

12. Servicios Públicos y la iniciativa económica local

Pedro Luis Martínez Pallarés

Letrado-Jefe de la Asesoría Jurídica de la Diputación Provincial de Zaragoza

SUMARIO

1. A modo de introducción. Génesis y evolución del concepto de Servicio Público.
2. La iniciativa económica local tras la Ley 27/2013.
3. Los Servicios Públicos Locales.
4. En particular los servicios reservados: Su posible monopolización.
5. Las formas de gestión de los Servicios Públicos.
6. La gestión indirecta: La incidencia de la nueva LCSP.
7. Breve referencia a los servicios a las personas.
8. Preguntas habituales sobre Servicios Públicos Locales.

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN. GÉNESIS Y EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO

En el derecho español ha sido tradicional la distinción consistente en diferenciar en la entera actividad administrativa en tres tipos: la policía, el fomento y el servicio público. Centraremos nuestra atención en la evolución y delimitación de esta última.

La heterogeneidad de las actividades que gozan y han gozado de tal denominación, tanto desde la perspectiva de su contenido como de las técnicas utilizadas, así como el carácter eminentemente contingente desde un punto de vista histórico de su alcance, han convertido en la actualidad en un lugar común la imposibilidad de establecer una definición global y omnicomprensiva del concepto de servicio público.

Sobre esta realidad ya de por sí versátil, dinámica y plural ha sobrevenido un período tanto de fuerte innovación tecnológica, que ha facilitado a los agentes económicos el acceso a técnicas e infraestructuras antaño desconocidas o de financiación desmedida, como de hegemonía de los principios liberales en el orden económico, que junto con la incorporación a nuestro ordenamiento de los principios e instituciones del derecho comunitario ha introducido mayores dosis de controversia y confusión. A pesar de la dificultad de la tarea, realizaremos una somera aproximación al significado y evolución del concepto «servicio público» desde su inicial formulación en el s. XIX hasta nuestros días.

La gradual pero progresiva e imparable asunción por el estado liberal, supuestamente mero regulador del orden económico y ajeno a su conformación, de la responsabilidad de la prestación tanto de servicios asistenciales como de servicios de contenido económico, consecuencia de los procesos de secularización y desamortización producidos durante el siglo XIX, y del desarrollo técnico debido a la industrialización emergente que necesitan la realización de grandes y novedosas infraestructuras que la iniciativa privada difícilmente podía asumir, obligan a efectuar regulaciones sectoriales, sin vocación generalizadora, que posibilitaban la ampliación de las intervenciones económicas y sociales del Estado. Sobre estas técnicas de organización y gestión sectorialmente concebidas se edificará la construcción de un nuevo edificio jurídico, que legitimará las nuevas funciones del Estado y por ende la posición del Estado respecto de la sociedad.

La denominada teoría clásica del servicio público, desarrollada en Francia en las postrimerías del s. XIX e inicios del s. XX, pretende convertir el servicio público en el elemento definitorio del derecho público, identificándolo con el conjunto de reglas sobre la organización y funcionamiento de aquellos, siendo el servicio público el criterio delimitador de la competencia jurisdiccional del contencioso-administrativo. Con ello se consagra un concepto amplio del servicio público identificado con cualesquiera actuación administrativa. La satisfacción de las necesidades de interés general se identifica con el servicio público y este con el régimen especial administrativo y con su fiscalización judicial.

Esta concepción amplia, omnicomprensiva del conjunto de la acción administrativa y su reconducción a la idea de la satisfacción del interés general, suponía una fuerte imprecisión de su contenido y de las técnicas de actuación que conllevaba. Por ello desde ciertos sectores, se pretende acotar su significado, distinguiendo entre funciones públicas que suponen el ejercicio de potestades dimanantes de la soberanía, imprescindibles para alcanzar los fines esenciales del Estado, que se articulan a través de actuaciones de contenido jurídico, y servicio público que se circunscribe a una actividad material, de prestación a disposición de los particulares, que satisface fines sociales indispensables en un momento determinado.

