir, se trata de una decisión de carácter puramente político. Es constante en la doctrina la referencia a que el cambio de gestión es discrecional. Si atendemos a la definición del término comprendemos que discrecional es “aquello que no está sometido a regla, sino que depende del criterio de una persona o autoridad dada”³⁰. Así, la decisión sobre la gestión del servicio es discrecional en la medida en que el órgano competente elige la manera de gestión que considera más adecuada para la satisfacción del interés general.

Sin embargo, el cambio sobre el modo de gestión no puede recaer únicamente en la voluntad del órgano competente, pues esto trabaría la correcta prestación del servicio público. La elección debe fundamentarse en una valoración de los intereses generales por el órgano político competente, junto con razones técnicas basadas en evaluaciones

²⁹ Círculo Podemos, “Nota de prensa sobre remunicipalización de los servicios de conserjería de colegios públicos y limpieza y mantenimiento de colegios públicos y dependencias municipales”, Comunicados, Noticias, Toledo, 2017.

³⁰ SECO, M. Y RAMOS, G., Diccionario del Español Actual, Aguilar, Madrid, 1999.

especializadas de la gestión pública³¹. Así, la justificación técnica supone un primer límite a la discrecionalidad política, de manera que se podría considerar que la decisión sobre el cambio de gestión debería ser un supuesto de discrecionalidad técnico-administrativa.

Es objeto del presente apartado resolver si las tendencias actuales responden a supuestos de discrecionalidad exclusivamente políticos o si, por el contrario, se encuentran justificadas también por razones técnicas. Así, resulta frecuente encontrar en los programas electorales, las notas de prensa y los discursos de los partidos favorables a la remunicipalización alusiones a que el único fin de la externalización de los servicios locales fue alentar el negocio de las grandes empresas. Presentan a las empresas concesionarias que han gestionado multitud de servicios públicos durante las décadas pasadas, como un “monstruo” que sólo piensa en el lucro. Además, introducen en el debate las tramas político-empresariales que se han generado últimamente alrededor de las concesiones de servicios, en las que era frecuente el enchufe por designación política. También, realizan de manera errónea la afirmación de que lo que es público, como el agua, debe estar en manos de los ciudadanos y que, por ello, la gestión debe ser directa. Ya hemos subrayado numerosas veces que, aunque la gestión se realice de manera indirecta lo que es público continúa siendo público.

Estas justificaciones no son sorprendentes pues siguen la línea habitual del discurso político de pueblo-oligarquía o ciudadanía-casta. A mí modo de entender, parece que los partidos que se inclinan por la remunicipalización inciden, en mayor medida, en que el cambio debe estar motivado por razones políticas, como la corrupción, más que por cuestiones técnicas, de eficiencia, sostenibilidad, racionalidad y buena administración. Parece que estas corrientes consideran que, como regla general, la gestión directa es la única manera de defender los intereses generales y las formas de colaboración público-privada son fórmulas que únicamente sirven para beneficiar a determinadas empresas.

No obstante, el informe elaborado por el Tribunal de Cuentas (“TdC”) en 2013, con datos de 2011, proporcionó un argumento técnico sólido para defender la gestión pública frente a la privada. En este informe se defendía que los servicios públicos gestionados de manera directa son más baratos que aquellos gestionados de manera indirecta, en limpieza, basura y agua. En concreto, dicho documento exponía que el servicio de limpieza de carreteras

³¹ PONCE SOLÉ, J., “Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones”, *Cuadernos de Derecho Local*, n° 40, p. 80.

y vías públicas en España tiene un coste medio de 16,23€ por habitante si se gestiona de manera pública, frente a 27,83€ si se gestiona a través de concesión o convenio.

El informe ha generado gran polémica, sobre todo entre los economistas liberales partidarios de la colaboración público-privada. Entre ellos, destaca la respuesta de RALLO JULIÁN al informe del TdC. El economista critica que la manera que el TdC ha utilizado para contabilizar los gastos es errónea, pues los ayuntamientos sólo han proporcionado datos de sus costes y gastos directos, pero no de los indirectos o la amortización. En definitiva, el TdC está comparando los gastos totales, indirectos más directos, que supone la gestión indirecta frente a los gastos indirectos de la gestión pública³².

Además, Rallo protesta contra otro de los argumentos a favor de la gestión pública que realiza el TdC: el hecho de que los servicios públicos prestados por empresas privadas son más caros porque la empresa tiene ánimo de lucro y, por ello, tienden a incrementar precios. RALLO emplea un ejemplo para explicar la cuestión, así, explica que argumentar que la gestión indirecta es más cara que la directa por los beneficios empresariales es lo mismo que decir que alquilar un inmueble privado es más caro que comprarlo³³.

Podemos concluir en que el proceso de remunicipalización no puede llevarse a cabo si la única razón es que el órgano político competente ha decidido, de manera discrecional, un cambio en la gestión porque a su juicio la gestión directa responde al interés general. El juicio del órgano competente no es suficiente para justificar la decisión, sino que, aparte de los límites jurídicos, deben existir razones técnicas que justifiquen una mayor eficiencia.

De esta manera, considero que no siempre y en todos los casos la gestión privada sea la manera más eficiente, pero tampoco creo que la gestión pública sea mejor. En definitiva, en este caso la generalización que, desde mi punto de vista, están realizando los partidarios de la remunicipalización, no es buena y que para saber cuál es la forma de gestión más eficiente habrá que atender a cada caso.

³² TAMAMES, R. (coord.), “Declaración de principios de la asociación de excelencia de los servicios públicos municipales: Un controvertido informe del Tribunal de Cuentas”, *Remunicipalización: ¿ciudades sin futuro?*, Profit, Barcelona, 2017, pp. 62-64.

³³ TAMAMES, R. (coord.), *op.cit.*, pp. 62-64.

3.2 Marco normativo: límites jurídicos a la decisión discrecional de remunicipalización

3.2.1 Límites generales

La remunicipalización debe atender al interés general y, en particular, al interés público específico que deben satisfacer los servicios públicos. En este punto, debemos prestar atención a las previsiones del art. 45.2 del Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales (en adelante “RSCL”), que establece que “las municipalizaciones y las provincializaciones tenderán a conseguir que la prestación de los servicios reporte a los usuarios condiciones más ventajosas que las que pudiera ofrecerles la iniciativa particular y la gestión indirecta”. El legislador, en esta disposición reglamentaria, considera municipalización a la forma de prestar el servicio económico por la Corporación local (art. 45.1 RSCL), es decir, municipalización, en este precepto, coincidiría con gestión directa. En definitiva, el art. 45 RSCL expone que la prestación directa del servicio público debe beneficiar a los usuarios y, en definitiva, favorecer el interés general, en mayor medida que la iniciativa privada y la gestión indirecta³⁴.

Por otro lado, el art. 9.3 CE prohíbe la arbitrariedad en las decisiones de los poderes públicos. En definitiva, la actuación de la Administración pública debe basarse en razones fundadas, por lo que se considerarán ilegítimas las decisiones tomadas por razones ideológicas o por mero capricho. El Tribunal Supremo se ha pronunciado acerca de las diferencias entre arbitrariedad y discrecionalidad, así, mientras en la primera no existe fundamentación alguna, el segundo concepto implica la existencia de un fundamento objetivo y no implica, en ningún caso, la “posibilidad de decidir libérrimamente sin atenderse a ninguna regla o criterio”³⁵.

³⁴ SÁNCHEZ MORÓN, M. y DESDENTADO, E., “Dictamen sobre los límites jurídicos de la remunicipalización de servicios público, con particular referencia al servicio de abastecimiento de aguas y saneamiento de la ciudad de Valladolid”, Universidad de Alcalá, 2017, pp. 12-13.

³⁵ Sentencia Tribunal Supremo 4 de julio de 1986.

3.2.2 *Los principios de economía, eficacia y eficiencia.*

Por mandato constitucional, art. 103.1 CE, la Administración debe actuar conforme al principio de eficacia y, además, de acuerdo con el precepto del art. 31.2 CE, la ejecución del gasto público se realizará de acuerdo con los criterios de eficiencia y economía. Así, toda decisión administrativa discrecional, ha de regirse por criterios de economía, eficacia y eficiencia³⁶.

