



Derecho PUCP

ISSN: 0251-3420

ISSN: 2305-2546

revistaderechopucp@pucp.edu.pe

Pontificia Universidad Católica del Perú

Perú

Tornos Mas, Joaquín
Servicios públicos y remunicipalización
Derecho PUCP, núm. 76, 2016, pp. 51-76
Pontificia Universidad Católica del Perú
Perú

DOI: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201601.002>

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=533662428004>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

UNEM
redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto

Servicios públicos y remunicipalización Public services and remunicipalization

JOAQUÍN TORNOS MAS*

Resumen: El concepto jurídico de servicio público es de difícil precisión. Existen dos concepciones de servicio público: una objetiva, preocupada por determinar qué actividades prestacionales deben ser garantizadas a todos los ciudadanos con el fin de lograr la cohesión social, y otra de carácter subjetivo, basada en la idea de que el servicio público es la actividad excluida del régimen de mercado, incidiendo sobre todo en los problemas de la relación entre sector público y sector privado más que en los derechos de los ciudadanos a obtener unas determinadas prestaciones. Dentro de este marco general conceptual, el presente trabajo pone de manifiesto como, en la actualidad, se ha abierto un debate de fuerte contenido ideológico en el que no se debate sobre qué servicios deben prestarse, sino sobre cómo deben prestarse los servicios públicos, defendiendo la recuperación de la gestión pública frente a una gestión privada que se califica de ineficiente. El trabajo analiza este debate y formula algunas objeciones a la tesis de la llamada «remunicipalización».

Palabras clave: municipalización – remunicipalización – rescate – servicio económico de interés general – servicio público

Abstract: It is difficult to define the legal concept of public service. There are two ways to understand it. The first one is objective and tries to determine which activities and services should be guaranteed to all citizens with the aim of social cohesion. The second one is subjective and is based on the idea that public services are activities excluded from the market. This second conception emphasizes the problems arising from the relationship between the public and private sectors rather than the right of the citizenship to receive specific services. Within this general conceptual framework, this work shows the current debate which is not centered on which kinds of public services are to be provided but rather on how they have to be provided. The debate has a strong ideological content and defends the return to public management at the expense of private management, which is considered inefficient. This work analyzes the debate and introduces some objections to remunicipalization.

Key words: municipalization – remunicipalization – return – service of general economic interest – public service

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN. SERVICIOS PÚBLICOS, DERECHOS DE LOS CIUDADANOS, COMPETENCIA Y MODOS DE GESTIÓN. – II. UN NUEVO VIENTO RECORRE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS LOCALES EN LOS ÚLTIMOS

* Abogado y catedrático de Derecho Administrativo por la Universidad de Barcelona, España. Correo electrónico: jtornos@ub.edu

AÑOS: LA REMUNICIPALIZACIÓN.- III. ¿QUÉ DEBEMOS ENTENDER POR REMUNICIPALIZAR.- IV. REMUNICIPALIZACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES COMO RECUPERACIÓN ANTICIPADA DE LA GESTIÓN DIRECTA.- IV.1. ¿ES DISCRECIONAL LA DECISIÓN SOBRE LA FORMA DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS?.- IV.2. REMUNICIPALIZAR SUPONE UNA DECISIÓN BASADA EN LA VOLUNTAD DE MODIFICAR EL RÉGIMEN DE GESTIÓN, NO LA RECUPERACIÓN DE LA GESTIÓN POR RAZONES DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA.- IV.3. REMUNICIPALIZAR AL TÉRMINO DEL PERÍODO DE GESTIÓN INDIRECTA, O LA REMUNICIPALIZACIÓN IMPROPIA TRAS UN PROCESO DE MUNICIPALIZACIÓN.- IV.4. RESCATE.- V. CONCLUSIONES.- VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN. SERVICIOS PÚBLICOS, DERECHOS DE LOS CIUDADANOS, COMPETENCIA Y MODOS DE GESTIÓN

El concepto jurídico de servicio público es difícil de precisar. Desde un punto de vista objetivo, podemos recordar la clásica definición de Duguit. Para el decano de Burdeos, «el servicio público es toda 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» (1911, II, p. 62). Al construir esta definición, Duguit trató de vincular este concepto de servicio público con la legitimidad del Estado. El Estado no se impone a los ciudadanos por el ejercicio de la soberanía, concepto abstracto, sino por la prestación de servicios públicos. De este modo el servicio público pasa a ser un elemento central en la teoría del Estado, y pasa también a ser un concepto que evoluciona con el tiempo. En cada momento histórico, y dependiendo de la realidad socioeconómica, las actividades que deben ser reguladas, aseguradas y fiscalizadas por los gobernantes pueden ser diversas.

Desde otra perspectiva, ahora de carácter subjetivo o bien organizativo, el servicio público es aquella actividad que es asumida en su titularidad por el poder público, excluyendo su prestación de la iniciativa privada. En este caso, se impone la preocupación por la relación entre las actividades que, al declararse servicio público, se asumen como «propias» de la administración, y la incidencia de esta asunción sobre la iniciativa privada, que ve reducido su ámbito material de actuación. Esta preocupación por la relación entre el sector público y el sector privado se impone a la preocupación por garantizar a los ciudadanos unas prestaciones esenciales para la vida en sociedad.

Existen, por tanto, dos formas de aproximarse al concepto de servicio público. Por un lado, está la aproximación que parte de la preocupación

53

SERVICIOS
PÚBLICOS Y
REMUNICIPALI-
ZACIÓNPUBLIC
SERVICES AND
REMUNICIPALI-
ZATION

por los derechos de los ciudadanos en la sociedad y el papel del Estado como garante de los mismos. Desde esta perspectiva, son servicios públicos aquellas actividades indispensables para la realización del desenvolvimiento de la interdependencia social y cuya prestación no garantiza el mercado. Por esta razón, deben ser garantizadas por las diversas administraciones públicas, convirtiéndolas en servicios públicos. Desde otra perspectiva, la de la relación entre iniciativa privada y reserva de sectores al sector público, es servicio público aquella actividad que no puede prestar el mercado, o bien aquella actividad cuya prestación privada plantea algunos fallos del mercado que justifican una intervención pública en su modo de ser prestada, aunque no haga falta su reserva total al sector público.

Desde la perspectiva subjetiva u organizativa, debe también señalarse que el concepto de servicio público no supone en todo caso la exclusión total de la iniciativa privada. Existen servicios públicos que siempre se han prestado en concurrencia con la actividad privada. En estos casos, lo que ocurre es que el Estado garantiza estas prestaciones, que se juzgan esenciales para la vida en común, a todos los ciudadanos, de acuerdo con la reglas propias del servicio público. Esto es, que sean prestaciones asequibles, a las que se accede en régimen de igualdad, y en relación a las cuales se garantiza una prestación de calidad y una prestación continuada en el tiempo. Ejemplo de estos servicios públicos que se prestan sin régimen de monopolio y, por tanto, sin exclusión de la actividad privada son la educación, la sanidad o los servicios sociales.

La normativa comunitaria nos ofrece un buen ejemplo de la distinción a la que acabamos de hacer referencia. Por un lado, se refiere de modo indirecto al servicio público en su sentido objetivo cuando, en el artículo 14 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), afirma que:

[s]in perjuicio del artículo 4 del Tratado de la Unión Europea y de los artículos 93, 106 y 107 del presente Tratado, y a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Unión y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación de los Tratados, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones, en particular económicas y financieras, que les permitan cumplir su cometido. El Parlamento Europeo y el Consejo establecerán dichos principios y condiciones mediante reglamentos, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, sin perjuicio de la competencia que incumbe a los Estados miembros, dentro del respeto a los Tratados, para prestar, encargar y financiar dichos servicios (Unión Europea, 2012).