La primera gran crisis de esta noción primigenia del servicio público se produce con motivo de la acentuación del intervencionismo de los poderes públicos en la actividad económica, de forma que no solo se limitan a asumir como responsabilidad propia la prestación de una serie de actividades materiales a favor del conjunto de la colectividad, asumiendo su titularidad, sometiendo a un régimen jurídico exorbitante del derecho común y gestionándolas mediante concesionario interpuesto, sino que participan directamente en la producción de bienes y servicios, a través de empresas industriales y mercantiles sujetas al derecho privado, mediante lo que se dio en denominar servicios públicos comerciales e industriales. Se rompía con la idea de que el interés general exigía su sometimiento a un régimen jurídico exorbitante, y que el servicio público definía la competencia del juez administrativo. Quebraba la noción clásica de servicio público, pero a diferencia de lo que ocurre en nuestros días, no por retraimiento de la actividad pública, ni por cuestionamiento a la baja del papel a desempeñar por el poder público en la conformación del orden social, sino porque aquella se intensificaba y desbordaba los clásicos cauces de actuación, y este se transformaba reclamando un protagonismo especial en dicha tarea. Se producía de esta forma una crisis dogmática de la institución pero en modo alguno una crisis material de la misma.

Una de las consecuencias más evidentes de la circunstancia de que el servicio público como noción y técnica de actuación se hubiere gestado en el seno del estado liberal, mediante la asunción a su pesar de responsabilidades económico-sociales, es la necesidad de proceder a declarar la publicación de unas actividades que inicialmente estaban entregadas para su satisfacción y provisión a la sociedad. De ahí la importancia de la «publicatio» que en el ámbito continental, fuertemente anclado en la convicción de que el interés general se identifica con el interés público y no con el interés común, va a configurarse como un instrumento de atribución de titularidad de la actividad a favor de la administración y su sustracción de la actividad de los

particulares. Sustracción no indiscriminada, sino únicamente de las prestaciones imprescindibles para el estado liberal burgués, puesto que la publicatio va a suponer, por un lado un título legitimador de la acción del poder público y, por otro un elemento de freno que impida una intervención pública generalizada. Esta técnica, descontextualizada respecto del modelo de estado en el que nace, va a pervivir hasta nuestros días.

El resquebrajamiento de la idea clásica del servicio público como la clave de bóveda de todo el derecho administrativo, no supone la desaparición del concepto de servicio público, ni de la conciencia de la existencia de prestaciones cuya responsabilidad corresponde en todo caso a los poderes públicos, ni el retraimiento de la actuación económica de estos. Al contrario, coincide con la transformación del estado liberal de derecho en un estado social de derecho, con expresa responsabilidad constitucionalmente reconocida en la conformación del orden social mediante una actuación positiva. En el estado social la asunción por los poderes públicos de parcelas sociales de actividad no es tanto un objetivo, sino un presupuesto estructural de forma que predomina una noción abstracta y finalista de servicio público, siendo servicio público lo que afecta a la colectividad y a ella tiene por destinataria.

El tradicional papel desempeñado por el «servicio público» como concepto y técnica habilitadora de la actuación pública va a dejar de tener importancia, para un importante sector doctrinal, puesto que el Estado social por sí mismo atribuye al Estado un título de intervención general y, como consecuencia de ello, proponen su superación. No compartimos esta tesis y consideramos más adecuada aquella que entiende que la Constitución atribuye a la Administración una función servicial de los intereses generales pero no implica título legitimador abstracto de cualquier potestad, sino solo la delimitación de su perfil institucional. La Constitución, en el estado social es una guía finalista de la intervención de los poderes públicos pero no conlleva una atribución directa e incondicionada de potestad y competencia. Otra interpretación supondría desconocer el papel del legislador y el principio de legalidad. La publicatio como técnica de atribución concreta de responsabilidad a favor del poder público va a mantener su operatividad si bien va a relativizar su papel, puesto que no va a suponer la atribución de un régimen de monopolio a favor de la Administración, pero si va a suponer que este asume la garantía de su prestación.

La última crisis del concepto de servicio público se ha planteado en un contexto radicalmente diferente a la anterior, en un marco de retraimiento de la acción de los poderes públicos. En plena crisis del estado social, de reivindicación de la «devolución de poderes» a la sociedad, se plantea tanto la idoneidad del concepto de servicio público, considerando los sectores más ideologizados que el mercado por su propia dinámica proveerá las necesidades sociales, como la adecuación de las técnicas clásicas de servicio público a las nuevas realidades sociales. Desechada mayoritariamente la primera opción, la cuestión radica en definir desde un punto de vista técnico jurídico un concepto de servicio público que permita definir cuales son las prestaciones públicas que deben satisfacerse, cuales son los instrumentos jurídicos necesarios para que se satisfagan, de acuerdo con los clásicos principios caracterizadores del servicio, igualdad, continuidad y regularidad, y cual será el papel a desempeñar por los poderes públicos y los particulares en su prestación.