El principio de eficiencia es un requisito esencial para decidir el modo de gestión de los servicios locales y, por tanto, fundamental para justificar la remunicipalización. La eficiencia requiere la optimización de la relación medios-fines. Así, el cumplimiento del criterio de eficiencia puede tener lugar si se logra llegar un objetivo al menor coste. En el ámbito de los servicios públicos el operador que preste el servicio público de la manera más eficiente es aquel que provea el servicio al “mínimo costo, con un nivel de calidad, con determinados objetivos de cobertura y con un grado adecuado de autofinanciación; esto es, de retribución adecuada a los factores de producción”³⁷.

En definitiva, al valorar los niveles de eficiencia en la prestación de un servicio, se estudian las relaciones existentes entre los criterios mencionados en el párrafo anterior, se cuantifica el impacto que estas relaciones generan en cuanto a la prestación del servicio para poder determinar cuál es el nivel de transferencia que aporta a los usuarios la empresa que presta el servicio.

A nivel práctico, el método más utilizado para medir la eficiencia es el de la comparación. Así, se toma de referencia datos relativos a costes, calidad, cobertura y autofinanciación de los operadores líderes (*benchmarking*). De esta manera, se obtienen unos indicadores de productividad parcial y de costes medios que sirven de referencia para medir la eficiencia. El cálculo de los datos que van a ser objeto de comparación se lleva a cabo mediante operaciones matemáticas que valoran la relación entre los criterios arriba mencionados³⁸.

La vertiente del criterio de eficiencia que considera que lo más eficiente es aquello que consigue los mismos resultados con el menor coste (criterio de optimización) está

³⁶ SÁNCHEZ MORÓN, M. y DESDENTADO, E., *op.cit.*, pp. 21-22.

³⁷ *Cfr.*, DÁVILA, L., “El impacto económico-financiero de la remunicipalización”, DÍAZ GÜELL, C. (ed.) *Remunicipalización: ¿ciudades sin futuro?*, Profit Editorial, 2017, pp. 159-161.

³⁸ ORTEGA BERNARDO, J., *op.cit.*

altamente relacionado con el principio de economía recogido en el art. 31 CE que exige sopesar el ahorro de los recursos públicos entre las distintas opciones a elegir³⁹.

Por otro lado, el principio de eficacia pone en relación el medio y el fin, es decir, la idoneidad de la decisión para conseguir el interés público perseguido. Cabe mencionar que el principio de eficacia se encuentra limitado por el principio de proporcionalidad que exige la existencia de una relación proporcional entre los costes o medios y los beneficios de la consecución del fin⁴⁰.

3.2.3 Límites específicos en la LBRL

3.2.3.1 Disposición Adicional 9ª LBRL

En primer lugar, debemos apreciar que la Disposición Adicional 9ª está muy relacionada con los preceptos de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (en adelante “LOEPSF”) y con el art. 135 CE. No obstante, la presente disposición amplía la limitación contenida en los anteriores preceptos a las entidades locales y a todos los organismos dependientes de ella.

La mencionada disposición establece que las entidades locales y los organismos dependientes de ellas, “no podrán adquirir, constituir o participar en la constitución, directa o indirectamente, de nuevos organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones, unidades y demás entes durante el tiempo de vigencia de su plan económico-financiero o de su plan de ajuste”.

Así, la LOEPSF establece que, en caso de incumplimiento de la estabilidad presupuestaria, el objetivo de deuda pública o la regla del gasto, la Administración está obligada a elaborar un plan económico-financiero, durante el año en curso y el siguiente, para cumplir con los objetivos previstos en la ley. Por otro lado, esta misma ley establece que en caso de déficit estructural por circunstancias naturales, crisis económica grave o situaciones extraordinarias que no puedan ser controladas por la Administración, habrá

³⁹ PONCE SOLÉ, J., *op.cit.*, p. 96.

⁴⁰ SÁNCHEZ MORÓN, M. y DESDENTADO, E., *op.cit.*, pp. 21-22.

que elaborar un plan de ajuste o de reequilibrio que posibilite la corrección del déficit estructural y no ponga en peligro la sostenibilidad financiera.

En definitiva, la Disposición Adicional 9ª establece que, en caso de vigencia de los anteriores planes, las entidades locales no pueden constituir o participar en la constitución de nuevas sociedades, o realizar aportaciones si necesitaran financiación. Sin embargo, existe una excepción a la limitación anterior: si en el año inmediatamente anterior se han cumplido con los objetivos de estabilidad económica y con el plazo medio de pago a proveedores, sí que se podrán realizar aportaciones a unidades gestionadas de manera directa e indirecta.

Por lo anterior, al realizar el proceso de remunicipalización es fundamental tener en cuenta los criterios de estabilidad presupuestaria. En primer lugar, destacamos que, si se encuentran vigentes un plan económico-financiero o un plan de ajuste, el ayuntamiento deberá realizar la remunicipalización con sus propios medios, y no podrá crear una empresa u otra personificación, para llevar a cabo la prestación del servicio. Además, si el ente local que lleva a cabo la reinternalización de un determinado servicio, no cumple con los objetivos establecidos en la LOEPSF, no se podrán realizar aportaciones patrimoniales a la unidad que gestiona la prestación de dicho servicio. Por otro lado, la recuperación de la gestión directa provoca un aumento de la dimensión de la Administración, de manera que, si la unidad reinternalizada presenta problemas de déficit, menores posibilidades tendrá de recibir apoyo patrimonial.

Más allá, el apartado dos de la Disposición Adicional 9ª obliga a la disolución de las sociedades que se encuentran en desequilibrio financiero, en diferentes plazos y bajo una serie de condiciones si se trata de entes que tienen la consideración de Administración pública a efectos del Sistema Europeo de Cuentas (Reglamento CE núm. 223/96, del Consejo, de 25 de junio de 1996).

El legislador busca con la presente disposición, reducir las dimensiones del sector público local, a la vez que sana la Administración pública de unidades que presentan déficits económicos, para que no sean una carga para la entidad local de la que dependen dichas unidades⁴¹. Así, los límites a la realización de aportaciones patrimoniales en los casos establecidos pueden dar lugar a un empeoramiento en la calidad de los servicios públicos. España presume de la excelente calidad en la prestación de ciertos servicios, dicha calidad

⁴¹ DÁVILA, L., *op.cit.*, p. 155.

es consecuencia, en cierto modo, de la realización de continuas inversiones de CAPEX y OPEX. Remunicipalizar supone aumentar el número de unidades económicas de gestión pública encargadas de la prestación de servicios, si, debido a los preceptos de la Disposición Adicional 9ª, no se pueden realizar aportaciones en dichas unidades, la calidad de los servicios bajará de manera considerable.

3.2.3.2 Artículo 85.2 LBRL

El art. 85.2 LBRL determina los principios sustantivos y requisitos formales que deben regir la elección de una determinada forma de gestión de los servicios locales. Antes de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (en adelante “LRSAL”) el presente artículo disponía como único límite para elegir la forma de gestión del servicio local, la imposibilidad de gestionar de manera indirecta los servicios que implicaran ejercicio de autoridad. No obstante, la LRSAL modificó el art. 85.2 LBRL introduciendo que los servicios públicos locales deberán ser gestionados de la “forma más sostenible y eficiente” de entre las descritas en el mencionado artículo, es decir, entre las formas de gestión directa o indirecta expuestas en apartados anteriores.

Así, rigen los principios de sostenibilidad y eficiencia como criterios para justificar la elección de un modo de gestión determinado, siendo este un límite claro a la discrecionalidad de la decisión. Además, el art. 85.2 añade:

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 [...]

Debemos recordar que el art. 85.2 LBRL expone los distintos modos de gestión directa dividiéndolo en apartados: a) y b) corresponden a gestión por la propia Entidad local y organismo autónomo local, respectivamente; y c) y d) contienen entidad pública empresarial y sociedad mercantil local. El presente artículo no sólo expone que cualquier forma de gestión seleccionada deben fundamentarse en criterios de sostenibilidad y eficiencia, sino que añade que dentro de la gestión directa también habrá que justificar por el principio de sostenibilidad y eficiencia, si se elige gestionar de manera directa

mediante fórmulas de Derecho privado frente a la realización del servicio por el propio ayuntamiento o mediante organismo autónomo local.

El art. 85.2 LBRL introduce dos tipos de criterios para determinar el modo de gestión: formal, por un lado, y material, por otro⁴². Así, para garantizar que se cumpla dicho límite sustantivo, el art. 85.2 LBRL dispone que la mayor sostenibilidad y eficiencia, de la forma de gestión seleccionada, deberá acreditarse mediante memoria justificativa, que se elevará al Pleno para su aprobación. Dicha memoria justificativa debe contener los informes y el apoyo técnico recibido, entre los que destaca el informe del interventor municipal. Junto con este criterio formal, el presente artículo contiene que el mencionado informe del interventor deberá “valorar 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”.

