

**EL RÉGIMEN DE CREACIÓN DE LOS SERVICIOS
PUBLICOS LOCALES.**

**EL USO DE LOS MEDIOS PROPIOS EN LA
GESTIÓN DE ESTOS SERVICIOS.**

Santiago Milans del Bosch y Jordán de Urríes

Cicle de Seminaris d'actualizació local Josep María Esquerda 2018

Diputació de Barcelona

16 de febrero de 2018

SUMARIO

I.- INTRODUCCIÓN

II.- LA MUNICIPALIZACIÓN COMO FORMA DE CREACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

III.- EL USO DE LOS MEDIOS PROPIOS EN LA GESTIÓN DE ESTOS SERVICIOS

I.- INTRODUCCIÓN

El próximo 9 de marzo de 2018 entrará en vigor la nueva ley de contratos del sector público -Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP)-, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014- que deroga el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre por el que se aprobó el Texto refundido de la Ley de contratos del sector público, así como cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en la misma.

La LCSP, de carácter básico, tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios

mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa y, como recoge su artículo 3.1, se aplica -ámbito subjetivo-, entre otros integrantes el sector público y en lo que aquí interesa, a la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla y las Entidades que integran la Administración Local; a los Organismos Autónomos, las Universidades Públicas y las autoridades administrativas independientes; a los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refiere la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y la legislación de régimen local; a las sociedades mercantiles a cuyo capital social la participación pública sea superior del 50 por 100, y a las fundaciones públicas.

Es clásica la división de la actividad administrativa material en (i) actividad de ordenación (o de policía), (ii) actividad promocional (o de fomento) y (iii) actividad prestacional (o de servicio público). En esta última, la administración satisface directamente una necesidad pública mediante la prestación de un servicio a los administrados. Estos servicios públicos pueden gestionarse de forma directa o por gestión indirecta (a través de un contrato sometido al régimen jurídico de la LCSP). En la LCSP se transponen las Directivas en esta materia incorporándose las novedades en el ámbito comunitario en la regulación de las concesiones en el sector público, desapareciendo la figura del contrato de gestión de servicio público y surge en su lugar la nueva figura de la *concesión de servicios*, que se añade, dentro de la categoría de concesiones, a la ya existente figura de la concesión de obras¹, estableciéndose unos límites de lo que se ha denominado como la proporción sustancial en la transferencia del riesgo al concesionario, y creándose un nuevo organismo, la Oficina Independiente de Regulación y

¹ Dice así el artículo 15 LCSP: “1. El contrato de concesión de servicios es aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio. 2. El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo anterior”. Por su parte, la Disposición adicional trigésimo cuarta dice: “Las referencias existentes en la legislación vigente al contrato de gestión de servicios públicos se entenderán realizadas tras la entrada en vigor de la presente Ley al contrato de concesión de servicios, en la medida en que se adecuen a lo regulado para dicho contrato en la presente Ley.”

Suspensión de la Contratación dentro de cuya estructura se crea la Oficina Nacional de Evaluación, órgano colegiado independiente cuya principal función es analizar la sostenibilidad financiera de los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios, y cuyo estudio excede del cometido de este trabajo.

También, como novedad, se introduce una nueva regulación del uso de los “medios propios” de la administración (antes denominadas encomiendas de gestión y a partir de ahora “*encargos a medios propios*”). La LCSP aumenta las exigencias que deben cumplir estas entidades con la finalidad principal de evitar adjudicaciones directas que puedan menoscabar el principio de libre competencia².

En esta exposición vamos a tratar de la creación de servicios públicos municipales y de los encargos a medios propios con referencia a la nueva LCSP y su incidencia en la actividad prestacional de servicio público llevada a cabo en el ámbito local por la propia entidad o mediante un gestor contratado, para satisfacer las necesidades de los usuarios (conjunto de personas destinadas a la misma), que objetivamente viene constituida por prestaciones técnicas que reportan utilidades a los que las reciben, que se configura bajo criterios de generalidad e igualdad y en unas condiciones de continuidad y regularidad y, por último, que está declarada por la legislación como servicio público local o asumida como tal por la entidad en el ámbito de sus competencias y de conformidad con el procedimiento administrativo establecido.

² Dice así el artículo 31.1 (“Potestad de auto organización y sistemas de cooperación pública vertical y horizontal”) LCSP: “1. Las entidades pertenecientes al sector público podrán cooperar entre sí de alguna de las siguientes formas, sin que el resultado de esa cooperación pueda calificarse de contractual: a) Mediante sistemas de cooperación vertical consistentes en el uso de medios propios personificados en el sentido y con los límites establecidos en el artículo 32 para los poderes adjudicadores, y en el artículo 33 para los entes del sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador, en el ejercicio de su potestad de auto organización, mediante el oportuno acuerdo de encargo. b) Mediante sistemas de cooperación horizontal entre entidades pertenecientes al sector público, previa celebración de los correspondientes convenios, en las condiciones y con los límites que se establecen en el apartado 1 del artículo 6”.