En la actualidad, en un momento de puesta en valor de principios relacionados con la competitividad, la flexibilidad y la primacía del mercado, que convive con una crisis de las prestaciones públicas destinadas a la satisfacción de las necesidades básicas como consecuencia de su éxito, de forma que hoy no se duda de la extensión de determinadas prestaciones al conjunto de la sociedad sino de la capacidad organizativa y financiera de la administración para satisfacer unas demandas que trascienden la mera universalidad y que exigen calidad y diversificación, la noción de los servicios públicos compartidos o concurrentes proporciona una adecuada cobertura dogmática, para afrontar la nueva crisis del servicio público.

Crisis del servicio público que para ciertos sectores doctrinales, supone una crisis institucional de forma que deviene en una etiqueta que no responde a una realidad objetiva ni a un estatuto jurídico preciso e, incluso y sobre todo, una crisis material de forma que proceden a expedir su acta de defunción, afirmando incluso la expresa incompatibilidad entre libertades públicas y el servicio público. El Tribunal Constitucional español ha rechazado esta última apreciación, considerando que no existe contradicción alguna entre dichos términos, si bien ha condicionado la declaración de una actividad como servicio público a la existencia de justificaciones concretas de interés público debiendo ponderarse debidamente y garantizar los derechos fundamentales sin que puedan utilizarse para imponer a los ciudadanos restricciones innecesarias.

Sobre este panorama incide la aplicación del derecho comunitario que persigue la liberalización de todas las actividades de contenido económico y que solo las regula una vez liberalizadas cuando son declaradas servicios de interés general. Los clásicos servicios públicos con contenido económico son considerados antieconómicos y anticompetitivos, y una vez liberalizados las autoridades los consideran servicios de interés general y por ello los someten a obligaciones específicas de servicio público.

Por nuestra parte, las nuevas circunstancias económicas y sociales, la emergencia de nuevos valores y de una realidad material y tecnológica diferente, así como la constitucionalización de principios, valores y derechos y libertades públicas, junto con la incorporación de nuestro ordenamiento al comunitario con las prioridades que le informan, suponen una clara modulación de los elementos institucionales y de las técnicas clásicas de prestación, asunción exclusiva de la titularidad y gestión directa o indirecta de las mismas, pero no tiene que afectar indefectiblemente a su contenido material. Como ha resaltado SOSA WAGNER.

«Los elementos clásicos del viejo servicio público permanecen: la necesidad innegable de atender a las necesidades de las personas más desfavorecidas o de los territorios más alejados; la intensa presencia de la Administración que es inevitable porque debe vigilar que efectivamente todas las personas se beneficien a precios razonables, que pueden estar cerca de sus posibilidades de la prestación del servicio. El servicio público, ni se crea, ni se destruye, simplemente se transforma».

Por ello nos parece adecuada la definición de servicio público planteada por GIMENO FELIU.

«La calificación de servicio público debe recaer sobre actividades económicas o sociales que sean prestadas de una manera continua y regular por una organización, destinada a aportar una utilidad; y que por ser público, dicha actividad o servicio debe ser gestionado en nombre de la colectividad y ofrecido a la misma. No obstante, debemos continuar y constatar que con esta aproximación se engloban dos distintas concepciones de servicio público: una, por la que la titularidad de esa actividad o servicio recae en una Administración Pública y otra, en la que lo importante es la prestación de la actividad bajo un régimen jurídico exorbitante, sin importar la titularidad»

2. LA INICIATIVA ECONOMICA LOCAL TRAS LA LEY 27/2013

En lógico desarrollo del artículo 128.1 CE el artículo 86.1 LBRL, en la redacción dada por la LRSAL, ratifica la habilitación a favor de los entes locales para ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas condicionándola a la garantía del cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias. Para ello en el expediente acreditativo de la oportunidad y conveniencia de la actividad deberá justificarse que no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal y contendrá un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, así como la rentabilidad y los efectos sobre la concurrencia empresarial. Con esta previsión, que debiera predicarse de todas las Administraciones Públicas y no solo de las locales, bien podría entenderse que se reaviva el viejo principio de subsidiariedad de la actividad económica de la Administración, difícilmente compatible con el dictado del artículo 128.2 CE, o bien por el contrario que se limita a dar concreción al concepto indeterminado de «conveniencia y oportunidad».