En definitiva, existe una obligación legal de acreditar que la remunicipalización de los servicios públicos se encuentra justificada porque la gestión directa resulta más eficiente y sostenible que la gestión indirecta. Si no se prueban dichos criterios, la remunicipalización será ilegal.

Lo anterior deja claro que la postura del legislador es que hay que evitar caer en ideologías políticas al elegir el modo de gestión de los servicios públicos, pues lo verdaderamente relevante para el usuario es que la gestión se realice de manera óptima y que dicha gestión permita cumplir a las entidades locales con los requisitos de estabilidad presupuestaria, déficit y gasto.

Hemos abordado que el criterio que elimina la absoluta discrecionalidad para establecer el modo de gestión es la eficiencia y la sostenibilidad. Pues bien, en apartados anteriores hemos delimitado el concepto de eficiencia, pero no el de sostenibilidad. Conforme al mencionado art. 4 de la LOEPSF, sostenibilidad es “la capacidad para financiar compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites de déficit, deuda pública y morosidad de deuda comercial conforme a lo establecido en esta Ley, la normativa sobre morosidad y en la normativa europea”.

En conclusión, para remunicipalizar el ayuntamiento en cuestión tendrá que demostrar que gestionar el servicio de forma directa supone prestar un servicio con igual calidad a

⁴² SÁNCHEZ MORÓN, M. y DESDENTADO, E., *op.cit.*, pp. 23-25.

menor coste (eficiente) y asegurar las necesidades financieras del presente sin comprometer las obligaciones del futuro (sostenibilidad).

Consideramos interesante incluir en este punto una apreciación práctica. Entendemos que la remunicipalización debe ser justificada porque la gestión directa resulta más sostenible y eficiente que la gestión indirecta, esta justificación debe ser realizada mediante una serie de informes técnicos. En la práctica, nadie asegura que dichos informes no contengan errores o sean realizados por personas no ajenas a los promotores de la remunicipalización, esto sucede en muchas ocasiones y no existe una manera clara de solucionarlo. Sin embargo, llama la atención que, en opinión de profesores de la Universidad Complutense de Madrid, existen limitaciones organizativas e institucionales internas, que impiden realizar evaluaciones económicas óptimas de políticas públicas y su gestión en España. En definitiva, medir la eficiencia no es un proceso especialmente sencillo puesto que existen multitud de técnicas y elementos a considerar, pero, además, este proceso se hace más difícil por las características de la Administración pública española⁴³.

3.3 Requisitos procedimentales de la remunicipalización

Una vez delimitados los requisitos sustantivos y formales que requiere la remunicipalización, debemos precisar si, además de los preceptos del art. 85 LBRL, para remunicipalizar es conveniente cumplir el procedimiento establecido en el art. 86 LBRL. Determinar si el art. 86 LBRL resulta aplicable o no en los casos de remunicipalización, ha sido objeto de debate por la doctrina y los Tribunales y, en concreto, la reciente Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo nº 3 de Valladolid de 14 de noviembre 150/2017, que trata sobre la remunicipalización del agua en Valladolid, se ha pronunciado al respecto.

El concepto de municipalización ha sido precisado en apartados anteriores, como acto mediante el cual la Administración local asume la efectiva prestación de una actividad como servicio público.

⁴³ DÍAZ GÜELL, C. (ed.), “Un controvertido informe del Tribunal de Cuentas”, *Remunicipalización: ¿ciudades sin futuro?*, Profit Editorial, 2017, p. 65.

El apartado 1 del art. 86 establece una serie de criterios que deben cumplirse para que sea posible la municipalización de una actividad económica:

Las Entidades Locales podrán ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas, siempre que esté garantizado el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias. En el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida habrá de justificarse que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal debiendo contener un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial.

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

Así, el anterior precepto recoge, al igual que el art. 85.2 LBRL, la necesidad de justificar una decisión en base a criterios de sostenibilidad financiera. No obstante, los dos preceptos de la LBRL se diferencian en que, el art. 85 LBRL establece criterios de racionalidad económica respecto a los recursos materiales de la entidad local, y el art. 86 LBRL establece la necesidad de examinar si la actividad empresarial de la Administración va a generar más competencia en el sector de actividad, y si va a perjudicar en términos de beneficio económico y condiciones laborales al sector privado⁴⁴.

Por otro lado, el procedimiento de municipalización aparece recogido en el art. 86.2, en relación con el art. 97 TRRL:

[...] 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.

Esta disposición establece que, además de la memoria justificativa del art. 85.2 LBRL es obligatorio el acuerdo de aprobación del Pleno de la Corporación y del órgano competente de la Comunidad Autónoma, además deberá ser aprobado por mayoría absoluta y se deberá incluir informe de la autoridad correspondiente en materia de competencia, conforme a lo previsto en el art. 97.2 TRRL.

En definitiva, el art. 86 agrava las condiciones del art. 85 y, por ello, es necesario delimitar si el mencionado precepto resulta aplicable únicamente a la municipalización de servicios o, también se exige en la remunicipalización.

⁴⁴ ORTEGA BERNARDO, J. y DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M., “El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales”, *Anuario de Derecho Municipal*, nº 9, 2015, pp. 72 y ss.

Por un lado, existen resoluciones que apoyan que la recuperación de la gestión de un servicio público debe regirse por lo previsto en el art. 86 LBRL. Así, la sentencia del TS de 1 de febrero de 2002 sobre la remunicipalización de los servicios de basura y limpieza viaria en Marbella, aplicaba el procedimiento del art. 86 para llevar a cabo la recuperación de la gestión⁴⁵.

Numerosos informes de autoridades de defensa de la competencia consideran que cambiar de un sistema de gestión indirecta a un sistema de gestión directa supone un cierto “cierre” del mercado⁴⁶. Esto es así, porque para poder llevar a cabo la prestación de un servicio público, las empresas privadas competían, mediante la licitación, por recibir la concesión de dicho servicio, y si el servicio pasa a ser gestionado de manera directa las empresas privadas dejan de poder acceder a un determinado sector de actividad. De esta forma, el criterio general en materia de competencia es exigir la necesidad de un informe en materia de competencia al remunicipalizar, y por ello, consideran que sí resulta aplicable el art. 86 LBRL en las remunicipalizaciones.

Sin embargo, la interpretación mayoritaria que parecen seguir los Tribunales es considerar que la autorización autonómica sólo es necesaria cuando se cree una reserva a favor de un ente local de prestar un servicio en régimen de monopolio⁴⁷. Por ello, cuando se cambia el modo de gestión, el servicio ya ha sido municipalizado o monopolizado. La mencionada sentencia del Juzgado de Valladolid que falla a favor del Ayuntamiento de esta ciudad, y en contra del Ministerio de Hacienda, sigue la doctrina defendida en este párrafo.

En consecuencia, coincido con la doctrina mayoritaria, y defiendo que el art. 86 LBRL se refiere al proceso de municipalización, cuyas diferencias con la remunicipalización he desarrollado de manera exhaustiva. En definitiva, el procedimiento para llevar a cabo la recuperación de la gestión directa es el establecido en el art. 85: aprobación por el Pleno competente de la memoria justificativa que contiene los informes sobre el coste del servicio y el apoyo técnico recibido.

⁴⁵ SÁNCHEZ MORÓN, M. Y DESDENTADO, E., *op.cit*, pp. 29-30.

⁴⁶ SÁNCHEZ MORÓN, M. Y DESDENTADO, E., *op.cit*, p. 30.

⁴⁷ Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sección 1 ª) de 25 de febrero de 2002 o Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 28 de diciembre de 2012.

4. CUESTIONES CONCRETAS DERIVADAS DE LA REMUNICIPALIZACIÓN

4.1 Rescate y remunicipalización al término de la gestión indirecta

La recuperación de la gestión directa por la Administración local puede realizarse en dos momentos diferentes, que conllevan consecuencias dispares. Ambos métodos se identifican con la figura de la remunicipalización.

Por un lado, la recuperación anticipada, por motivos de oportunidad, de la gestión directa se identifica con la figura del rescate. El rescate es “una forma de extinción de las concesiones en firme en la que la Administración acuerda poner término a su existencia, al concurrir una causa de interés público prevalente, mediante indemnización a favor del concesionario por los daños que dicho acuerdo produce”⁴⁸. El rescate figura como una causa de resolución del contrato de gestión de servicios públicos en el art. 286 b) LCSP.