Esta preocupación por reconocer la existencia de servicios económicos necesarios para la cohesión social, y que por tanto deben ser protegidos y ampliados para legitimar la propia Unión Europea, aparece también en el protocolo número 26 sobre este artículo, en el que se dice que:

[L]os valores comunes de la Unión con respecto a los servicios de interés económico general con arreglo al artículo 14 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea incluyen en particular: —el papel esencial y la amplia capacidad de discreción de las autoridades nacionales, regionales y locales para prestar, encargar y organizar los servicios de interés económico general lo más cercanos posible a las necesidades de los usuarios; —la diversidad de los servicios de interés económico general y la disparidad de las necesidades y preferencias de los usuarios que pueden resultar de las diferentes situaciones geográficas, sociales y culturales; —un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios (Unión Europea, 2012).

Por otro lado, desde una perspectiva distinta, ahora más bien preocupada por garantizar la competencia dentro del mercado único, el derecho comunitario se refiere al servicio público como una actividad de interés general que puede justificar de modo excepcional alterar las reglas propias del mercado. Así, el artículo 106,2 del TFUE establece que:

las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión (Unión Europea, 2012).

Como se ve en este caso, lo que prevalece es la defensa de las normas de la competencia, que solo podrán ser excepcionadas en los casos de prestación de servicios económicos de interés general y si los objetivos de interés general no pueden alcanzarse con el pleno respeto de las reglas de la competencia. Así, en estos casos podrán otorgarse subvenciones o reconocerse regímenes normativos excepcionales para la prestación de estas actividades (por ejemplo, autorizaciones contingentadas).

De esta forma, el derecho comunitario ha elaborado el concepto de servicio económico de interés general para justificar las excepciones al régimen de libre competencia que debe imperar en principio en todas las relaciones económicas dentro de la Unión Europea. Los servicios económicos de interés general no son, por tanto, servicios públicos en el sentido de actividades que se han excluido totalmente de la libre iniciativa económica o actividades que se hayan asumido por el Estado

55

SERVICIOS
PÚBLICOS Y
REMUNICIPALI-
ZACIÓNPUBLIC
SERVICES AND
REMUNICIPALI-
ZATION

como una actividad de responsabilidad propia, esto es, prestaciones que el Estado deba garantizar a todos los ciudadanos de acuerdo con las reglas propias del servicio público. La creación de verdaderos servicios públicos se deja a la decisión de los Estados miembros. Los servicios económicos de interés general son, por tanto, actividades prestacionales sujetas en principio al régimen de la libre iniciativa económica sobre las que, sin embargo, precisamente por estar vinculadas a unos determinados intereses generales, el Estado ejerce algunas formas de intervención que pueden distorsionar las reglas puras del mercado. Así, servicios anteriormente públicos pero que han sido liberalizados, como pueden ser la energía eléctrica, las telecomunicaciones o los correos, pueden permitir intervenciones públicas excepcionales para garantizar los fines de interés general inherentes a estas prestaciones, fines que, a pesar de la liberalización de estas actividades, no han desaparecido y que el mercado no permite satisfacer. De este modo, se pueden imponer obligaciones de servicio público, exigir el acceso a las redes de suministro de determinados servicios a todas las empresas suministradoras, o controlar los precios de estos servicios. A su vez, también se pueden establecer mecanismos de garantía en las relaciones entre las empresas prestadoras de estos servicios y los usuarios de las mismas. Por tanto, no estamos ante un régimen propio de servicio público, pero sí estamos ante un régimen de actividades de interés general sujetas a una fuerte intervención administrativa.

Lo expuesto hasta este momento nos permite formular unas breves consideraciones finales. A nuestro entender, el concepto de servicio público debe basarse en su concepción objetiva. Creemos que la definición de Duguit debe seguir siendo válida. Servicio público es aquella actividad prestacional indispensable para la realización del desenvolvimiento de la interdependencia social que, como tal, debe ser garantizada por las administraciones públicas. Esta garantía no supone que en todo los casos el ejercicio de esta actividad deba ser excluido de la libre iniciativa económica. En algunos supuestos, la garantía de esta prestación, de acuerdo con los principios propios del servicio público, requerirá que los poderes públicos asuman el monopolio de la misma, excluyendo su libre prestación de la iniciativa privada, y permitiendo tan solo, de ser el caso, la prestación privada a través de un título habilitante público. Este puede ser el caso del alumbrado público o la recogida de basura. Sin embargo, otras actividades prestacionales pueden ser garantizadas por las administraciones públicas sin perjuicio de que exista al mismo tiempo una actividad privada que preste este mismo servicio. Es el caso, por ejemplo, de la educación, en donde, junto a una educación pública que debe garantizar a todos los ciudadanos el acceso a la formación básica hasta una determinada edad, existe al mismo tiempo una educación privada para aquellas personas que decidan

acudir a un régimen diverso de formación. Es más, la existencia de esta educación privada está garantizada constitucionalmente (artículo 27,6 de la Constitución Española: «se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales»). Y lo mismo podemos decir de la compatibilidad entre la sanidad pública y la sanidad privada. Por otro lado, son muchas las actividades que en los últimos años han pasado de un régimen de monopolio público y servicio público a un régimen liberalizado. Estas actividades han pasado, de este modo, a prestarse en régimen de concurrencia en el mercado, aunque, como hemos apuntado, el Estado pueda mantener sobre las mismas un fuerte poder regulatorio para garantizar los fines de interés general de estas actividades.

De acuerdo con este marco general de referencia, en la actualidad el régimen jurídico de los servicios públicos plantea tres grandes cuestiones.

- a) Por un lado, determinar qué actividades pueden calificarse como de servicio público o como actividades de interés general, ya que ello permite excluir estas actividades del régimen de mercado o permite excepcionar parcialmente a estas actividades del régimen puro de libre concurrencia. Así, por ejemplo, hay que determinar si los servicios funerarios son o no verdaderos servicios públicos y, por tanto, si son o no posibles empresas privadas dedicadas a esta actividad¹. O bien, determinar si la construcción y explotación de centros deportivos son actividades económicas de interés general que justifiquen la obtención de ayudas públicas (cesión de terrenos, subvenciones), con el fin de que todos los ciudadanos puedan realizar actividades físicas que mejoren su salud y bienestar. Lo mismo puede decirse en relación con otras muchas actividades que pueden calificarse de servicios económicos de interés general y, por tanto, permiten excepciones a las reglas de la competencia o la imposición de obligaciones de servicio público, como serían las obligaciones de servicio público impuestas a las empresas privadas de correos para garantizar la recogida y distribución de correo en todos los municipios². El planteamiento de este problema parte del enfoque de un concepto de servicio público vinculado preferentemente a su relación con el ejercicio de la libre iniciativa económica.

1 El Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre Medidas Urgentes de Carácter Fiscal y de Fomento y Liberalización de la Actividad Económica, liberalizó los servicios funerarios en España, posibilitando que estos pudieran ser prestados por empresas privadas y facultando a los municipios para que pudieran someter a autorización la prestación de estos servicios.