II.- LA MUNICIPALIZACIÓN COMO FORMA DE CREACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

El servicio público no es solo un conjunto de actividades de naturaleza prestacional realizadas por las entidades públicas, sino que, además, adquiere una concepción legal. Así pues, al hablar de “creación de servicios públicos” es importante tener claro que ello tiene lugar a través de la publicación o *publicatio*, es decir, la *conversión* de una actividad prestacional en servicio público porque se considera, por ministerio de la ley, que la misma debe ser garantizada por la administración, en este caso la administración local. Si la actividad prestacional tiene carácter económico, por ofrecer algún tipo de utilidad neta a sus destinatarios es susceptible de ser prestada por sujetos privados, pero para que se convierta en servicio público local se requiere una declaración expresa de la ley, describiendo qué actividad pasa a ser servicio público local.

Así es como se recoge de forma general en el artículo 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL)³:

1. *“Los Municipios deberán prestar, en todo caso, los servicios siguientes: a) En todos los Municipios: alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, acceso a los núcleos de*

³ El artículo 67 del Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña (TRLRMLCat) dice, en similar sentido que *“Los municipios, independientemente o asociados, tienen que prestar, como mínimo, los servicios siguientes: a) En todos los municipios: Alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza vial, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, acceso a los núcleos de población, pavimentación y conservación de las vías públicas y control de alimentos y bebidas. b) En los municipios con una población superior a los cinco mil habitantes, además: Parque público, biblioteca pública, mercado y tratamiento de residuos. c) En los municipios con una población superior a los veinte mil habitantes, además: Protección civil, prestación de servicios sociales, prevención y extinción de incendios e instalaciones deportivas de uso público. En materia de protección civil, tienen que elaborar los planes básicos de emergencia municipal y los planes de actuación y planes específicos, en el caso de que estén afectados por riesgos especiales o específicos. En materia de servicios sociales, la financiación tiene que incluir los servicios sociales de la población establecidos legalmente como obligatorios. d) En los municipios con una población superior a los treinta mil habitantes, además: El servicio de lectura pública de forma descentralizada, de acuerdo con el mapa de lectura pública. e) En los municipios con una población superior a los cincuenta mil habitantes, además: Transporte colectivo urbano de viajeros y protección del medio, servicio de transporte adaptado que cubra las necesidades de desplazamiento de personas con movilidad reducida. También tienen que prestar este servicio todos los municipios que sean capital de comarca”*.

población y pavimentación de las vías públicas. b) En los Municipios con población superior a 5.000 habitantes, además: parque público, biblioteca pública y tratamiento de residuos. c) En los Municipios con población superior a 20.000 habitantes, además: protección civil, evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social, prevención y extinción de incendios e instalaciones deportivas de uso público. d) En los Municipios con población superior a 50.000 habitantes, además: transporte colectivo urbano de viajeros y medio ambiente urbano.

2. En los municipios con población inferior a 20.000 habitantes será la Diputación provincial o entidad equivalente la que coordinará la prestación de los siguientes servicios: a) Recogida y tratamiento de residuos. b) Abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales. c) Limpieza viaria. d) Acceso a los núcleos de población. e) Pavimentación de vías urbanas. f) Alumbrado público. Para coordinar la citada prestación de servicios la Diputación propondrá, con la conformidad de los municipios afectados, **al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas** la forma de prestación, consistente en la prestación directa por la Diputación o la implantación de fórmulas de gestión compartida a través de consorcios, mancomunidades u otras fórmulas. **Para reducir los costes efectivos de los servicios el mencionado Ministerio decidirá sobre la propuesta formulada que deberá contar con el informe preceptivo de la Comunidad Autónoma si es la Administración que ejerce la tutela financiera⁴.**

Cuando el municipio justifique ante la Diputación que puede prestar estos servicios con un coste efectivo menor que el derivado de la forma de gestión propuesta por la Diputación provincial o entidad equivalente, el municipio podrá asumir la prestación y coordinación de estos servicios si la Diputación lo considera acreditado. Cuando la Diputación o entidad equivalente asuma la prestación de estos servicios repercutirá a los municipios el coste efectivo del servicio en función de su uso. Si estos servicios estuvieran financiados por tasas y asume su prestación la Diputación o entidad equivalente, será a ésta a quien vaya destinada la tasa para la financiación de los servicios.

3. La asistencia de las Diputaciones o entidades equivalentes a los Municipios, prevista en el artículo 36, se dirigirá preferentemente al establecimiento y adecuada prestación de los servicios mínimos”.

⁴ Los incisos destacados están declarados inconstitucionales y nulos por la Sentencia del Tribunal Constitucional 111/2016, de 9 de junio.