El rescate se caracteriza por la extinción anticipada de la gestión indirecta por razones de oportunidad organizativa, y no por incumplimiento de la empresa contratista. Por otro lado, es una característica de gran relevancia del rescate, por sus consecuencias económicas, la obligación de indemnizar al concesionario al llevar a cabo el rescate, puesto que la extinción anticipada del contrato genera una serie de perjuicios. Conforme al art. 288 LSCP el importe de la indemnización se determinará por “el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la obra objeto de la concesión, atendiendo a su grado de amortización”. Además, el presente artículo expone que en casos de rescate anticipado se indemnizará al contratista por los daños y perjuicios causados, incluidos los beneficios que se han dejado de percibir. Se reconoce, en estos casos, la posibilidad de establecer la indemnización mediante convenio. Dicha facultad ha sido reconocida en el art. 265.5 del Reglamento de obras, actividades y servicios, Decreto 179/1995 (en adelante “ROAS”) y en la Sentencia TSJ de Madrid de 3 de mayo 1096/2011⁴⁹.

El procedimiento que regula el rescate queda establecido en el art. 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante “RLCSP”) y en el art. 265

⁴⁸ Cfr., Dictamen 2918/2003 del Consejo de Estado de 27 de noviembre.

⁴⁹ TORNOS MAS, J., “La remunicipalización de los servicios públicos locales”, *op.cit.*, pp. 67-68.

ROAS⁵⁰. Este procedimiento encaja con las precisiones procedimentales realizadas en los arts. 85 y 86 LBRL. Así, el procedimiento de rescate comienza con la necesidad de justificar técnica y jurídicamente la recuperación por razones de interés público, que pueden resultar equivalentes a la memoria técnica justificativa de la eficiencia requerida por el art. 85.2 LBRL. El concesionario podrá realizar las precisiones que estime conveniente sobre dichos informes. Posteriormente, el Pleno de la Corporación local deberá aprobar el rescate y solicitar al contratista el establecimiento de la indemnización que considere adecuada. La Administración local puede o aceptar la valoración del concesionario o no aceptarla, en este último caso, la valoración se llevará conforme a las reglas de la expropiación forzosa.

Consideramos no poco frecuente que el concesionario se oponga a la extinción anticipada del contrato de concesión, en estos casos existe un requisito procedimental adicional, ya que resulta preceptiva la elaboración de un informe del órgano consultivo autonómico o del Consejo de Estado⁵¹.

Por otro lado, la remunicipalización puede llevarse a cabo al término del plazo establecido en el contrato de concesión por el que se estableció la gestión indirecta. Aunque resulta obligatorio justificar la decisión en base al interés público, este método de remunicipalización consigue evitar el coste de la indemnización que supone el rescate anticipado⁵².

En ambos casos, la recuperación de la gestión por parte de la Administración pública conlleva la entrega de las obras e instalaciones, de acuerdo con lo establecido por contrato, conforme a lo dispuesto en el art. 283 RLCSP. Este precepto plasma el principio general de continuidad de los servicios públicos.

4.2 Problemática laboral

Uno de los problemas más relevantes que surgen de la remunicipalización son las consecuencias de dicho proceso en la situación de los trabajadores empleados en el ente privado que gestionaba el correspondiente servicio público. La cuestión principal se

⁵⁰ TORNOS MAS, J., “La remunicipalización de los servicios públicos locales”, *op.cit.*, pp. 68-69.

⁵¹ STS de 29 de diciembre de 2003, rec. casación 596/1998.

⁵² TORNOS MAS, J., “Servicios públicos y remunicipalización”, *op.cit.*, p. 70.

centra, por un lado, en determinar la existencia de obligación legal de sucesión de empresa, es decir, si la Administración que pasa a gestionar el servicio incorpora o no a la plantilla y, por otro lado, en qué condiciones y bajo qué régimen jurídico se incorporan los trabajadores a la empresa pública correspondiente.

El art. 44 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante “ET”), que traspone las disposiciones de la Directiva 2001/23/CE, del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, regula el concepto de sucesión de empresa. La sucesión de empresa implica que el cambio de titularidad en la figura del empleador no supone la extinción de las relaciones laborales mantenidas con los trabajadores, sino que el nuevo empleador queda subrogado en las relaciones laborales antiguas⁵³. Esta figura protege a los trabajadores, garantizando la continuidad de la relación y las obligaciones laborales y de la Seguridad Social, independientemente de un cambio del propietario. La mencionada Directiva, en el art. 1.1.c), recoge de manera clara que la sucesión de empresa resulta aplicable tanto a “empresas públicas como privadas que ejerzan una actividad económica con o sin ánimo de lucro”.

Para que opere la sucesión de empresa deben de cumplirse una serie de requisitos, entre los que figura, la exigencia de que se produzca la transmisión de una unidad productiva⁵⁴, es decir, se debe producir el traspaso de una explotación unitaria, del conjunto de medios esenciales para realizar la actividad correspondiente, siendo fundamental que la entidad económica trasladada conserve su identidad⁵⁵. En definitiva, si únicamente se traslada la ejecución de la actividad económica, no resulta aplicable la subrogación laboral. En los casos en los que los elementos materiales sean irrelevantes y es la mano de obra el elemento esencial para el desarrollo de la actividad, si el nuevo empresario asume una parte esencial de la plantilla, esto supone un caso de sucesión de plantilla, modalidad especial de la sucesión de empresa del art. 44 ET.

⁵³ El art. 44.1 ET dispone lo siguiente: “el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente”.

⁵⁴ Así, el art. 44.2 ET establece que “una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio”.

⁵⁵ MERCADER UGUINA, J., *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p.576.

En el ámbito de la remunicipalización, para determinar si existe o no sucesión de empresa, deberemos estudiar si se produce o no el traspaso de medios organizados necesarios para continuar con la actividad. Resulta complejo determinar si el art. 44 ET resulta aplicable a las concesiones administrativas. En efecto, tradicionalmente la jurisprudencia no estaba unificada al respecto y podían diferenciarse hasta tres soluciones distintas: en primer lugar, que la concesión en sí misma era unidad productiva; en segundo lugar, que la concesión no suponía sucesión de empresa y; por último, ciertos tribunales consideraban que había que atender a las circunstancias concretas para determinar la sucesión de empresa en contratos y concesiones administrativas. Esta última interpretación finalista o valoración *ad casum* por los Tribunales nacionales, es por la que se ha decantado la jurisprudencia nacional y comunitaria en la actualidad⁵⁶.

Así, la jurisprudencia parece coincidir en que la sucesión de empresa cuando tiene lugar la recuperación de la gestión del servicio por el ente público, opera si se produce el traslado de los elementos materiales o inmateriales, por ejemplo, si el servicio se presta con la misma infraestructura, maquinaria, instalaciones o plantilla de la empresa privada que solía gestionar el servicio público⁵⁷. A modo de ejemplo, el Tribunal Supremo ha admitido la aplicación del art. 44 ET en la remunicipalización del servicio de grúas en Extremadura, camping municipal en Sevilla y piscinas locales en Valladolid⁵⁸.

La Directiva 2001/23 determina que la sucesión de empresa no opera en los casos de reorganizaciones administrativas, en definitiva, si el cambio de gestión supone la reversión a la Administración pública de elementos patrimoniales que siempre han sido de titularidad pública pero que fueron cedidos a la empresa concesionaria existen dudas sobre si resulta aplicable o no el art. 44. GÓMEZ ÁLVAREZ considera que la excepción a dicha Directiva sólo opera en los casos de reestructuraciones administrativas “puras”⁵⁹, es

⁵⁶ El TJUE afirma en la Sentencia de 20 de enero de 2011 (asunto CLECE): “Para determinar si tal entidad mantiene su identidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho que caracterizan a la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el hecho de que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía entre las actividades ejercidas antes y después de la transmisión (...)”.

⁵⁷ SSTs de 19 de mayo de 2015, 30 de mayo de 2011 y 26 de enero de 2012.

⁵⁸ SÁNCHEZ MORÓN, M. y DESDENTADO, E., *op.cit.*, p. 43.

⁵⁹ GÓMEZ ÁLVAREZ, T., “Reestructuraciones administrativas y mantenimiento de los derechos de los trabajadores: el art. 1.1 c) de la Directiva 23/2001. La interpretación del TJCE y de los Tribunales Españoles”, *Relaciones Laborales*, nº 8, 2002, pp. 33-52.

decir, cuando se produce un cambio de gestión desde un ente de naturaleza pública o privada, pero de titularidad exclusivamente pública, hacia el ayuntamiento.