2 Como ejemplo curioso de obligaciones de servicio público, puede mencionarse la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de diciembre de 2015, asunto C-293/14, en la que se califica como servicio económico de interés general la actividad de deshollinador, al vincularla con la policía de incendios. Esta calificación justifica, según el Tribunal, que se establezcan autorizaciones territorializadas, de modo que los deshollinadores solo pueden ejercer su actividad profesional en el territorio autorizado.

b) La segunda cuestión consiste también en determinar qué actividades deben ser calificadas como servicio público, pero ahora desde la perspectiva de la preocupación por determinar qué actividades prestacionales, en la sociedad actual, deben ser garantizadas a todos los ciudadanos en condiciones de asequibilidad, igualdad, calidad y continuidad. Se parte, en este caso, de la concepción objetiva de servicio público. Esta preocupación se ha hecho especialmente presente en la actual época de crisis económica, ya que asistimos a la regresión en la categorización de actividades como servicio público o a la reducción de los contenidos de las prestaciones de servicios públicos. Los principios de estabilidad presupuestaria y reducción de déficit público que se contienen, por ejemplo, en el reformado artículo 135 de la Constitución Española³, han impuesto límites a la creación de nuevos servicios o han reducido las prestaciones. Así, los municipios renuncian a crear servicios públicos de guarderías con el fin de facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral por falta de recursos, y se reducen las prestaciones sanitarias o la calidad del servicio educativo al aumentar el número de alumnos por aula. La cuestión es la siguiente: ¿puede defenderse la irreversibilidad de los servicios ya reconocidos y sus niveles de prestación? ¿Qué servicios deben garantizarse en la

3 «1. Todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria.

2. El Estado y las Comunidades Autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros.

Una ley orgánica fijará el déficit estructural máximo permitido al Estado y a las Comunidades Autónomas, en relación con su producto interior bruto. Las Entidades Locales deberán presentar equilibrio presupuestario.

3. El Estado y las Comunidades Autónomas habrán de estar autorizados por ley para emitir deuda pública o contraer crédito.

Los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de sus presupuestos y su pago gozará de prioridad absoluta. Estos créditos no podrán ser objeto de enmienda o modificación, mientras se ajusten a las condiciones de la ley de emisión.

El volumen de deuda pública del conjunto de las Administraciones Públicas en relación con el producto interior bruto del Estado no podrá superar el valor de referencia establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

4. Los límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública solo podrán superarse en caso de catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado, apreciadas por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados.

5. Una ley orgánica desarrollará los principios a que se refiere este artículo, así como la participación, en los procedimientos respectivos, de los órganos de coordinación institucional entre las Administraciones Públicas en materia de política fiscal y financiera. En todo caso, regulará:

a) La distribución de los límites de déficit y de deuda entre las distintas Administraciones Públicas, los supuestos excepcionales de superación de los mismos y la forma y plazo de corrección de las desviaciones que sobre uno y otro pudieran producirse.

b) La metodología y el procedimiento para el cálculo del déficit estructural.

c) La responsabilidad de cada Administración Pública en caso de incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria.

6. Las Comunidades Autónomas, de acuerdo con sus respectivos Estatutos y dentro de los límites a que se refiere este artículo, adoptarán las disposiciones que procedan para la aplicación efectiva del principio de estabilidad en sus normas y decisiones presupuestarias».

sociedad actual? Así, por ejemplo, ¿deberían las administraciones garantizar a todos los ciudadanos el acceso a internet?

- c) En tercer lugar, asistimos en los últimos años a un nuevo debate centrado ahora no en lo que debe ser o no servicio público, sino en la determinación de cuál es el modo más eficaz y eficiente de prestar los servicios públicos. Tras unos años en los que se optó preferentemente por recurrir a la gestión indirecta de los servicios públicos, buscando fórmulas de colaboración público-privada, y tratando de construir la figura del contratista-colaborador con la administración, en los últimos años asistimos a una creciente defensa de la vuelta a la gestión pública, acusando a la gestión privada de ineficiente. Desde planteamientos políticos de defensa general de lo público frente a lo privado, se insiste ahora no ya en defender los servicios públicos y sus niveles de calidad, sino también en volver a la gestión directa frente a la indirecta. No se trata, pues, de oponerse a la liberalización de servicios, ya que en este nuevo debate estamos en todo caso ante servicios de titularidad pública indiscutida. Ahora lo que se reivindica es recuperar la gestión de los servicios para la administración titular del servicio, poniendo fin a concesiones, conciertos o empresas mixtas. Este nuevo planteamiento se ha denominado «remunicipalización» de servicios. Se trata de un concepto que juzgo erróneo, pues en verdad no se trata de remunicipalizar nada, ya que el servicio es en todo caso un servicio público municipalizado (por ejemplo, el suministro de agua a poblaciones). Ahora lo que se plantea es la «reinternalización», la recuperación para la gestión directa de un servicio que se presta por gestión indirecta. Así, por ejemplo, rescatar la concesión de la gestión del servicio de suministro de agua a poblaciones a favor de una empresa privada, para que el servicio lo pase a prestar directamente el propio municipio. Pues bien, en el presente trabajo vamos a prestar atención a esta tercera cuestión.

II. UN NUEVO VIENTO RECORRE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS LOCALES EN LOS ÚLTIMOS AÑOS: LA REMUNICIPALIZACIÓN

Después de muchos años en los que se fueron ampliando los servicios públicos de carácter local, y se fue imponiendo su gestión indirecta a través de diversas fórmulas de colaboración público-privada, recientemente se va imponiendo la idea de que la gestión de los servicios públicos locales debe volver a manos públicas. En definitiva, esto es lo que significa la nueva palabra de moda, remunicipalización. Con este concepto se trata de dar nombre a la recuperación de la gestión de muchos servicios locales, que se vienen prestando a través de fórmulas de gestión indirecta,

a favor de la gestión directa. Por ello, en puridad es más preciso referirse a esta práctica con el nombre de la «reinternalización» de los servicios públicos locales, pues la modificación del modo de gestión para imponer un modo de gestión directa no supone en ningún caso una nueva municipalización.

La defensa de este nuevo planteamiento, frente al proceso favorable a la externalización de la gestión de los servicios de hasta hace muy pocos años, se sustenta en una ideología que trata de defender lo público frente a lo privado, argumentándose con este fin que el discurso acerca de la mayor eficiencia de la gestión privada es un mito que debe denunciarse. A modo de ejemplo de esta nueva filosofía favorable a la recuperación de la gestión de los servicios en beneficio de la gestión directa pueden citarse, por ejemplo, el informe de la Universidad de Greenwich de 2012, los estudios relativos a la gestión del agua en diversos municipios y países (como Pigeon & otros, 2015) y, de modo particular, la lectura que se ha hecho del Informe del Tribunal de Cuentas de 2011 sobre las condiciones de prestación de los servicios públicos municipales en municipios de población inferior a 20 000 habitantes. También, aunque no se trate de servicios de responsabilidad local, puede mencionarse el debate abierto sobre las formas de gestión de los servicios sanitarios (al respecto, véase Font, 2016).

En el Informe de la Unidad de Investigación Internacional de Servicios Públicos (PSIRU, por sus siglas en inglés) de la Universidad de Greenwich, «Por qué el agua es un servicio público: destapando los mitos de la privatización», de 16 de mayo de 2012, se parte de la afirmación de que desde las instituciones europeas se impulsan procesos de «privatización» de los servicios públicos y, en concreto, del servicio de suministro del agua. Lo cierto es, no obstante, que el concepto de privatización se utiliza en este informe como sinónimo de imposición de medios de gestión indirecta de los servicios públicos, no como devolución de estos servicios a un régimen de mercado, por lo que esta privatización a la que se refiere el informe mantiene el carácter público de los servicios. Por ello, lo que realmente se defiende en el informe es que estos servicios públicos pasen a ser gestionados de forma directa por la administración titular de los mismos.