Junto a ello debe destacarse la nueva redacción del artículo 25.1 LRBRL que circunscribe la posible realización de actividades por los municipios al ámbito de sus competencias, de forma que la realización de actividades propias de la iniciativa económica local fuera del ámbito de sus competencias propias o atribuidas por delegación, en su caso, se desarrollará en el marco de lo establecido en el artículo 7.3 de la LRBRL.

En todo caso la nueva redacción del artículo 86.1 LBRL, con la expresa derogación del artículo 86.2, dota de específica sustantividad a la iniciativa económica local respecto de los servicios públicos de forma que serán todas aquellas actividades con contenido económico que no se encuentren expresamente atribuidos por una ley a la responsabilidad de la entidad local. Esta iniciativa deberá realizarse en todo caso en régimen de libre competencia, sin ejercicio de prerrogativa alguna, siendo la entidad local un mero agente del mercado correspondiente. En sentido se manifiesta, acertadamente, el artículo 198 RBASO:

«El ejercicio de actividades económicas por las entidades locales, en régimen de concurrencia, podrá tener por objeto cualquier actividad que sea de interés público apreciado por el Pleno de la Corporación y se realizará con respeto de las reglas de la economía de mercado y sin perjuicio de la necesaria coordinación con las políticas económicas de las demás Administraciones Públicas».

Y en ese sentido debe interpretarse el artículo 96 TRRL que parecía posibilitar el ejercicio de la iniciativa económica local excluyendo la concurrencia, circunstancia esta que como observamos no es posible.

Las consecuencias organizativas de esta sustantivización de la iniciativa económica local no es otra que solo podrá realizarse mediante instrumentos de carácter empresarial, de naturaleza mercantil, no pudiendo utilizarse las formas previstas para la gestión directa de los servicios públicos, ni irrogarse una actitud monopolística o de supremacía en el sector. En concreto el artículo 199 del RBASO establece que su ejercicio podrá organizarse por medio de sociedad mercantil de capital público o mixto o por sociedad cooperativa. Por ello el artículo 95.1 TRRL que podía inducir a considerar que las iniciativas económicas podían ser gestionadas mediante cualesquiera modalidad de gestión de servicio público, debe ser interpretada de forma restrictiva, refiriéndola únicamente a las actividades de contenido económico que sean susbumbibles en la categoría de servicio público local, a la que haremos referencia.

El procedimiento para su ejercicio está regulado en los artículos 202 a 204 RBASO, que debidamente adaptado a las nuevas prescripciones de la LRSAL, en esencia dispone lo siguiente:

- a) Tramitación de un procedimiento previo acreditativo de conveniencia y oportunidad. En esencia es el esquema tipo del procedimiento previsto para la creación de los servicios públicos.
- b) Con carácter previo designación de una Comisión de estudio compuesta por miembros de la Corporación y personal técnico encargada de elaborar la memoria justificativa de la oportunidad y conveniencia.
- c) Contenido de la Memoria. Deberá contener además del establecido en el artículo 204 RBASO, un análisis de mercado relativo a la oferta, demanda, rentabilidad y efectos sobre la concurrencia empresarial.
- d) Aprobación inicial de la memoria por el Pleno y publicación en el BOA por plazo no inferior a 1 mes.
- e) Aprobación definitiva por el Pleno por mayoría simple.

3. LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

Frente a la identificación en la esfera estatal del servicio público con aquellas actividades prestacionales cuya titularidad ha sido reservada como propia de la Administración mediante ley, excluyendo con ello la iniciativa de los particulares, ha sido tradicional en el derecho local español la identificación del servicio público, entendido como actividad prestacional de carácter técnico o material de las entidades locales, con la mera atribución de competencia. De forma que se ha entendido que dichas actividades prestacionales tenían la consideración de servicio público si la entidad local actuaba en el ámbito de su competencia. La preceptiva «publicatio» de la actividad se realizaba mediante la atribución de competencia, no mediante la estricta atribución de titularidad y por ende de reserva.