El apartado 1 del artículo 85 LBRL define lo que son servicios públicos locales, ligándolos a la “consecución de los fines señalados como de competencia de las Entidades locales” enumeradas en sus artículos 25 y 26⁵. Y conforme al apartado 2, también puede acordarse servicios públicos locales a través de leyes sectoriales, de modo que se lleven a cabo “*publicatios* sectoriales” que podrían *crear* nuevos servicios públicos locales con carácter general.

Junto a estos servicios públicos –“creados por ley” general del régimen local o por leyes sectoriales- cabe situar los que, siguiendo al profesor JOAQUÍN TORNOS, podemos denominar servicios públicos “opcionales”, es decir aquellos que se asumen como tales por decisión del ente municipal, de entre sus competencias, asumiendo la responsabilidad de la prestación de una determinada actividad de interés general y que se considera debe ser prestada a todos los ciudadanos en régimen de servicio público. En este caso, la actividad

⁵El artículo 66 TRLMRLCat dice: “1. El municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover todo tipo de actividades y prestar todos los servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y las aspiraciones de la comunidad de vecinos. 2. Los entes locales tienen competencias en los ámbitos de la participación ciudadana, de la autoorganización, de la identidad y la representación locales, de la sostenibilidad ambiental y la gestión territorial, de la cohesión social, de las infraestructuras de movilidad, de la conectividad, de la tecnología de la información y de la comunicación, de los abastecimientos energéticos y de la gestión de recursos económicos, con el alcance que fijan esta Ley y la legislación sectorial respectiva. 3. El municipio tiene competencias propias en las materias siguientes: a) La seguridad en lugares públicos. b) La ordenación del tráfico de vehículos y de personas en las vías urbanas. c) La protección civil, la prevención y la extinción de incendios. d) La ordenación, la gestión, la ejecución y la disciplina urbanísticas; la promoción y la gestión de viviendas; los parques y los jardines, la pavimentación de vías públicas urbanas y la conservación de caminos y vías rurales. e) El patrimonio histórico-artístico. f) La protección del medio. g) Los abastecimientos, los mataderos, las ferias, los mercados y la defensa de usuarios y de consumidores. h) La protección de la salubridad pública. i) La participación en la gestión de la atención primaria de la salud. j) Los cementerios y los servicios funerarios. k) La prestación de los servicios sociales y la promoción y la reinserción sociales. l) El suministro de agua y el alumbrado público, los servicios de limpieza vial, de recogida y tratamiento de residuos, el alcantarillado y el tratamiento de aguas residuales. m) El transporte público de viajeros. n) Las actividades y las instalaciones culturales y deportivas, la ocupación del ocio, el turismo. o) La participación en la programación de la enseñanza y la cooperación con la administración educativa en la creación, la construcción y el mantenimiento de los centros docentes públicos; la intervención en los órganos de gestión de los centros docentes y la participación en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria. 4. En los ámbitos materiales a que se refiere el apartado 2, las leyes tienen que determinar las competencias de los municipios, en función de: a) Los principios de descentralización, autonomía, subsidiariedad y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos. b) La capacidad de gestión de los municipios, con una consideración especial a su demografía y a los sometidos a régimen municipal especial. c) Las características propias de cada actividad pública. d) El principio de igualdad del ciudadanos en el acceso a los servicios públicos”.

prestacional debería llevarse a cabo sin excluir la actividad privada, ya que para llevar a cabo esta exclusión se requeriría una ley.

Tras la importante reforma que experimentó la LBRL a resultas de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la administración local, se exige en primer lugar que los servicios públicos de competencia local deben gestionarse de la forma más sostenible y eficiente, tanto si se opta por la gestión directa como por la indirecta, lo que, de alguna manera condiciona de forma determinante al ente local al tomar una decisión sobre la creación de servicio público “opcional”, ya que, por razón de tal exigencia, de nuestro ordenamiento jurídico, se está obligando a decantarse por aquella modalidad de gestión que mejor garantice una equilibrada ponderación entre los costes del servicio y su prestación eficaz.

Distinto, pero relacionado con lo expuesto -creación de servicios públicos locales por publicación (*publicatio*) o por decisión del ente local de entre sus competencias-, es la *municipalización* de las actividades prestacionales, es decir, la *asunción* por la entidad local de la prestación de un servicio, una actividad pública de contenido económico, al amparo del artículo 128.2 de la Constitución⁶, en un régimen diverso al de las reglas de mercado. Y es que por tratarse de un servicio público o de actividad económica de interés general.

El artículo 86.2 LBRL dispone que

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

⁶ Dice así el artículo 128 CE: 1. “Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general. 2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general”.

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”.