El informe pretende apoyar las campañas en contra de esta llamada privatización, tratando de demostrar que el sector público presta los servicios de suministro de agua con mayor calidad y menor coste. Este mismo informe vincula su contenido a la declaración del acceso de la ciudadanía al agua y saneamiento como derecho humano que llevó a cabo la Organización de Naciones Unidas (ONU) el año 2010. Por ello, se dice en la Presentación del Informe que los «sindicatos europeos de servicios públicos pondrán en marcha una Iniciativa Ciudadana Europea

59

SERVICIOS
PÚBLICOS Y
REMUNICIPALI-
ZACIÓNPUBLIC
SERVICES AND
REMUNICIPALI-
ZATION

orientada a promover la aplicación de este derecho humano y oponerse a la liberalización de los servicios de agua a nivel de la UE» (p. 2).

El informe se centra en la crítica de la gestión privada «vistos los malos resultados del sector privado, su escasa inversión y precio exagerado» (p. 3). Así, añade que:

«los partidarios de la privatización alegan más eficiencia en el sector privado, y así lo creen muchos. Sin embargo, la evidencia empírica más bien apunta a lo contrario. De hecho, de varios estudios comparativos de la eficacia del sector público y las empresas privadas del agua en un número de países y de una revisión exhaustiva realizada por investigadores universitarios en 2008 se desprende la ausencia de diferencias significativas en el coste y eficiencia de los sectores público y privado. Un estudio pormenorizado británico, el país con la mayor privatización del sector, puso de manifiesto que, 11 años después de la privatización, las empresas privadas del agua habían perdido eficacia con respecto al sector público, a pesar de tener acceso a tecnologías más avanzadas [...] La privatización acarrea costes adicionales de licitación, supervisión y resolución de deficiencias y problemas» (p. 4).

Para concluir, se afirma que «[a] lo largo del folleto se ha intentado dejar constancia de la amarga experiencia que produce la privatización y sus efectos perjudiciales en el precio, la inversión, el rendimiento, la rendición de cuentas y la lucha contra la colusión» (p. 8).

El Informe, también antes citado, *Remunicipalización: el retorno del agua a manos públicas*, publicado por el Transnational Institute de Amsterdam, en marzo de 2015, incluye diversos trabajos en los que se defiende en términos generales la remunicipalización y se estudian las experiencias de diversos municipios (Paris, Dar es Salaam, Buenos Aires). El planteamiento es similar al del anterior informe citado: la privatización ha fracasado y debe volverse a la gestión pública, que ya cuenta con experiencias exitosas. Así, se afirma que en los casos analizados la «entidad remunicipalizada ofreció servicios más equitativos, más transparentes y más eficientes que el proveedor privado que le antecedió, con más calidad en el servicio y mejor sostenibilidad a largo plazo» (Pigeon & otros, 2015, p. 16).

Otro estudio, «La experiencia de los ordenamientos europeos: un retorno a las gestiones públicas/municipales?» (Wallmann, 2013), nos da también datos y valoraciones de interés. Coincidimos con este autor en la afirmación de que el núcleo de la cuestión reside en demostrar qué modo de gestión es el más eficiente. En este sentido, cita un análisis realizado en nombre del Banco Mundial sobre la gestión del agua en muchos países y llega a la conclusión de que no hay ninguna diferencia

estadísticamente significativa entre los proveedores públicos y privados con respecto a su eficiencia económica⁴.

Particular interés tiene el Informe del Tribunal de Cuentas sobre el Sector Público Local del ejercicio 2011. En el apartado del análisis de las condiciones de prestación de los servicios públicos municipales, en municipios de menos de 20 000 habitantes, concluye que la gestión directa de los servicios analizados (como el agua, la recogida de basura y la limpieza viaria) es más eficiente que su externalización. Por el contrario, en otros servicios como el alumbrado público, la gestión indirecta es más eficiente.

Este mismo debate también se lleva a cabo respecto de servicios de titularidad autonómica, como la sanidad pública. A modo de ejemplo, nos remitimos al Informe «La privatización de la asistencia sanitaria en España» de Mariano Sánchez Bayle (2014), crítico con los procesos de gestión indirecta de los servicios sanitarios⁵. Frente a este informe puede mencionarse, con un planteamiento y conclusiones diferentes, el Informe del Instituto para el Desarrollo e Integración de la Sanidad (IDIS), «Sanidad privada. Aportando valor. Análisis de la situación 2014»⁶.

61

SERVICIOS
PÚBLICOS Y
REMUNICIPALI-
ZACIÓNPUBLIC
SERVICES AND
REMUNICIPALI-
ZATION

4 Es de especial interés la reflexión final contenida en este trabajo, en la que se nos dice que, «[e]n la estela de la actual crisis económica y financiera que ha afectado a Europa, se asiste a una fuerte divergencia entre países del sur y del norte de Europa sobre el tema de la remunicipalización. En los países del norte de Europa, por ejemplo en Alemania, los municipios, como las demás autoridades públicas, tienen muchas ventajas, porque pueden conseguir créditos, préstamos o financiación del sistema bancario a una tasa de interés muy baja, casi cercana al cero por ciento. Muchas autoridades locales han aprovechado estas condiciones ventajosas para financiar la remunicipalización de los servicios locales. Por el contrario, en los países del sur de Europa, como en Italia, las autoridades locales no disfrutan de las mismas facilidades financieras. En este sentido, la política de los Gobiernos centrales, como en Italia sugiere la actual spending review del Gobierno Monti, parece orientada a deshacerse del patrimonio público y, en este contexto, incluso a empujar a los entes locales a privatizar, es decir, a vender sus empresas y equipamientos para reducir la deuda pública o municipal» (Wallmann, 2013, p. 78).

5 En este informe se afirma, en su primer apartado que debe dejarse de hablar de externalización para, se dice, hablarse sin eufemismos de privatización. Para el autor del informe, privatizar es transferir una empresa o actividad pública al sector privado y esto es lo que se estaría llevando a cabo bajo diversas formas en el sector sanitario. Pues bien, es cierto que la palabra «privatizar» tiene un contenido político más fuerte que la palabra «externalización», pero discrepo del autor o, cuando menos, creo que debe precisarse el alcance de su afirmación. Cuando se opta por una gestión indirecta de un servicio público no se trasfiere una actividad pública al sector privado, no se trasfiere la responsabilidad y garantía de esta prestación al mercado. Por ello, en este sentido no se privatiza la sanidad como, por ejemplo, se privatizó la prestación del servicio de telefonía. Lo que se hace es que —manteniendo plenamente el carácter de la sanidad como servicio público y, por tanto, las prestaciones propias de este servicio como de responsabilidad pública del Estado garante— se opta, por razón de una pretendida mayor eficacia en la gestión, por externalizar esta prestación a favor de empresas privadas que acceden a la prestación mediante concurso público.

6 En este Informe se afirma que la «sanidad privada es un importante aliada del sistema sanitario público, ya que contribuye a su sostenibilidad y a la consecución de objetivos fundamentales para la sanidad como son la equidad, la accesibilidad y la calidad en la atención sanitaria.» (Instituto para el Desarrollo e Integración de la Sanidad, 2014, p. 4).

III. QUÉ DEBEMOS ENTENDER POR REMUNICIPALIZAR

Una vez expuestos algunos referentes del debate actual sobre los medios de gestión de los servicios públicos, procede volver sobre el concepto con el que abríamos este trabajo: «remunicipalización». ¿De qué estamos exactamente hablando cuando hablamos de remunicipalizar? ¿Qué problemas jurídicos plantea la remunicipalización?