No debemos olvidarnos de la problemática que surge de la subrogación directa o automática en las relaciones laborales, en caso de apreciarse transmisión empresarial. Conforme a los arts. 14 y 23.2 CE y las disposiciones del Estatuto Básico del Empleo Público, el acceso al empleo público debe cumplir con los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad. Así, la solución jurisprudencial para atender a las normas administrativas y laborales ha sido acudir a la figura del contrato indefinido no fijo, que, de acuerdo con la STSJ de Castilla y León de Valladolid, Sala de lo Social, de 9 de noviembre de 2011 (Rec. 1693/2011):

[...] no es obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable y el trabajador indefinido no fijo continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo.

De esta manera, dicha figura de creación jurisprudencial no respeta ni la legislación laboral, pues no se ve garantizada la continuidad en la relación laboral, ni la legislación administrativa, porque implica la asunción directa por parte del ayuntamiento de trabajadores que no cumplen los requisitos constitucionales antes referidos. Autores como SÁNCHEZ MORÓN o CASTILLO BLANCO han criticado que el contrato fijo no indefinido debe ser considerado como una solución provisional y que, en ningún caso, tendría sentido que esta fuera la solución habitual y adecuada al problema del régimen jurídico de los trabajadores en las remunicipalizaciones.

En estas circunstancias surge una nueva corriente que opta por aplicar la figura del “trabajador subrogado”, que permite mantener las mismas condiciones laborales sin alterar el estatuto jurídico del trabajador, pues este pasa a trabajar para un empleador público, pero sin la condición de empleado público⁶⁰. La Disposición adicional vigesimosexta de la Ley 3/2017 de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 (en adelante “LPGE 2017”) avala la figura del trabajador subrogado, pues esta

⁶⁰ Citado por CASTILLO BLANCO, F., *op.cit.*, la referencia corresponde a SOTO RIOJA, S. de, “Sucesión de empresas y de contratistas: puntos críticos de la regulación y del tratamiento convencional”, en Cruz Villalón, J. (coord.), *El impacto de la negociación colectiva sobre la segmentación laboral: causa determinante e instrumento de contención*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 619.

disposición, titulada “Limitaciones a la incorporación de personal laboral al sector público” recoge una serie de preceptos que deben de regir en la reinternalización de servicios⁶¹. En concreto, dicha disposición expone que los trabajadores no podrán incorporarse al ente público en calidad de empleado público y, además, determina que resulta aplicable lo dispuesto en la legislación laboral (es decir, art. 44 ET) al cambiar la titularidad de la entidad gestora, así la figura de trabajador subrogado cumple con las exigencias de dicho precepto.

No obstante, a pesar de que parece solventada los problemas que planteaba la figura del trabajador indefinido no fijo, la legislación presupuestaria ha suscitado nuevas cuestiones en torno a la materia objeto de estudio, como, por ejemplo, si deben realizarse o no pruebas de acceso al empleo público de manera obligatoria o si convocadas y no superadas estas pruebas se produce o no la extinción de la relación laboral. La LCSP, que entró en vigor el pasado 9 de marzo, incluye entre sus disposiciones la obligación de subrogación en las relaciones laborales, en una remunicipalización, si existe obligación legal (se aprecian los requisitos del art. 44 ET), convencional o derivada de un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, pero no aclara cómo debe realizarse dicha subrogación.

⁶¹ La literalidad de la DA 26^a es la siguiente: “Uno. Con efectos desde la entrada en vigor de esta Ley y vigencia indefinida, las Administraciones Públicas del artículo 2 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, no podrán considerar como empleados públicos de su artículo 8, ni podrán incorporar en dicha condición en una Administración Pública o en una entidad de derecho público:

a) A los trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o de servicios públicos o de cualquier otro contrato adjudicado por las Administraciones Públicas previstas en el artículo 2.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuando los contratos se extingan por su cumplimiento, por resolución, incluido el rescate, o si se adopta el secuestro o intervención del servicio conforme a la legislación de contratos del sector público que resultase aplicable a los mismos.

b) Al personal laboral que preste servicios en sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público, consorcios, en personas jurídicas societarias o fundacionales que vayan a integrarse en una Administración Pública.

Al personal referido en los apartados anteriores le serán de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral.

Dos. En aquellos supuestos en los que, excepcionalmente, en cumplimiento de una sentencia judicial, o previa tramitación de un procedimiento que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, el personal referido en el apartado 1.a) anterior sea incorporado a sociedades mercantiles públicas, las incorporaciones que se produzcan de acuerdo con lo previsto en este apartado, no se contabilizarán como personal de nuevo ingreso del cómputo de la tasa de reposición de efectivos.

Tres. Lo establecido en esta disposición adicional tiene carácter básico y se dicta al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1. 13.^a y 18.^a, así como del artículo 156.1 de la Constitución”.

Considero que, debido al reciente impulso de la tendencia remunicipalizadora, resulta esencial elaborar una previsión de carácter indefinido, y no temporal como es la LPGE 2017, que regule esta situación dada la difícil aplicación del Derecho laboral en el ámbito público. En todo caso, no debemos olvidar que los principios de mérito, capacidad, igualdad y publicidad tienen un respaldo constitucional, por lo que deben prevalecer sobre las reglas laborales.

4.3 Problemática en materia de competencia

El art. 86 LBRL, que regula el procedimiento de municipalización, exige la solicitud de un informe a la Autoridad de la Competencia, la aprobación en el Pleno municipal y el acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, para poder llevar a cabo la municipalización de servicios públicos. En apartados anteriores hicimos mención de este procedimiento y concluimos que remunicipalización no era lo mismo que municipalización y, que, por ello, el art. 86 LBRL y 97.2 TRRL sólo operaba en casos de municipalización. No obstante, en la práctica, hemos observado cómo las Autoridades de Competencia exigen la emisión de dicho informe para poder llevar a cabo la remunicipalización y, en consecuencia, las exigencias procedimentales de los arts. 86 LBRL y 97 TRRL pasan a ser requisitos esenciales para llevar a cabo la remunicipalización de manera satisfactoria.

De esta manera, no se puede afirmar o negar, de manera rotunda, la exigibilidad del informe de competencia en los procesos de remunicipalización. En la práctica, las circunstancias son más complejas y, la situación y antecedentes no coinciden en todos los casos de reinternalización. Así, si la remunicipalización no se ciñe a cambiar la forma de gestión del servicio, tal y como está configurado, sino que además supone la asunción por el ayuntamiento o entidad propia dependiente del mismo de otras actividades económicas complementarias a las que estaban concedidas, serían aplicables las disposiciones del art. 86.2 LBRL y del art. 97 TRRL⁶². Asimismo, sin ninguna duda, resulta aplicable el art. 86.2 LBRL si la remunicipalización se lleva a cabo sobre un servicio que no ha sido objeto de previa municipalización, es decir, no ha existido asunción de efectiva prestación de la actividad por parte del ayuntamiento. Este es el caso de la reciente remunicipalización del

⁶² Cfr., SÁNCHEZ MORÓN, M. y DESDENTADO, E., *op.cit.*, p. 29.

agua en Terrassa (Barcelona), aprobada por el Pleno del Ayuntamiento el 22 de marzo de 2018 sin el informe de competencia correspondiente. Pues bien, la Autoridad Catalana de la Competencia se ha manifestado al respecto y ha establecido la obligación de remitir dicho informe en cumplimiento de las disposiciones del art. 86.2. En conclusión, para determinar la exigencia o no del informe de competencia habrá que atender a las circunstancias de cada caso.

Al margen de la exigencia del informe de la Autoridad de Competencia, resulta comprensible que, además de una mayor eficiencia y sostenibilidad, la recuperación de la gestión esté justificada por criterios de competencia, sobre todo, teniendo en cuenta que el Derecho europeo está apostando por la prestación de los servicios de interés general bajo criterios de libre competencia.

Así, la CNMC hizo referencia expresa, en su dictamen del 13 de marzo de 2013, a que el modo de gestión elegido por la entidad local debe ser el más favorecedor de la competencia y dictaminó que se debe seleccionar la prestación indirecta, si al realizar un análisis *ex ante* se descubre la existencia de determinados elementos, como el “número suficiente de oferentes potencialmente interesados en la prestación del servicio, el grado de competencia efectiva entre los mismos (o) la escasa importancia relativa de los activos específicos que impliquen costes de entrada”, que manifiestan el interés por participar en el sector. Asimismo, se manifiesta a favor de la gestión indirecta al apuntar que la prestación directa por las entidades locales carece de tensión competitiva, y ello reduce la prestación eficiente del servicio⁶³.