El procedimiento viene recogido con detalle en el artículo 97 del 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), que dispone que

1. Para el ejercicio de “actividades económicas” por las Entidades locales se requiere: a) Acuerdo inicial de la Corporación, previa designación de una comisión de estudio compuesta por miembros de la misma y por personal técnico. b) Redacción por dicha Comisión de una memoria relativa a los aspectos social, jurídico, técnico y financiero de la actividad económica de que se trate, en la que deberá determinarse la forma de gestión, entre las previstas por la Ley, y los casos en que debe cesar la prestación de la actividad. Asimismo, deberá acompañarse un proyecto de precios del servicio, para cuya fijación se tendrá en cuenta que es lícita la obtención de beneficios aplicable a las necesidades generales de la Entidad local como ingreso de su Presupuesto, sin perjuicio de la constitución de fondos de reserva y amortizaciones. c) Exposición pública de la memoria después de ser tomada en consideración por la Corporación, y por plazo no inferior a treinta días naturales, durante los cuales podrán formular observaciones los particulares y Entidades, y d) Aprobación del proyecto por el Pleno de la Entidad local.

2. Para la ejecución efectiva en régimen de monopolio de las actividades reservadas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, se requerirá el cumplimiento de los trámites previstos en el número anterior referidos a la conveniencia del régimen de monopolio y se recabará informe de la autoridad de competencia correspondiente, si bien el acuerdo a que se refiere su apartado d) deberá ser optado por mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación.

*Recaído acuerdo de la Corporación, se elevará el expediente completo al órgano competente de la Comunidad Autónoma. **El Consejo de Gobierno de ésta deberá resolver sobre su aprobación en el plazo de tres meses***⁷.

Si se solicitase dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo superior del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, donde existiese, no se computará el tiempo invertido en evacuar la consulta”.

Es decir, el ejercicio efectivo en régimen de monopolio de las actividades calificadas como servicio público, lo es sobre las actividades reservadas en el artículo 86.2 LBRL (servicios públicos por mandato legal) y la decisión adoptada supone asumir por el municipio la ejecución del servicio, su prestación efectiva con exclusión de la iniciativa privada. O sea, el monopolio no hace referencia a la forma de gestión sino a la existencia de un servicio público integral, como son los enumerados en el citado artículo 86.2 LBRL.

La posible creación de nuevos servicios públicos locales (los “opcionales”) plantea algunas cuestiones. En primer lugar, esta creación no puede hacerse en monopolio, esto es, excluyendo la iniciativa privada respecto del sector de actividad que se define como servicio público, pues la “reserva” de servicios que comporta el monopolio, excluyendo de este modo la iniciativa privada en el sector reservado, debe adoptarse mediante una ley (artículo 128.2 de la Constitución).

En segundo lugar, no se han de olvidar los límites que hoy existen en la legislación general de régimen local para poder asumir las cargas económicas que se derivan de la asunción de nuevos servicios públicos. Si en los casos de servicios obligatorios la municipalización es un acto debido, en estos otros supuestos la decisión de asumir una prestación en régimen de servicio público debe entenderse sujeta a la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera dentro del principio de “libertad de administración” contemplado en la Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero, en cuyo artículo 2,1 dispone que las autoridades nacionales deben “*decidir la mejor forma de gestionar la ejecución de obras o la prestación de servicios, en particular*

⁷ El texto destacado ha sido declarado inconstitucional y nulo por la Sentencia del Tribunal Constitucional 111/2016, de 9 de junio.

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”.

La legislación interna, haciendo uso de esta libertad de opción comunitaria, ha impuesto algunos criterios rectores para la toma concreta de la decisión siempre bajo los principios de “necesidad, idoneidad y eficiencia”. Así, el artículo 28 (“Necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación”) LCSP dice:

“1. Las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación.

2. Las entidades del sector público velarán por la eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública, favorecerán la agilización de trámites, valorarán la incorporación de consideraciones sociales, medioambientales y de innovación como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública y promoverán la participación de la pequeña y mediana empresa y el acceso sin coste a la información, en los términos previstos en la presente Ley.

3. De acuerdo con los principios de necesidad, idoneidad y eficiencia establecidos en este artículo, las entidades del sector público podrán, previo cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos, celebrar contratos derivados de proyectos promovidos por la iniciativa privada, en particular con respecto a los contratos de concesión de obras y concesión de servicios, incluidos en su modalidad de sociedad de economía mixta. 4. Las entidades del sector público programarán la actividad de contratación pública, que desarrollarán en un ejercicio presupuestario o períodos plurianuales y darán a conocer su plan de contratación anticipadamente mediante un anuncio de

información previa previsto en el artículo 134 que al menos recoja aquellos contratos que quedarán sujetos a una regulación armonizada.!

Por su parte, el artículo 85.2 LBRL, dispone 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 noviembre⁸.

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”.

⁸ Ha de entenderse hecha esta referencia a la nueva Ley de Contratos del Sector Público -Ley 9/2017, de 8 de noviembre-.