Volvamos al concepto: remunicipalización. En términos estrictos, remunicipalizar supone recuperar la gestión directa de servicios públicos locales que en la actualidad se prestan de forma indirecta. Por lo tanto, remunicipalizar supone la existencia de un servicio local previamente municipalizado. Remunicipalizar no supone, por tanto, crear un nuevo servicio público, ni evitar la privatización —en el sentido de devolver esta actividad a un régimen de mercado— de un determinado servicio público. Al remunicipalizar, tan solo se actúa sobre la forma de gestión de un servicio público que en tanto tal permanece inalterado. No estamos ante un proceso en virtud del cual servicios privatizados vuelvan a ser declarados servicios públicos y, por tanto, se produzca una nueva asunción por parte de la Administración de la garantía de la prestación de un servicio que se había devuelto al mercado. Esta garantía, la condición de la prestación como servicio público, no ha desaparecido. Lo que se modifica es el cómo se lleva a cabo la prestación de un servicio que no ha dejado de ser un servicio público, aunque su gestión se haya encomendado a un sujeto privado.

Para precisar el concepto de remunicipalización, también nos importa diferenciar los conceptos de municipalización y creación de un servicio público. La conversión de una actividad en servicio público supone decidir que esta actividad prestacional debe ser garantizada por la Administración. Esta decisión se establecerá, en principio, en una norma con rango legal. Puede decirse que esto supone la *publicatio* de la actividad. Pero municipalizar es algo distinto. Supone la asunción efectiva de la prestación por la administración obligada a la prestación de este servicio público. Así, podemos decir que la Ley de Bases de Régimen Local (Jefatura del Estado, 1985) en su artículo 26 lleva a cabo la *publicatio* de diversas actividades. Pero, luego, cada ente local debe llevar a cabo la municipalización de este servicio, esto es, el acuerdo de que asume de forma efectiva la garantía de esta prestación, para lo cual podrá optar entre una forma de gestión directa o indirecta. Por tanto, primero se crea el servicio, luego el ente responsable lo municipaliza (asume su prestación efectiva) y, por último, decide como lo presta, si de forma directa o indirecta. Lo que se denomina «remunicipalización» supone actuar tan solo sobre la tercera fase, recuperando la gestión directa de lo que se venía prestando de forma indirecta.

63

SERVICIOS
PÚBLICOS Y
REMUNICIPALI-
ZACIÓNPUBLIC
SERVICES AND
REMUNICIPALI-
ZATION

También hay que recordar que la asunción efectiva de un servicio en régimen de monopolio no supone decidir el régimen de gestión, que podrá ser directa o indirecta. Evidentemente, si se opta por la gestión directa, el régimen de monopolio ya no es solo de titularidad, sino también de gestión. En este caso, se suprime de forma radical la iniciativa privada en relación con la actividad prestacional declarada servicio público. La distinción entre municipalizar una actividad prestacional y decidir la forma de gestión de este servicio público está claramente reconocida en la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2015, recurso de casación 595/2013.

Lo expuesto nos permite concluir lo siguiente. La legislación básica de régimen local, en su artículo 26, al fijar los servicios municipales obligatorios, ha establecido de hecho una garantía competencial. Como ha dicho el Tribunal Constitucional en su sentencia 214/1989 de 21 de diciembre:

el legislador estatal, en el precepto impugnado, no ha hecho sino fijar ese mínimo competencial que, en todo caso, debe corresponder a los municipios en virtud de la propia garantía institucional de que gozan. Este mínimo queda concretado en la competencia para prestar los servicios que enumera el artículo 26 de la ley —provisión cuya constitucionalidad no ha sido cuestionada—, y en la garantía, formulada negativamente, de que no pueden quedar privados de toda intervención en cada una de las materias enumeradas en el apartado 2 del artículo 25.

Fijada la competencia, el ejercicio efectivo de la misma (lo que constituye una obligación en el caso de esta actividad prestacional esencial que son los servicios públicos obligatorios), se somete a un procedimiento específico denominado la «municipalización» del servicio.

Esta diversidad de decisiones (reserva legal de la actividad y decisión de asumir efectivamente la responsabilidad sobre la ejecución de la actividad), está claramente expuesta en la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2000, recurso de casación 6448/1996.

Por último, si resituamos el debate en el planteamiento más general de la relación público-privado, y dentro de este planteamiento se quiere defender la ampliación de lo público en la actividad prestacional de las administraciones públicas, se pueden hacer dos consideraciones:

1. Antes de pensar en remunicipalizar se debe llamar la atención sobre las municipalizaciones aún pendientes respecto de servicios públicos obligatorios que aún se gestionan sobre la base de títulos privados.

2. Cabe plantearse la posibilidad de crear nuevos servicios públicos en concurrencia con la iniciativa privada.

IV. REMUNICIPALIZACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES COMO RECUPERACIÓN ANTICIPADA DE LA GESTIÓN DIRECTA

Una vez precisado el concepto de municipalización y establecida la diferencia respecto a la decisión sobre el modo de gestionar el servicio municipalizado, podemos volver al concepto de remunicipalización. Como venimos diciendo, «remunicipalizar» significa recuperar la gestión directa de servicios públicos ya municipalizados que se están prestando mediante fórmulas de gestión indirecta. De este modo se pretende incrementar lo público frente a lo privado. Pero, en todo caso, para remunicipalizar es necesario que haya existido previamente una municipalización y un acuerdo de gestión indirecta. Esta segunda decisión es la que se quiere modificar. Pasamos a analizar a continuación algunas cuestiones de interés que se suscitan en el momento de imponer, como sistema prioritario para la gestión de los servicios públicos locales municipalizados, las modalidades de gestión directa.

IV.1. ¿Es discrecional la decisión sobre la forma de gestión de los servicios públicos?

La primera cuestión que debe resolverse es si para la toma de la decisión acerca del modo de gestión de un servicio público municipalizado existe algún marco normativo que condicione dicha decisión. Obviamente, toda decisión administrativa debe perseguir el interés general, debe adecuarse a los principios de buena administración y debe tratar de conseguir al mismo tiempo que se cumplan los principios de eficacia y eficiencia. El logro de estos fines deberá tratar de alcanzarse dentro de la tramitación del preceptivo procedimiento administrativo. Además, la decisión deberá motivarse. Sin embargo, más allá de estas reglas generales que se imponen a toda decisión administrativa, lo que nos importa examinar es si esta concreta decisión, la selección del modo de gestión de un servicio público, está vinculada a algún criterio normativo previo.

Desde esta perspectiva, lo primero que debe señalarse es que la normativa comunitaria no establece ningún criterio rector. La directiva 2014/23/UE de 26 de febrero en su artículo 2.1 dispone que:

la presente Directiva reconoce el principio de libertad de administración de las autoridades nacionales, regionales y locales, de conformidad con el Derecho nacional y de la Unión. Dichas autoridades tienen libertad para decidir la mejor forma de gestionar la ejecución de obras

o la prestación de servicios, en particular garantizando un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios en los servicios públicos. Dichas autoridades podrán optar por realizar sus funciones de interés público con recursos propios o en colaboración con otras autoridades o confiarlas a operadores económicos (Unión Europea, 2014).