La Autoridad Catalana de la Competencia, en relación con un proceso de remunicipalización del agua llevado a cabo en 2015, sigue la misma línea que la CNMC al insistir en la exigencia de justificar las ventajas que genera el cambio a la gestión directa del agua.

Asimismo, numerosos autores⁶⁴ destacan la importancia de considerar los criterios de competencia para llevar a cabo la selección entre gestión directa y gestión indirecta.

⁶³ SANCHEZ LAMBÁS, J., “El interés general en gestión de los servicios públicos”, DÍAZ GÜELL, C. (ed.) *Remunicipalización: ¿ciudades sin futuro?*, Profit Editorial, 2017, pp. 128-129.

⁶⁴ MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, JL, *op.cit.*; SÁNCHEZ MORÓN, M. y DESDENTADO, E, *op.cit.*, p.30-33 y; TORNOS MAS, J., “Servicios públicos y remunicipalización”, *op.cit.*, pp. 68-69, expresan su opinión a favor de incluir los informes de competencia en el procedimiento para llevar a cabo la remunicipalización.

Al margen de lo señalado en párrafos anteriores, considero que otro problema que complica la determinación de si el informe de competencia es obligatorio en la remunicipalización es la extendida confusión que existe entre municipalización y remunicipalización.

4.4 Control judicial

Los citados requisitos materiales de eficiencia y sostenibilidad son vinculantes para la Administración. Para valorar si la recuperación de la gestión de los servicios públicos resulta más eficiente que la gestión privada, hay que llevar a cabo una serie de análisis de costes y operaciones matemáticas, como hemos especificado en apartados anteriores. No es frecuente que este tipo de criterios económicos sean utilizados como norma judicial para declarar la invalidez de una decisión administrativa⁶⁵. No obstante, el análisis de eficiencia a través de la memoria justificativa, dispuesto por el art. 85.2 LBRL, supone que este trámite se convierta en un requisito formal, que, si no se cumple o carece de motivación suficiente, viciaría de anulabilidad la decisión administrativa⁶⁶.

Existen numerosos casos en los que la remunicipalización de servicios públicos ha sido objeto de control por los Tribunales. Entre otros aspectos, los jueces deben valorar si el contenido del informe o memoria justificativa es suficiente para que quede justificada la eficiencia económica.

Uno de los casos más recientes que ilustra los temas desarrollados en el presente estudio y que ha sido objeto de control por los Tribunales, es la remunicipalización del agua en Valladolid.

En julio de 2016, el Gobierno municipal de Valladolid, presidido por el PSOE, anunciaba su intención de remunicipalizar el servicio de abastecimiento de agua potable y saneamiento de la ciudad el 1 de julio de 2017, fecha en la que finalizaba el contrato de concesión con AGUALID, U.T.E., la empresa concesionaria que había gestionado el agua en Valladolid durante 20 años.

⁶⁵ ORTEGA BERNARDO, J., “Remunicipalización de eso se trata”, *op.cit.*

⁶⁶ ORTEGA BERNARDO, J., “Remunicipalización de eso se trata”, *op.cit.*

En diciembre de 2016 se editó una *Memoria justificativa jurídica, social y económico-financiera para la determinación de la forma más sostenible y eficiente de gestión del ciclo integral del agua en Valladolid*, que fue elaborada por una Comisión formada por un equipo multidisciplinar, destaca que no consta que alguno de los miembros no esté vinculado al Ayuntamiento o fuera designado por alguien ajeno al equipo de gobierno municipal⁶⁷.

Asimismo, en diciembre de 2016, el interventor del Ayuntamiento de Valladolid firmó el correspondiente informe señalando que el Ayuntamiento de Valladolid no tenía prohibido constituir nuevos organismos, pues en 2016 no estaba vigente ningún plan económico financiero o de saneamiento. Además, el informe establecía que se apreciarían mejores resultados económicos si la gestión fuera efectuada por el propio Ayuntamiento, aunque la diferencia “no puede ser determinante a la hora de la elección de la forma de gestión”, pues no se consideraba que la gestión directa resultara sustancialmente más eficiente.

Finalmente, el 30 de diciembre de 2016, el Pleno del Ayuntamiento de Valladolid adoptó un acuerdo para recuperar la gestión del servicio, que ha pasado a estar gestionado por una Entidad Pública Empresarial Local (“EPEL”), denominada Aquavall. Desde el punto de vista de la problemática laboral, en el presente caso se ha llevado a cabo la subrogación de plantilla por parte de la EPEL.

El 14 de noviembre de 2017, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Valladolid desestimó íntegramente el recurso interpuesto por la Abogacía del Estado, a instancias del Ministerio de Hacienda, contra el mencionado acuerdo del Pleno en el que se aprobó la remunicipalización⁶⁸. Entre otros fundamentos, el Estado argumentaba que la gestión directa no era la forma más eficiente de gestión, a lo que el Juzgado contestó que se cumplen los requisitos del art. 85.2 LBRL y apunta que la remunicipalización del agua se está efectuando conforme a la recomendación efectuada en la memoria⁶⁹.

⁶⁷ *Cfr.*, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “Paso de la gestión indirecta de un servicio público municipal a su gestión directa al término de su concesión”, p. 10.

⁶⁸ Sentencia del JCA de Valladolid nº 3 de Valladolid de 14 de noviembre 150/17.

⁶⁹ En la página 65 y ss. de la memoria se argumenta que la gestión directa y, en concreto la gestión mediante Entidad Pública Empresarial, es la forma más sostenible y eficiente de gestión.

4.5 Cumplimiento de los objetivos de contabilidad nacional

La expansión de la remunicipalización puede poner en peligro el cumplimiento de los objetivos de contabilidad nacional (déficit y deuda pública) de España, ya que dicho fenómeno puede derivar en un incumplimiento de dichos objetivos por parte de los entes locales.

El Reglamento (UE) 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea (en adelante “SEC”) introduce la importancia de distinguir entre actividad de mercado y actividad no de mercado, para el cómputo de las operaciones en la contabilidad. La clasificación entre una actividad de mercado o no de mercado es de vital importancia, puesto que permite determinar si una entidad del sector público, y su gasto, se debe clasificar en el sector de Administraciones públicas o en el sector de sociedades (quedando el cómputo del gasto fuera de la contabilidad nacional).

Conforme al ap. 1.37 del SEC, una actividad será considerada de mercado si⁷⁰: (i) los vendedores tratan de maximizar el beneficio, vendiendo la mercancía libremente en el mercado a cualquiera que pague el precio, (ii) los compradores compran el producto que mejor satisfaga sus necesidades al precio establecido, y (iii) hay mercados eficaces a los cuáles compradores y vendedores tienen acceso e información. En definitiva, parece complicado que mediante la gestión directa del servicio público se mantengan las condiciones anteriores.

Además, el Anexo A del SEC incluye una división del sector “Administraciones públicas”, que realizan actividades no de mercado, en Administración central, Administración regional, Administración local y fondos de la seguridad social y dispone que pertenecerán a este sector todas las unidades institucionales cuya producción se destine al consumo individual o colectivo y esté financiado mediante pagos obligatorios, en referencia a los diversos tributos, entre ellos las tasas. Pues bien, el art. 20 de la Ley de Haciendas Locales incluye en su definición de tasas aquellas prestaciones que se establezcan por la prestación de un servicio público y no sean de solicitud o recepción voluntaria para los ciudadanos.

⁷⁰ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., *op.cit.*, pp. 68-71.

En conclusión, de acuerdo con las disposiciones del SEC, parece que la recuperación de la gestión directa por parte de los ayuntamientos de los servicios públicos computará, en todo caso, para el cálculo de los objetivos de déficit y deuda pública, objetivos que se verán comprometidos si la remunicipalización supone aumento de gasto y endeudamiento por parte de la Administración pública.

4.6 Remunicipalización y Derecho comunitario

El presente estudio comenzó delimitando el concepto de servicio público y haciendo referencia a las disposiciones del Derecho europeo en esta materia. Pues bien, para finalizar, vamos a analizar las implicaciones del concepto europeo de Servicio de Interés General en el fenómeno de la remunicipalización.