Por último, la municipalización no debe confundirse con la "remunicipalización", es decir con la *recuperación* de la gestión de los servicios locales ya existentes, que se vienen prestando a través de fórmulas de gestión indirecta, a favor de la gestión directa (de tal manera que lo que estaba "externalizado" vuelve a ser gestionado por la propia Administración, sin implicar creación de servicios públicos locales). La remunicipalización se conecta, más bien, con la "forma de gestión" de un servicio público, de entre los enumerados en artículo 85 LBRL.

Así, debemos entender como la "remunicipalización" o, siendo más estrictos, "reinternalización" aquella actuación desarrollada por un Ayuntamiento con el fin de "recuperar" la gestión directa de servicios públicos que se vienen prestando de forma indirecta. Remunicipalizar o reinternalizar, pues, supone la existencia de un servicio previamente municipalizado, es decir, que ya tiene el carácter de "público" y que, en consecuencia, ya se presta por el Consistorio aunque de forma indirecta, porque se ha encomendado previamente a una persona física o jurídica, que no sea de derecho público o de capital íntegramente público, la gestión de un servicio de su competencia.

En la remunicipalización, el ente local, una vez considerado el plazo de vencimiento de dicha forma de gestión indirecta aun en vigor -habitualmente una concesión-, valora la conveniencia de esperar a que aquella finalice o decide llevar a cabo un rescate anticipado del servicio, abonando la correspondiente indemnización al concesionario perjudicado por tal decisión⁹. Por ello, el ente local debe analizar con rigor, y siempre bajo los parámetros de sostenibilidad y eficiencia, a los que ya nos hemos referido, la viabilidad de asumir la gestión directa del servicio, puesto que tal reinternalización implicará que, a partir de ese momento, lo centralice y deba ejercitar de forma exclusiva las potestades de dirección y gestión del mismo. Y todo ello sin olvidar que la remunicipalización implicará que los medios personales y materiales del servicio se adscriben y se

⁹ Como con claridad recoge el Dictamen del Consejo de Estado 2918/2003, 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*".

integran en el propio presupuesto del ente local, de acuerdo con el principio de unidad presupuestaria.

Dicha gestión directa “recuperada”, siguiendo con el artículo 85.2 LBRL, se podrá vehicular a través de cuatro posibles figuras: a) la gestión por el propio ente local; b) el Organismo autónomo local; c) la Entidad pública empresarial local; o d) la Sociedad mercantil local, con capital social íntegramente de titularidad pública. Pero siempre teniendo en cuenta que, a partir de las novedades introducidas por la señalada Ley 27/2013, solo podrá hacer uso de las dos últimas con carácter subsidiario, debiendo prevalecer inicialmente la gestión directa realizada por la propia entidad local o a través de un Organismo autónomo local.

La remunicipalización supone, por tanto, una decisión voluntaria organizativa basada en criterios de eficacia, no un incumplimiento del contratista que obligue a la resolución contractual y recuperación de la gestión a favor de la administración.

El Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales (ROAS), de Cataluña, aprobado por Decreto 179/1995, de 13 de junio, recoge en su artículo 263 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”*.

El procedimiento a través del cual debe llevarse a efecto el rescate está regulado de forma detallada en el artículo 265 del ROAS, por lo que merece la pena su transcripción:

“1. El interés público en que se funde el rescate de la concesión tendrá que estar justificado técnica y jurídicamente antes de que el presidente de la corporación ordene el inicio del expediente.

2. De los informes técnicos y jurídicos emitidos se dará traslado al concesionario para que formule las alegaciones que crea conveniente en defensa de sus derechos, en un plazo de quince días.

3. El rescate de la concesión deberá ser aprobado por acuerdo plenario de la corporación, la cual fijará un plazo de ejecutividad no inferior a seis meses e instará al contratista a que formule una valoración de la indemnización que crea que le corresponde percibir.

4. En el mismo acuerdo se nombrará un interventor técnico para que las obras y las instalaciones afectadas pasen a la corporación en las condiciones que señale el pliego de cláusulas o, en su defecto, el acuerdo plenario.

5. Si la corporación aceptare la valoración, se cerrará el expediente por lo que respecta a la indemnización. Si hubiere desacuerdo, el trámite de determinación del justiprecio se seguirá en pieza separada, conforme al procedimiento de expropiación forzosa, no afectando a la ejecutividad del acuerdo de rescate.

6. Una vez ejecutivo el acuerdo de rescate, la Corporación prestará el servicio mediante cualquiera de las fórmulas de gestión directa que prevé la legislación aplicable, sin perjuicio de la posibilidad de suprimirlo”.

Esta remunicipalización mediante rescate indemnizatorio se enfrentará a los límites que impone la nueva Directiva de concesiones para la resolución anticipada de los contratos concesionales, debiéndose acreditar que dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesión y aprobarse por acuerdo susceptible de recurso especial en materia de contratación.