La resolución del Parlamento Europeo de 8 de septiembre de 2015 sobre el seguimiento de la Iniciativa Ciudadana Europea Right2water, en su número 44, recuerda que la elección del método de gestión del agua se basa en el principio de subsidiariedad (la decisión corresponde a los Estados miembros), pero en los números 44 a 46 introduce algunas consideraciones de interés:

44. Observa que en países de toda la UE, como España, Portugal, Grecia, Irlanda, Alemania e Italia, la posible o efectiva pérdida de la titularidad pública de los servicios de aguas se ha convertido en motivo de gran preocupación para los ciudadanos; recuerda que la elección del método de gestión del agua se basa en el principio de subsidiariedad, tal como se contempla en el artículo 14 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y en el Protocolo (Nº 26) sobre los servicios de interés general, lo que pone de relieve la especial importancia de los servicios públicos para la cohesión social y territorial en la Unión; recuerda que las empresas públicas del sector del abastecimiento de agua y del saneamiento de aguas son servicios de interés general y tienen la misión general de garantizar que se suministre a toda la población agua de alta calidad a precios aceptables socialmente y de reducir al mínimo los efectos de las aguas residuales perjudiciales en el medio ambiente.

La legislación interna, haciendo uso de esta libertad de opción comunitaria, ha impuesto algunos criterios rectores para la toma concreta de la decisión. Así, el artículo 85.2 de la Ley de Bases de Régimen Local, en la redacción dada al mismo por la ley 27/2003 y posteriormente por la ley 27/2013, dispone en la actualidad que:

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

A) Gestión directa:

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

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

B) Gestión indirecta:

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

La forma de gestión por la que se opte deberá tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 9 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, en lo que respecta al ejercicio de funciones que corresponden en exclusiva a funcionarios públicos (Jefatura del Estado, 1985).

Detengámonos un momento en este precepto. En su encabezamiento dispone que «los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación». Por tanto, vincula ya al ente local a tener que buscar la fórmula no solo más eficiente sino también más sostenible, es decir, aquella que responda a los criterios económicos de no incremento de la deuda y posibilidad de gestión con un presupuesto equilibrado. Se apela de esta forma al principio constitucional de eficiencia, introduciendo la necesidad de buscar el equilibrio entre el criterio económico de los costes y el objetivo general de una prestación eficaz de los servicios públicos (artículo 31.2 de la Constitución). Estas razones son las que deben determinar la opción por una fórmula de gestión directa o indirecta, y estas razones deberán quedar acreditadas en el expediente que finalice con la opción por una determinada forma de gestión⁷.

El mismo precepto establece a su vez, más adelante, unos criterios concretos que deben regir la opción entre las diversas formas de gestión

⁷ Esta referencia de la reciente normativa local debe ponerse en conexión con el mandato general establecido en la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Suficiencia Financiera 2/2012 de 27 de abril, en particular con su artículo 7.2: «La gestión de los recursos públicos estará orientada por la eficacia, la eficiencia, la economía y la calidad, a cuyo fin se aplicarán políticas de racionalización del gasto y de mejora de la gestión del sector público» (Jefatura del Estado, 2012).

directa posibles: «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)». No nos interesa ahora entrar en esta cuestión. Lo relevante es que el legislador básico local impone la necesidad de justificar la opción entre gestión directa o indirecta sobre la base de los criterios de eficiencia y sostenibilidad.

Recientemente, el legislador estatal ha vuelto a fijar unos criterios a tener en consideración al momento de adoptar una opción entre las diversas formas de gestión de los servicios públicos, si bien en este caso la norma se refiere a los servicios de titularidad estatal. El artículo 86,2 de la ley 40/2015 establece que:

[...] las entidades integrantes del sector público institucional podrán ser consideradas medios propios y servicios técnicos de los poderes adjudicadores y del resto de entes y sociedades que no tengan la consideración de poder adjudicador cuando cumplan las condiciones y requisitos establecidos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

2. Tendrán la consideración de medio propio y servicio técnico cuando se acredite que, además de disponer de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social, de acuerdo con su norma o acuerdo de creación, se dé alguna de las circunstancias siguientes:

- a) *Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica.*
- b) Resulta necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico.

Formará parte del control de eficacia de los medios propios y servicios técnicos la comprobación de la concurrencia de los mencionados requisitos.

En la denominación de las entidades integrantes del sector público institucional que tengan la condición de medio propio deberá figurar necesariamente la indicación «Medio Propio» o su abreviatura «M.P.».

3. A la propuesta de declaración de medio propio y servicio técnico deberá acompañarse una memoria justificativa que acredite lo dispuesto en el apartado anterior y deberá ser informada por la Intervención General de la Administración del Estado que vaya a declarar el medio propio y servicio técnico» (Jefatura del Estado, 2015; las cursivas son mías).

El legislador estatal reitera, para los servicios de titularidad estatal, por idénticas razones de fondo los criterios antes expuestos en la reforma de la legislación local. Se incide ahora en la relación entre el sector público y privado, dando primacía al sector privado. La opción por la gestión directa —con un medio propio— debe fundarse en una demostración de su mayor eficacia respecto a la contratación con un tercero privado, por lo que parece introducirse una especie de principio de subsidiariedad (sobre este precepto, el artículo 86.2 de la ley 40/2015, véase Font, 2016).

Como ha recordado Martínez Alonso (2014), entre los criterios a considerar en la resolución de la opción entre gestión directa a indirecta hay que consignar el muy relevante de la competencia, tal y como ha recordado la Comisión Nacional de la Competencia (2013). En este informe, dictado con ocasión de la tramitación de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), la Comisión Nacional de la Competencia afirma lo siguiente:

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

prestador. El APL debería favorecer también la competencia «en el mercado», estableciendo que cuando la prestación pueda realizarse eficientemente por varios operadores, esta pluralidad de prestadores debería ser la forma de provisión elegida por la entidad local.

La Autoridad Catalana de la Competencia, en un informe emitido con relación a un proceso de municipalización del servicio de suministro de agua (2015), teniendo ya en cuenta lo establecido en el artículo 85,2 de la LBRL, ha insistido en la necesidad de justificar la opción por la gestión directa y sus ventajas respecto de la gestión indirecta. Dicha institución afirma la preferencia por la competencia en el mercado y por el mercado, frente al monopolio de titularidad y también frente a la gestión directa. Concretamente, afirma que:

[...] atendiendo a los efectos restrictivos de la competencia —de la opción por la gestión directa mediante medio propio— resulta necesario justificar tanto la necesidad como la proporcionalidad de hacer uso de este mecanismo, es decir, debería valorarse en qué medida el mercado presta o puede prestar el servicio objeto del encargo y en qué condiciones (básicamente precio y calidad) lo puede hacer, teniendo que descartar el acudir a la figura del medio propio siempre que sea potencialmente posible obtener el servicio en términos de relación calidad/precio más favorables que las que ofrece el medio propio.

En definitiva, la normativa comunitaria, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, respeta la decisión de las autoridades internas sobre el modo de gestión de los servicios públicos, en su terminología, servicios económicos de interés general. La normativa interna ha introducido recientemente unos límites a la libre decisión del titular del servicio, exigiendo que se acredite que la opción escogida es la más eficiente y sostenible, e imponiendo (en el ámbito estatal) una cierta presunción a favor de las formas de gestión indirecta, ya que la opción por la gestión directa exige una especial fundamentación.

IV.2. Remunicipalizar supone una decisión basada en la voluntad de modificar el régimen de gestión, no la recuperación de la gestión por razones de incumplimiento del contratista

La remunicipalización supone una decisión voluntaria organizativa. Se remunicipaliza cuando el ente titular del servicio entiende que concurren razones que justifican modificar el modo de gestión, pasando de la gestión indirecta a la directa. No se trata, por tanto, de una recuperación de la gestión directa derivada de un incumplimiento del contratista. La causa del cambio en el modo de gestión es una decisión organizativa basada en criterios de eficacia, no un incumplimiento del contratista que obligue

69

SERVICIOS
PÚBLICOS Y
REMUNICIPALI-
ZACIÓNPUBLIC
SERVICES AND
REMUNICIPALI-
ZATION

a la resolución contractual y recuperación de la gestión a favor de la administración (que luego podría volver a encomendar a un tercero).