Desde su creación, Europa ha tenido como objetivo la constitución de un mercado único, que se sustenta sobre el principio de libre competencia y se proyecta sobre la libertad de establecimiento y la libertad de prestación de servicios⁷¹. La proyección del principio estructural de libre competencia sobre el concepto de servicio público, a nivel europeo, se ha llevado a cabo mediante la instauración de los SIG, cuyo principal efecto ha sido la sumisión de los entes públicos a las reglas de la libre competencia, desestabilizando el concepto tradicional de servicio público⁷². En definitiva, el Derecho europeo parece apostar por una intervención pública mínima, pues considera que la participación de las Administraciones públicas en el mercado perturba la libre competencia, principio esencial en el Derecho comunitario.

La concepción estrictamente objetiva de servicio público por parte del Derecho europeo deriva en que el titular del servicio carezca de importancia. De esta manera, los SIEG (gas, servicios postales, electricidad, telecomunicaciones...) pueden ser de titularidad pública o privada y están sometidos a las reglas de libre mercado. En definitiva, la intención del Derecho europeo de reducir al mínimo la intervención pública y el sometimiento de ciertos servicios a las reglas de libre competencia, resulta ser contradictorio con la reserva monopolística en el ejercicio de ciertas actividades

⁷¹ PARICIO RALLO, E., “El concepto europeo de servicio de interés general y los servicios municipales”, Cuadernos de Derecho Local, nº 32, 2013, pp. 103-116.

⁷² PARICIO RALLO, E., *op.cit.*, p. 111.

económicas por parte de la Administración pública. El TFUE sólo permite vulnerar la libre competencia si es necesaria para la satisfacción del interés general, no obstante, el régimen monopolístico supone la máxima expresión de la vulneración de la libre competencia, por lo que, en ningún caso, según el Derecho europeo, todas las actividades que en España se prestan, en la actualidad, de manera exclusiva por parte de la Administración pública están legitimadas para ello. La introducción del concepto de SIG instaaura un nuevo espacio intermedio entre la mera iniciativa privada y la reserva de servicios por parte de la Administración⁷³.

La mencionada Directiva 2014/23 ha reflejado, asimismo, la preferencia en Europa por la participación público-privada⁷⁴. En concreto, la Directiva de concesiones considera que la colaboración entre la Administración pública y las empresas facilita que los Estados Miembros cumplan sus objetivos presupuestarios y, además, supone una mayor calidad en la prestación de servicios, pues se aprovechan los conocimientos del sector privado⁷⁵.

⁷³ PARICIO RALLO, E., *op.cit.*, p. 116.

⁷⁴ Así, la Directiva manifiesta de manera clara su preferencia por la colaboración público privada expresando que: “La contratación pública desempeña un papel clave en la estrategia Europa 2020, establecida en la Comunicación de la Comisión, de 3 de marzo de 2010, titulada ‘Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador’ (‘la estrategia Europa 2020’), ya que es uno de los instrumentos basados en el mercado destinados a conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador y fomentar al mismo tiempo la utilización más eficiente posible de los fondos públicos. En este contexto, los contratos de concesión representan instrumentos importantes para el desarrollo estructural a largo plazo de la infraestructura y los servicios estratégicos, contribuyendo al desarrollo de la competencia en el mercado interior, permitiendo que se aprovechen las competencias del sector privado y contribuyendo a lograr eficiencia y aportar innovación”.

⁷⁵ GIMENO FELIU, J. M., “Remunicipalización de servicios locales y Derecho comunitario”, *El Cronista del Estado social y democrático de derecho*, nº 58-59, 2016, p. 59.

5. CONCLUSIÓN

Este trabajo trata de estudiar en profundidad el fenómeno de la remunicipalización. Para ello, es fundamental entender el concepto de servicio público, puesto que el debate generado alrededor de la cuestión trata sobre cómo deben ser gestionados los servicios públicos para garantizar la mayor calidad en su prestación. A lo largo del presente estudio, hemos comprobado como la noción tradicional de servicio público está siendo superada por la introducción en el Derecho europeo de los SIG.

La Unión Europea se apoya en la concepción objetiva de servicio público. En definitiva, los SIG son prestaciones que satisfacen necesidades esenciales de los ciudadanos que no pueden faltar en ningún caso, como los servicios públicos, pero que no suponen el ejercicio de potestades públicas. Si dichas necesidades no son cubiertas por el mercado, los poderes públicos deben garantizar su prestación. La Unión Europea prioriza los principios de libre competencia y libertad de presentación de servicios a la intervención pública. Desde mi punto de vista, esta cuestión, que no carece de complejidad, no ha sido abordada o comprendida por la legislación local ni por los ayuntamientos defensores de la remunicipalización. La teoría europea implicaría la reducción de la reserva exclusiva en la prestación de servicios públicos en muchos casos, puesto que, aunque el monopolio no sea excluido de manera radical por las normas europeas, este sólo está justificado si es la única manera de satisfacer el interés general. Por otro lado, la remunicipalización implica un cierre del mercado, porque, aunque el servicio continúe siendo de titularidad exclusiva de la Administración pública, la gestión directa deriva en la imposibilidad de que las empresas privadas accedan a prestar el servicio mediante concesiones, y por ello considero, y queda reflejado en la Directiva de contratación pública, que la Unión Europea no alienta el fenómeno descrito en este trabajo.

El matiz que deriva en que la aportación de este trabajo resulte interesante, es la actualidad de la cuestión. Como sabemos, en 2015 formaciones de una concreta ideología comenzaron a defender la vuelta a la gestión directa, así, en el presente estudio hemos abordado el componente ideológico del debate. Tanto los defensores como los detractores de la remunicipalización deben comprender que lo realmente importante es la calidad de la prestación y, por ello, determinar si la gestión es directa o indirecta dependerá de cómo se garantice una mejor prestación de los servicios. Considero que los partidos políticos han entrado en una serie de discursos demagogos y se han olvidado de lo fundamental,

de manera que, aunque en ocasiones sea mejor la gestión directa, otros servicios requieren o se benefician de las ventajas de la gestión mediante empresa privada. No dudo que las formaciones políticas busquen la satisfacción de los intereses esenciales de los ciudadanos, no obstante, al analizar algunos discursos, propuestas o programas he observado cómo se incluyen afirmaciones que pueden llevar a la confusión de los ciudadanos, como, por ejemplo, identificar la gestión indirecta con las privatizaciones, afirmar que como el agua es pública debe ser de los ciudadanos o defender la remunicipalización como medio para evitar el monopolio de los grandes empresarios. Como afirmamos en la Introducción, la gestión indirecta no implica la exclusión de la titularidad pública del servicio, sino que lo que se busca es aprovechar las ventajas que puede ofrecer la gestión por un ente privado.

Para evitar que la decisión se convierta en una cuestión meramente discrecional, a manos de los ayuntamientos, y que, dependiendo de la corriente ideológica que gobierne en el momento se establezca la gestión directa o indirecta, la Ley contiene una serie de límites a la discrecionalidad. De esta manera, destaca el precepto enunciado en el art. 85.2 LBRL, según el cual la forma de gestión seleccionada debe ser la más sostenible y eficiente. Asimismo, en este trabajo hemos desarrollado la intención del legislador de evitar el sobredimensionamiento de la Administración pública mediante el establecimiento de una serie de límites a las entidades locales en la constitución de sociedades o en la realización de aportaciones. Además, se ha abordado si los requisitos formales del art. 86.2 LBRL resultan aplicables a la remunicipalización, concluyendo que la redacción de dicho artículo se refiere en puridad a la municipalización de servicios y, que, por ello, no resulta aplicable a la remunicipalización. Sin embargo, en apartados posteriores hemos discutido la necesidad de incluir en el procedimiento de remunicipalización una evaluación de competencia (requisito del 86.2), a la luz de las pretensiones europeas, y la esencialidad de analizar la situación concreta.

Una de las principales cuestiones abordadas por la doctrina es la problemática laboral derivada de la remunicipalización. En este estudio hemos abordado las implicaciones y hemos concluido en la necesidad de legislar una figura de carácter indefinido para que, si llegaran a buen término todos los proyectos de remunicipalización, el personal trabajador no viera afectada su situación por el cambio en la gestión.

Como hemos determinado en este estudio, para seleccionar el modo de gestión más adecuado hay que evaluar qué gestión es la más eficiente en virtud del servicio concreto,

el ayuntamiento y las circunstancias exactas, es decir, no podemos afirmar de manera categórica que la gestión directa es mejor que la indirecta, o al revés, sino que habrá que atender a la evaluación del caso concreto. No obstante, al margen de los criterios de eficiencia y sostenibilidad, uno de los aspectos que más justifica la colaboración público-privada, y que parece ser reconocido por todas las corrientes ideológicas, es la posibilidad de eliminar la inversión pública del presupuesto y gasto de la Administración pública. Así, la participación público-privada facilita el cumplimiento de los objetivos de contabilidad nacional.