III.- EL USO DE LOS MEDIOS PROPIOS EN LA GESTIÓN DE ESTOS SERVICIOS

Ahora vamos a tratar de la ejecución directa de ciertas prestaciones por la propia Administración, que se configura legalmente como algo distinto a la modalidad de gestión en la prestación de servicios públicos. Las Administraciones y las propias entidades públicas de la Administración acuden con frecuencia a la utilización de entes del sector público, tanto de naturaleza pública como privada, para atender a sus necesidades de suministro de bienes, prestación de servicios o realización de obras.

La LCSP recoge en sus artículos 30, 31 y 32 una prolija, densa y “pesada” regulación de la ejecución directa por la Administración pública con la colaboración de empresarios particulares a través de medios propios no personificados en la ejecución de obras, fabricación de bienes muebles y prestación de servicios, así como los llamados “encargos” a medios propios personificados. Esto último como “sistema de cooperación pública vertical”, al que expresamente se excluye el carácter contractual.

El artículo 32 LCSP regula los encargos a medios propios personificados respetando los famosos “criterios Teckal” o la doctrina del “*in-house providing*”, de la jurisprudencia comunitaria, recogiendo requisitos tales como que la entidad que tenga el carácter de “medio propio” disponga de medios personales y materiales adecuados para cumplir el encargo que se le haga, que haya recabado autorización del poder adjudicador del que dependa, que no tenga participación de una empresa privada y que no pueda realizar libremente en el mercado más de un 20% de su actividad. El agravamiento de los requisitos para poder acudir a los medios propios responde, según la norma, a ese propósito de aumentar la competencia, pero, como se verá más adelante, parece apuntar una idea más profunda, impuesta por las Directivas europeas: la de que la Administración sea residual, secundaria, en la prestación de servicios y realización de actividades, porque estas pertenecen al sector privado.

Antes de la promulgación de la LCSP, el legislador estatal recogía en el artículo 86.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) los criterios a tener en consideración en el momento de adoptar la opción entre las diversas formas de gestionar de los servicios públicos, estableciendo para servicios de titularidad estatal 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) Resulte 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”.

Es decir, el legislador básico estatal, y sólo para los servicios de titularidad estatal, reitera por idénticas razones de fondo los criterios antes expuestos en la reforma de la legislación local de 2013. 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.

La atribución por las Administraciones y entidades públicas de encomiendas de gestión a los denominados “medios propios o servicios técnicos” se excluye, de acuerdo con determinadas condiciones, de la aplicación de las normas que regulan la contratación pública, lo que genera mucha controversia, por cuanto la utilización de la figura del medio propio permite excluir las normas que

garantizan la libre concurrencia, aunque el contratante sea una persona jurídicamente distinta de la Administración o entidad pública adjudicadora. Para evitar la utilización abusiva de esta técnica, la nueva ley de contratos del sector público endurece los requisitos y condiciones aplicables.

El Tribunal de Cuentas, en su informe de fiscalización de las encomiendas de gestión de determinados ministerios, organismos y otras entidades públicas del 2015, fue muy crítico sobre la forma en que se viene aplicando esta “vía de escape” de las normas que rigen la adjudicación de los contratos públicos y llamó la atención, en especial, sobre la parquedad del núcleo regulatorio básico¹⁰.

La LCSP califica estos encargos a medios propios personificados como un sistema de “cooperación pública vertical” de las entidades del sector público, que se añade a las posibilidades de “cooperación pública horizontal entre entidades pertenecientes al sector público, previa celebración de los correspondientes convenios” -art. 31-.

Vamos a referirnos a los encargos a medios propios personificados regulados en el artículo 32 LCSP, que es el supuesto que mayor excepción supone de las reglas que rigen la contratación pública y el que mayor controversia genera, todo ello sin olvidar que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea recaída desde la Sentencia “Teckal” de 1999, antes citada, ha ido estableciendo una serie de requisitos que deben concurrir para que en la contratación pública y por aplicación de la doctrina sobre la contratación *in-house* la licitación no sea obligatoria, aunque el contratante sea una persona jurídicamente distinta del poder adjudicador.

El primer requisito que establece el **artículo 32.2 letra a)** LCSP es el siguiente:

¹⁰ El texto del informe, de 30 de abril del 2015, que fue elevado a las Cortes Generales, en relación con la utilización como medios propios de los organismos públicos, dice así: *“el uso y desarrollo de la encomienda de gestión se ha convertido en un ejemplo paradigmático del uso de medios ajenos, con las correspondientes contraprestaciones económicas que parten del propio sector público, de modo que los ingresos “propios” de muchos organismos en realidad proceden del propio sector público, aunque no del Ministerio u organismo de tutela”*.