IV.3. Remunicipalizar al término del período de gestión indirecta, o la remunicipalización impropia tras un proceso de municipalización

Puede entenderse también que la remunicipalización se produce cuando, al término del período establecido para la gestión indirecta, el ente titular decide modificar para el futuro el modo de gestión, asumiendo la gestión directa del servicio municipalizado. En este caso, se evita o reduce el principal obstáculo a la municipalización, los costes derivados de un rescate anticipado de la concesión o forma de gestión indirecta (volveremos sobre este punto). Al término de la gestión indirecta se produce una «ventana de oportunidad (*window of opportunity*)» que el ente titular del servicio puede aprovechar para imponer su nuevo criterio. Deberá justificarse la opción por la gestión indirecta, pero no deberá indemnizarse al ente que presta el servicio por la rescisión anticipada y no culpable del contrato de gestión del servicio público.

Otro supuesto distinto es el que hemos denominado «remunicipalización impropia». En este caso, el ente titular del servicio lo municipaliza, es decir, asume efectivamente la responsabilidad de su gestión y, al mismo tiempo, decide que la prestación se llevará a cabo de forma directa. Ciertamente, no existe una verdadera «remunicipalización», ya que el servicio no se prestaba antes de forma indirecta. Con este término, «remunicipalización impropia», queremos identificar los supuestos en los que de forma sucesiva y continua se produce un doble proceso de reserva al sector público de un servicio. Primero, se asume la prestación efectiva, e inmediatamente se asume la gestión directa. Aquí la idea de remunicipalizar no hace referencia a que se modifica el régimen de gestión, antes indirecto y ahora directo, devolviendo al municipio la forma de gestión, sino que la noción de remunicipalización identifica un proceso en el que se adoptan dos decisiones sucesivas de forma unitaria: primero, la asunción efectiva de un servicio público que, aunque declarado como tal, no se había asumido en su garantía de forma efectiva por el ente local; y, además, la reserva de la prestación del nuevo servicio al propio ente local.

IV.4. Rescate

La «remunicipalización» se identifica propiamente con la práctica del rescate. Según el dictamen 2918/2003 del Consejo de Estado de 27 de noviembre, «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» (en general, sobre la figura del rescate, véase Mestre Delgado, 1992, pp. 262-270).

El rescate está contemplado en el artículo 286.c del Real Decreto Legislativo 3/2011 como una forma de resolución del contrato de gestión de servicios públicos (Ministerio de Economía y Hacienda, 2011). En el ámbito local, el Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de la Generalidad de Cataluña (Departamento de Gobernación de Cataluña, 1995) reconoce que el rescate es una potestad de la administración titular del servicio —artículo 248.e— y, en el artículo 263, afirma que «la entidad local podrá extinguir la concesión antes del vencimiento del plazo estipulado, de manera unilateral, por razón del interés público y mediante la correspondiente indemnización, asumiendo la gestión directa del servicio por sí o por medio de un ente dependiente».

SERVICIOS
PÚBLICOS Y
REMUNICIPALI-
ZACIÓN

PUBLIC
SERVICES AND
REMUNICIPALI-
ZATION

Las notas que caracterizan la figura del rescate son las siguientes: La gestión indirecta del servicio se extingue de forma anticipada, por motivos de oportunidad organizativa, no por razones de incumplimiento del contratista, reunificando en una misma mano la titularidad y la gestión del servicio. Por ello, no es posible rescatar para volver a contratar la gestión del servicio. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1999 afirma lo siguiente:

Así, a través del Acuerdo municipal de 11 de julio de 1988, se produce una novación subjetiva del concesionario, determinante de la resolución del contrato preexistente, que opera como presupuesto o requisito habilitante necesario de una especie de potestad expropiatoria por razones de interés público, sobre la que se legitima la actuación del Jurado de Expropiación, según el artículo 99 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril. Pero la reversión anticipada que supone el rescate exige a la autoridad concedente el cumplimiento de determinados requisitos formales, exigidos en el número 1 del citado artículo 99 y del 52 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, entre otros: el preaviso a los interesados con seis meses de antelación. Y por otra parte, se condiciona la causa de extinción de la concesión a que la Administración concedente gestione directamente el servicio por sí o por medio de un ente público —artículo 79 de la Ley de Contratos del Estado— (las cursivas son mías).

Y añade que:

[...] resulta evidente que dejó sin ejecutar la mentada Sentencia de 6 de abril de 1987, fuera de los cánones establecidos en la Ley Jurisdiccional, privando, en consecuencia, al concesionario que obtuviera —«por la inejecución»— una indemnización por el procedimiento establecido en el artículo 106 de aquella Ley; vulnerándose además el artículo 79 de la

Ley de Contratos del Estado, que solo permite el rescate forzoso cuando la Administración concedente va a gestionar directamente el servicio por sí o por medio de un ente público (las cursivas son mías).

El rescate comporta la indemnización al concesionario en razón de los perjuicios derivados de la extinción anticipada de la concesión. De ahí la naturaleza expropiatoria que se atribuye al rescate. También sobre este punto se manifestó la sentencia antes citada:

El artículo 80, número 10 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, al igual que el artículo 127 del Reglamento de Servicios, artículo 127.1, faculta a las Corporaciones para dejar sin efecto la concesión antes del vencimiento, si lo justificasen las circunstancias sobrevenidas de interés público, mediante resarcimiento de los daños que se causasen, o sin él cuando no procediese; de esta forma se configura lo que podríamos denominar el *rescate forzoso*, como una especie de potestad expropiatoria para las concesiones de servicios públicos, por razones de interés público, expresamente contemplada en el artículo 41 de la Ley de Expropiación Forzosa y sujeta como toda expropiación a una indemnización determinada»

La excepción a la indemnización expropiatoria sería el supuesto del rescate contractual. Remitimos de nuevo a la sentencia ya citada, que opone al rescate forzoso con indemnización expropiatoria el rescate contractual:

[...] el *rescate contractual*, que también opera como causa de extinción de la concesión antes de su expiración normal, en virtud de las cláusulas establecidas en el pliego de condiciones, en cuyo caso la indemnización del concesionario se realiza según las modalidades previstas en el contrato —artículos 232, 233 y 274 del Reglamento General de Contratación, de 25 de noviembre de 1975 [...], y Sentencia de este Tribunal de 25 de septiembre de 1987 (RJ 1987\8253)—.

A este tipo de rescate hace también referencia el artículo 241,h del Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de los Entes Locales (ROAS) (Departamento de Gobernación de Cataluña, 1995).

V. CONCLUSIONES

El debate actual en torno a la mal llamada remunicipalización de los servicios públicos se sustenta en un planteamiento claramente favorable a los modos de gestión públicos frente a los modos de gestión privada. No se trata, pues, de un debate sobre qué actividades deben ser o no servicios públicos, ni de un debate sobre los procesos de liberalización de actividades económicas que se devuelven al mercado para que pasen

a prestarse en régimen de libre concurrencia, sujetas a regulación, pero ya no a un régimen de gestión directa pública o indirecta por concesión, concierto o empresa de economía mixta.