En conclusión, la elaboración del presente estudio se adentra en la gestión de los servicios públicos y, tomándome la libertad de expresar mi opinión al respecto, creo que, en términos generales, la remunicipalización supone desaprovechar los recursos y la tecnología cada vez más necesaria en la prestación de ciertos servicios. No obstante, entiendo que la situación debe ser analizada caso por caso y, además, creo que un servicio que sea gestionado por un ente privado no implica de manera inequívoca que sea gestionado con mayor calidad, además, entiendo que la corrupción haya dañado la imagen que los ciudadanos tienen de los contratos de concesión de servicios. Por ello, me parece adecuado que para llevar a cabo la remunicipalización se deba justificar una mayor eficiencia de la gestión directa, pero también considero que, dado que el tema analizado afecta a todos los ciudadanos, los informes deben ser elaborados con el mayor rigor técnico posible, para garantizar que los servicios públicos sean prestados con la mayor calidad posible y así permitir que los españoles continuemos estando orgullosos de la elevada calidad de nuestros servicios públicos.

BIBLIOGRAFÍA

Agencia de Evaluación y Calidad, “La importancia de los servicios públicos en el bienestar de los ciudadanos”, *Observatorio de la calidad de los servicios públicos*, 2012, p. 9.

ALBI, F., *Tratado de los Modos de Gestión de las Corporaciones Locales*, 1960, pp. 77 y ss.

AMODEO, C., “La autoprovisión administrativa como alternativa a la externalización”, DÍEZ SÁNCHEZ, J. J. Y FONT I LLOVET, T., (coords.), *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión*, Iustel, Madrid, 2017, pp. 117 y ss.

AYUSO, M., “Los contratos para la gestión de los servicios de la Administración en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *Expansión*, 2018 (disponible en <http://www.expansion.com/blogs/de-leyes-que/2018/01/31/los-contratos-para-la-gestion-de-los.html>; última consulta 15/03/2018).

BALZA, J., MAGIDE, M. y MÍNGUEZ, C., “Principales novedades de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Públicos”, *Uría Menéndez*, 2017.

CASTILLO BLANCO, F., “La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales”, *Estudios de Relaciones Laborales*, 2017.

CASTILLO RIBA, A. y CONTHE ALONSO-OLEA, B., “Aspectos laborales de la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 936, 2017.

Círculo Podemos, “Nota de prensa sobre remunicipalización de los servicios de conserjería de colegios públicos y limpieza y mantenimiento de colegios públicos y dependencias municipales”, Comunicados, Noticias, Toledo, 2017: (Disponible en <http://www.podemostoledo.info/nota-prensa-remunicipalizacion-limpieza-colegios-publicos-y-dependencias-municipales>; última consulta 23/03/2018).

DÁVILA, L., “El impacto económico-financiero de la remunicipalización”, DÍAZ GÜELL, C. (ed.) *Remunicipalización: ¿ciudades sin futuro?*, Profit Editorial, 2017, pp. 149-167.

DÍAZ GÜELL, C. (ed.), “Un controvertido informe del Tribunal de Cuentas”, *Remunicipalización: ¿ciudades sin futuro?*, Profit Editorial, 2017, p. 62-65.

DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel*. 2 volúmenes. París: Fontemoing, 1911.

GIMENO FELIU, J. M., “Remunicipalización de servicios locales y Derecho comunitario”, *El Cronista del Estado social y democrático de derecho*, nº 58-59, 2016, p. 50-71.

GIMENO FELIU, J. M., “La remunicipalización de servicios locales: la necesaria depuración de conceptos y los condicionantes jurídicos desde la óptica del derecho europeo”, *Cuadernos de Derecho local*, 2017, pp. 31-78.

GIMENO FELIU, J. M., SALA SÁNCHEZ, P. y QUINTERO OLIVARES, G., “El interés público y su satisfacción con la colaboración público-privada”, *Cambra de Comerc de Barcelona*, 2017, p. 29-43.

GIMENO FELIU, J. M., CAAMAÑO, F., QUINTERO, G., Y SALA, P., *Servicios públicos e ideología: El interés general en juego*, Profit, 2017.

GÓMEZ ÁLVAREZ, T., “Reestructuraciones administrativas y mantenimiento de los derechos de los trabajadores: el art. 1.1 c) de la Directiva 23/2001. La interpretación del TJCE y de los Tribunales Españoles”, *Relaciones Laborales*, nº 8, 2002, pp. 33-52.

HINOJOSA, E., *Los medios de impugnación en el proceso contencioso-administrativo*, Wolters Kluwer, 2018 (Disponible en [LAGUNA DE PAZ, J. C., “Los servicios de interés general en la Unión Europea, Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho”, nº 76, 2016, p. 20.](http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAA AAEAMtMSbF1jTAAAUMTQ3MTtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAXqUo0DUAAA=WKE; última consulta 30/03/2018).</p></div><div data-bbox=)

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “Paso de la gestión indirecta de un servicio público municipal a su gestión directa al término de su concesión”, p. 10.

MAS SABATÉ, J., “Gestión privada de servicios públicos: la externalización (outsourcing) en la Administración pública”, *V Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del estado y de la Administración Pública*, Santo Domingo, 2000.

MERCADER UGUINA, J., *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 576 y ss.

OLARTE ENCABE, S., “Calidad de los servicios públicos y estándares laborales. Especial referencia a seguridad y salud laboral y a la conciliación familiar”, *Temas Laborales*, Universidad de Granada, nº 135/2016, pp.153 y ss.

ORTEGA BERNARDO, J. y DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M., “El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales”, *Anuario de Derecho Municipal*, nº 9, 2015, pp. 72 y ss.

ORTEGA BERNARDO, J., “Remunicipalización: de eso se trata”, 2016 (Disponible en <http://almacenederecho.org/remunicipalizacion-de-eso-se-trata/>; última consulta 10/04/2018).

PAREJO ALFONSO, L., “Servicios públicos y servicios de interés general. La renovada actualidad de los primeros”, *Revista de derecho de la Unión Europea*, nº7, 2004, p. 51-68.

PARICIO RALLO, E., “El concepto europeo de servicio de interés general y los servicios municipales”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 32, 2013, pp. 103-116.

PONCE SOLÉ, J., “Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 40, p.80.

Programa Ahora Madrid, Primavera 2015 (Disponible en https://ahoramadrid.org/wp-content/uploads/2015/04/AHORAMADRID_Programa_Municipales_2015.pdf; 27/03/2018).

SANCHEZ LAMBÁS, J., “El interés general en gestión de los servicios públicos”, DÍAZ GÜELL, C. (ed.) *Remunicipalización: ¿ciudades sin futuro?*, Profit Editorial, 2017, pp. 128-129.

SÁNCHEZ MORÓN, M. y DESDENTADO, E., “Dictamen sobre los límites jurídicos de la remunicipalización de servicios público, con particular referencia al servicio de abastecimiento de aguas y saneamiento de la ciudad de Valladolid”, Universidad de Alcalá, 2017.

SECO, M. Y RAMOS, G., *Diccionario del Español Actual*, Aguilar, Madrid, 1999.

SOSA, F., *La gestión de servicios públicos locales*, Civitas, 2007.

SOTO RIOJA, S. de, “Sucesión de empresas y de contratas: puntos críticos de la regulación y del tratamiento convencional”, en CRUZ VILLALÓN, J. (coord.), *El impacto de la negociación colectiva sobre la segmentación laboral: causa determinante e instrumento de contención*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 619 y ss.

TAMAMES, R. (coord.), “Declaración de principios de la asociación de excelencia de los servicios públicos municipales: Un controvertido informe del Tribunal de Cuentas”, *Remunicipalización: ¿ciudades sin futuro?*, Profit, Barcelona, 2017, pp. 62-64.

TORNOS MAS, J., “La remunicipalización de los servicios públicos locales”, DÍEZ SÁNCHEZ, J. Y FONT I LLOVET, T. (coord.), *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión*, 2016, pp. 23-29.

TORNOS MAS, J., “Servicios públicos y remunicipalización”, *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, nº76, 2016, p. 51-76.

VIÑAS XIFRA, J., “Causas para externalizar servicios en la Administración pública”, *Presupuesto y Gasto Público 66/12012*, 2012, pp. 167-182. (Disponible en http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/presu_gasto_publico/66_08.pdf; última consulta 10/03/2018).