“Que el poder adjudicador que pueda conferirle encargos ejerza sobre el ente destinatario de los mismos un control, directo o indirecto, análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades, de manera que el primero pueda ejercer sobre el segundo una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas.

En todo caso se entenderá que el poder adjudicador que puede conferirle encargos ostenta sobre el ente destinatario del mismo un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios o unidades cuando él mismo o bien otro u otros poderes adjudicadores o personas jurídicas controlados del mismo modo por el primero puedan conferirle encargos que sean de ejecución obligatoria para el ente destinatario del encargo por así establecerlo los estatutos o el acto de creación, de manera que exista una unidad de decisión entre ellos, de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el ente que puede realizar el encargo.

La compensación se establecerá por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que depende el medio propio personificado para las actividades objeto de encargo realizadas por el medio propio directamente y, en la forma que reglamentariamente se determine, atendiendo al coste efectivo soportado por el medio propio para las actividades objeto del encargo que se subcontraten con empresarios particulares en los casos en que este coste sea inferior al resultante de aplicar las tarifas a las actividades subcontratadas.

Dichas tarifas se calcularán de manera que representen los costes reales de realización de las unidades producidas directamente por el medio propio”.

Como recoge BLANCA LOZANO, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia critica en especial la indefinición y la ausencia de medios efectivos de control para garantizar que el medio propio no persiga intereses contrarios a los de los entes que le hacen el encargo.

Por otro lado, con respecto a las tarifas que haya de percibir el medio propio en estos casos de regulación conjunta, como señaló la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la LCSP no establece, como debiera, su determinación conjunta por los poderes adjudicadores que realizan el encargo,

sino que se limita a reproducir la regla aplicable a los medios propios dependientes de una sola entidad.

Otro requisito, el segundo, es el recogido en la **letra b) del artículo 32.2 LCSP** que establece:

“Que más del 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que hace el encargo y que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo.

A estos efectos, para calcular el 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se tomarán en consideración el promedio del volumen global de negocios, los gastos soportados por los servicios prestados al poder adjudicador en relación con la totalidad de los gastos en que haya incurrido el medio propio por razón de las prestaciones que haya realizado a cualquier entidad, u otro indicador alternativo de actividad que sea fiable, y todo ello referido a los tres ejercicios anteriores al de formalización del encargo.

Cuando debido a la fecha de creación o de inicio de actividad del poder adjudicador que hace el encargo, o debido a la reorganización de las actividades de este, el volumen global de negocios, u otro indicador alternativo de actividad, de acuerdo con lo establecido en el párrafo anterior, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores a la formalización del encargo o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con justificar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial mediante proyecciones de negocio

El cumplimiento efectivo del requisito establecido en la presente letra deberá quedar reflejado en la Memoria integrante de las Cuentas Anuales del ente destinatario del encargo y, en consecuencia, ser objeto de verificación por el auditor de cuentas en la realización de la auditoría de dichas cuentas anuales de conformidad con la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas.”

Es decir, que la parte esencial de la actividad del medio propio se realice con el ente o entes que lo controlan concretado en un 80% de la actividad. La jurisprudencia comunitaria exige también que el medio propio efectúe “la parte esencial” de su actividad con el ente o los entes controladores.

La LCSP estipula que para el cálculo de este requisito se tomarán los tres ejercicios anteriores a la formalización del encargo y que, para apreciar su concurrencia, se aplicarán determinados indicadores, como el promedio del volumen global de negocios, los gastos soportados por los servicios prestados al poder adjudicador en relación con la totalidad de los gastos en que haya incurrido por razón de todas sus prestaciones *“u otro indicador alternativo de la actividad que sea fiable, y todo ello referido a los tres ejercicios anteriores al de formalización del encargo”*. En el caso de que estos indicadores no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores o hubieran perdido vigencia, será suficiente con demostrar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial, mediante las generalistas proyecciones de negocio y el añadido sistema de control anual *ex post* de su cumplimiento al establecerse la necesidad de que ello se refleje en la memoria integrante de las cuentas anuales del medio propio y de que sea verificado por el auditor de cuentas en la auditoría de cuentas anuales del ente.

El “tercer requisito” viene recogido en la **letra c) del artículo 32.2 LCSP**, que dice así:

“Cuando el ente destinatario del encargo sea un ente de personificación jurídico-privada, además, la totalidad de su capital o patrimonio tendrá que ser de titularidad o aportación pública”.

La LCSP, al exigir que “la totalidad de su capital o patrimonio tendrá que ser de titularidad o aportación pública”, no incorpora la posibilidad, admitida por la Directiva, de que las disposiciones nacionales prevean una participación de capital privado (de acuerdo con determinadas condiciones, que enuncia su articulado. El artículo 31.2 c) LCSP establece un requisito interesante, al hacer referencia a que también las aportaciones (en clara referencia al patrimonio de las fundaciones) sean de carácter exclusivamente público. Esta exigencia de que la aportación fundacional sea totalmente pública impide que las fundaciones constituidas por capital parcialmente privado puedan constituirse como medios

propios, aun cuando en atención a su régimen de control y a otros factores se consideren fundaciones del sector público.