Este debate actual supone un giro radical respecto a los planteamientos imperantes hasta hace pocos años, favorables a la externalización de la actividad prestacional. El criterio imperante hasta hace pocos años era que las administraciones públicas debían actuar como responsables de la garantía de la prestación de los servicios públicos, haciendo realidad los principios de asequibilidad, igualdad, calidad y continuidad, pero debían descargarse de sus cometidos como administraciones prestacionales⁸. Las administraciones debían reducir su carga en aparatos administrativos de dirección y prestación de los servicios públicos, en el cobro a los usuarios (que debían pagar normalmente tarifas y no tasas) y en el gasto en inversiones de infraestructuras. Las administraciones debían adelgazarse en estos temas para ganar musculatura en las tareas de dirección y control de los concesionarios, así como también en la determinación y control de las tarifas.

La situación cambia cuando, dentro de planteamientos generales favorables a lo público, se cuestiona la eficacia del sector privado como gestor y se reivindica la eficacia de la gestión pública. Pues bien, así las cosas, creemos que el debate debería centrarse en argumentos contrastables focalizados en razones de eficacia y eficiencia de los modelos públicos y privados al llevar a cabo la prestación de servicios públicos de contenido económico. Por nuestra parte, hemos expuesto el marco jurídico formal de las diversas opciones. Pero la opción a adoptar, insistimos, deberá fundarse en el análisis de cada caso concreto y en razones económicas que escapen a nuestros conocimientos. En este punto, simplemente una reflexión: si los entes locales se han mostrado ineficientes en el control y dirección de los concesionarios, ¿serán eficientes en la gestión de los servicios públicos?

Por último, hay que recordar que la posibilidad de llevar a cabo una verdadera remunicipalización (recuperación de la gestión directa de un servicio que se está gestionando de forma indirecta) implica serios problemas. Esta remunicipalización requiere un rescate indemnizatorio, justificarse por razones de mayor eficacia y demostrar que no incide, aunque sea solo inicialmente, en un mayor déficit. Además, se

73

SERVICIOS
PÚBLICOS Y
REMUNICIPALI-
ZACIÓNPUBLIC
SERVICES AND
REMUNICIPALI-
ZATION

8 En este sentido, Martínez Alonso afirma que «en la disyuntiva de optar por la gestión directa de los servicios o por una de las modalidades contractuales que caracterizan la indirecta, invariablemente se esgrimen los argumentos del menor coste de estas, la conveniencia de introducir técnicas de gestión privada y adecuadas al mercado y la necesidad de no comprometer un volumen excesivo de recursos públicos. En una coyuntura económica como la de 2013, las propuestas en favor de la gestión indirecta cobran más fuerza todavía y en esta línea cabe citar el ya mencionado inciso incorporado al inicio del artículo 85.2 de la LBRL [Ley de Bases del Régimen Local], en el sentido de que los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas en el mismo (LRSAL 1º, 21)» (2014, p. 606).

enfrentará a los límites que impone la nueva directiva de concesiones para la resolución anticipada de los contratos concesionales. Por ello, creemos que en la práctica tan solo se llevarán a cabo, en su caso, las remunicipalizaciones sucesivas, esto es, aquellas que suponen asumir la gestión directa de servicios que se venían prestando de forma indirecta cuando la concesión se extingue. Y, aun así, habrá que demostrar la mayor eficacia del nuevo modo de gestión teniendo en cuenta todos los elementos a considerar: costes generales, incremento del capítulo primero, problemas de personal, gastos de inversión, gestión de las tasas y su cobro.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Autoridad Catalana de la Competencia (2015). Informe emitido de conformidad con el artículo 97.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el cual se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local. Número de referencia: OB 19/2015 - INF art 97.2 RDL 781/1986 Santa Maria d'Oló.

Comisión Nacional de la Competencia (2013). IPN 88/13. Anteproyecto de Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local. 13 de marzo.

Consejo de Estado. Dictamen 2918/2003 (FOMENTO). Expediente de rescate de concesión otorgada a Hidroeléctrica Española, S.A. en el Puerto de Cartagena (Bahía de Escombreras). 27 de noviembre.

Constitución española (1978).

Departamento de Gobernación de Cataluña (1995). Decreto 179/1995, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de los Entes Locales. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, 2066(23 de junio).

Duguit, Léon (1911). *Traité de droit constitutionnel*. 2 volúmenes. París: Fontemoing.

Font, Tomàs. (2016). Organización y gestión de los servicios de salud. El impacto del derecho europeo. *Revista de Administración Pública*, 199. <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rap.199.08>.

Instituto para el Desarrollo e Integración de la Sanidad (2014). Sanidad privada. Aportando valor. Análisis de la situación 2014.

Jefatura del Estado (1985). Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. *Boletín Oficial del Estado*, 80(3 de abril), 8945-8964. BOE-A-1985-5392.

Jefatura del Estado (1996). Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre Medidas Urgentes de Carácter Fiscal y de Fomento y Liberalización de la Actividad

Económica. *Boletín Oficial del Estado*, 139(8 de junio), 18977-18988. BOE-A-1996-13002.

Jefatura del Estado (2012). Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. *Boletín Oficial del Estado*, 103(30 de abril), 32653-32675. BOE-A-2012-5730.

Jefatura del Estado (2015). Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. *Boletín Oficial del Estado*, 236(2 de octubre), 89411-89530. BOE-A-2015-10566.

Martínez-Alonso, José Luis (2014). El servicio público local. Redimensionamiento y gestión de actividades y servicios públicos. En Juan Antonio Carrillo Donaire & Pilar Navarro Rodríguez (coords.), *La reforma del Régimen Jurídico de la Administración Local*. Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos-La Ley.

Mestre Delgado, Juan Francisco (1992). *La extinción de la concesión de servicio público*. Madrid: La Ley.

Ministerio de Economía y Hacienda (2011). 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. *Boletín Oficial del Estado*, 276(16 de noviembre). BOE-A-2011-17887.

Parlamento Europeo (2015). Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de septiembre de 2015, sobre el seguimiento de la Iniciativa Ciudadana Europea Right2Water (2014/2239(INI)).

Pigeon, Martin & otros (2015). *Remunicipalización: el retorno del agua a manos públicas*. Amsterdam: Transnational Institute.

Sánchez Bayle, Mariano (2014). La privatización de la asistencia sanitaria en España. Documento de trabajo de la Fundación Alternativas (182/2014).

Tribunal Constitucional (1989). Sentencia 214/1989 de 21 de diciembre.

Tribunal de Cuentas. Informe de Fiscalización del Sector Público Local, Ejercicio 2011. Número 1.010.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2015). Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 23 de diciembre. Asunto c-293/14.

Tribunal Supremo (1999). Sentencia de 5 de abril. Recurso de casación 7541/1999.

Tribunal Supremo (2000). Sentencia de 21 de diciembre. Recurso de casación 6448/1996.

Tribunal Supremo (2005). Sentencia de 23 de febrero. Recurso de casación 595/2013.

Unidad de Investigación Internacional de Servicios Públicos de la Universidad de Greenwich (2012). Por qué el agua es un servicio público: destapando los mitos de la privatización. 16 de mayo.

75

SERVICIOS
PÚBLICOS Y
REMUNICIPALI-
ZACIÓNPUBLIC
SERVICES AND
REMUNICIPALI-
ZATION

Unión Europea (2012). Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). 2012/C 326/01.

Unión Europea (2014). Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

Wallmann, Hellmut (2013). La experiencia de los ordenamientos europeos: ¿un retorno a las gestiones públicas/municipales? *Cuadernos de Derecho Local*, 31(2013), 70- 80.

Recibido: 24/02/2016

Aprobado: 05/04/2016