El “cuarto requisito” viene recogido en la **letra d) del artículo 32.2 LCSP**, que dice:

“La condición de medio propio personificado de la entidad destinataria del encargo respecto del concreto poder adjudicador que hace el encargo deberá reconocerse expresamente en sus estatutos o actos de creación, previo cumplimiento de los siguientes requisitos:

1.º Conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio.

2.º Verificación por la entidad pública de que dependa el ente que vaya a ser medio propio, de que cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social”.

Además de los requisitos sustantivos -letras a),b) y c)-, la LCSP mantiene la exigencia formal de que la condición de medio propio de la entidad destinataria del encargo respecto del concreto poder adjudicador que lo realiza esté reconocida expresamente en sus estatutos o actos de creación (nótese, sin embargo, que ya no se habla de norma, sino de acto de creación, con lo que se reconoce implícitamente la posibilidad de creación del ente encomendado por acuerdo de los órganos de gobierno de la Administración de que se trate). Se mantienen también las condiciones que deben hacerse constar en el reconocimiento del medio propio, como son: el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos y la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de aquéllas.

El requisito de la “verificación” viene recogido ya, para el sector público estatal, por el artículo 86 LRJSP, que exige acreditar que la entidad dispone “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”. Con esta exigencia se trata de evitar que el ente instrumental tenga que recurrir en exceso, por carecer de los medios necesarios para llevar a cabo el encargo, a la subcontratación, pudiéndose dar por esta vía situaciones de fraude de la legislación de contratación pública¹¹.

En la LCSP llama la atención que, en contraste con el mayor rigor de los requisitos que impone para el reconocimiento de un medio propio, se permita en el artículo 32.3 extender esta figura a otros supuestos que hasta ahora no estaban previstos y que resultan de difícil comprensión, como son *“los casos en que la persona jurídica controlada, siendo un poder adjudicador, realice un encargo al poder adjudicador que la controla o a otra persona jurídica controlada, directa o indirectamente, por el mismo poder adjudicador, siempre que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica a la que se realice el encargo”*.

Respecto a la publicidad de los encargos a los medios propios ha de recordarse que la Ley 19/2013, de Transparencia, regula en su artículo 8.1 b) la obligación de publicar *“las encomiendas de gestión que se firmen, con indicación de su objeto, presupuesto, duración, obligaciones económicas y las subcontrataciones que se realicen con mención de los adjudicatarios, procedimiento seguido para la adjudicación e importe de la misma”*. Conforme a la LCSP, el medio para llevar a cabo esta publicación es la Plataforma de Contratación.

¹¹ A estos dos requisitos añade la LRJSP, para el ámbito del sector público estatal, el de justificar que recurrir al medio propio: *“a) Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulte sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica. b) Resulte 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”*. La LRJSP exige por tanto motivar con una razón económica o con una razón de interés general el recurrir a esta técnica. La concurrencia de una de estas razones, así como de que el medio propio dispone de medios suficientes e idóneos para efectuar las prestaciones propias de su sector de actividad, se somete por el artículo 86 LRJSP a dos tipos de controles: a) Un control previo, en virtud del cual *“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”*; b) Un control permanente, dado que la ley dispone que la comprobación de la concurrencia de estos requisitos *“formará parte del control de eficacia de los medios de fiscalización de las encomiendas de gestión de determinados ministerios, organismos y otras entidades públicas”*.

El medio propio deberá publicar *“su condición de tal; respecto de qué poderes adjudicadores la ostenta; y los sectores de actividad en los que, estando comprendidos en su objeto social, sería apto para ejecutar las prestaciones que vayan a ser objeto de encargo”*. Y, en cuanto a los encargos que se lleven a cabo a los medios propios, deberán *“ser objeto de formalización en un documento que será publicado en la Plataforma de Contratación correspondiente”*.

Por último, la LCSP introduce en su artículo 44.2 una novedad importante, al incluir entre las actuaciones que pueden ser objeto de recurso especial en materia de contratación cuando se refieran a los tipos de contratos enunciados en su número 1, *“la formalización de encargos a medios propios en los casos en que éstos no cumplan los requisitos legales”*. En estos casos, podrá utilizarse la vía administrativa sumaria del recurso especial en materia de contratación para recurrir los encargos a medios propios y ésta será la vía previa para poder interponer, en su caso, un recurso contencioso-administrativo. Por ello adquiere especial relevancia la obligación expuesta de que se publique la formalización de los encargos en la plataforma de contratación del órgano encomendante.