Así parecía desprenderse de la originaria redacción de los artículos 25.1 y 2 y 85.1 de la LRBRL que tras habilitar a los municipios a promover toda clase de actividades y servicios, en el ámbito de sus competencias, y establecer un listado de materias en las que, en todo caso, debieran ejercer competencias, definía los servicios públicos como aquellos tendentes a la consecución de los fines de competencia de las entidades locales. La «publicatio» se produciría con la mera atribución competencial o por el establecimiento de un listado de servicios mínimos obligatorios en el artículo 26.1 de la LRBRL. La reserva de actividades y servicios esenciales a favor de las entidades locales prevista en el artículo 86.3 LBRL, no atribuiría titularidad a favor de las entidades locales, que derivaría del artículo 25.2 o del artículo 26, sino que habilitaría para su realización en régimen de monopolio.

La reforma de la LRBRL realizada mediante la Ley 57/2003, de 26 de noviembre, que al definir los servicios públicos locales eliminó cualquier referencia a los fines, pretendió introducir claridad en el confuso concepto, iniciando un proceso de deslinde del servicio público de la competencia, que tras la LRSAL podemos considerar inconcluso e insuficiente. Frente a la redacción inicial por la que cualquier actividad que tendiera a la consecución de los fines señalados como competencia local tenía la consideración de servicio público, en la redacción actual, se deduce que, circunscrito al ámbito de las competencias locales, los servicios públicos solo son una técnica concreta y específica de actuación administrativa.

Partiendo de una concepción de la categoría del servicio público como *«aquella actividad prestacional de interés general cuya titularidad ha sido asumida por las entidades locales para su prestación de acuerdo con los principios de asequibilidad, igualdad, continuidad y calidad»* (TORNOS MAS), tendrán en todo caso la consideración de servicios públicos locales aquellas actividades cuya titularidad es expresamente atribuida a las entidades locales por los artículos 26 y 86.3 LBRL, sea mediante la obligatoriedad de prestación de una serie de servicios mínimos o mediante la reserva de unas actividades a favor de las entidades locales. Junto a ello, en el marco de lo que disponga la legislación sectorial correspondiente en desarrollo de las materias sobre las que en todo caso el municipio tendrá competencias propias de conformidad con el artículo 25.2 LRBRL o atribuidas por delegación en virtud del artículo 27 de la misma, si concurren circunstancias de interés general que exijan garantizar unas determinadas condiciones de asequibilidad, continuidad y calidad podrán crearse nuevos servicios públicos locales, que en modo alguno podrá excluir la concurrencia empresarial o someter a una especial la reglamentación la posible actividad de los particulares que garantice que la prestación alcanzará a todos los ciudadanos.

En todo caso debe establecerse una «publicatio» de la actividad o servicio que bien conllevará la titularidad de la misma y por ende su reserva a favor de la entidad local, por mor de los mencionados artículos 26.1 y 86.3 LBRL, o bien la atribución de una expresa responsabilidad, en virtud de lo establecido en los artículos 25.2 y 27 LRBRL. En el primer supuesto conllevará la posible exclusión de la libre iniciativa económica privada y en el segundo de realizarse deberá hacerlo siempre en régimen de libre concurrencia.

Para el efectivo establecimiento del servicio público local, en todo caso, será necesario tramitar un procedimiento acreditativo de su oportunidad y conveniencia, incluso en los supuestos de servicios mínimos obligatorios, similar al tramitado para la realización de la iniciativa económica local, tal y como se desprende del artículo 214 del RBASO y de la jurisprudencia del TS. La memoria justificativa que debe elaborar la comisión especial de estudio deberá especificar la forma de gestión del servicio, las tarifas a percibir, el anteproyecto de las obras e instalaciones necesarias para la implantación de la actividad, entre otros extremos.

4. EN PARTICULAR LOS SERVICIOS RESERVADOS: SU POSIBLE MONOPOLIZACIÓN

El artículo 86.3 LRBRL declara la reserva a favor de las entidades locales del abastecimiento domiciliario y depuración de aguas, de la recogida, tratamiento y aprovechamiento de los residuos, del transporte público y del transporte público de viajeros. Asimismo prevé que esa lista pueda verse incrementada por la legislación sectorial que pueda dictarse por el Estado o las Comunidades Autónomas.

Las consecuencias de esta reserva no es otra que la atribución de la titularidad de dichas actividades o servicios a favor de las entidades locales, a través de la denominada «publicatio» estricta, sin que conlleve por si misma la exclusión de la iniciativa privada, por lo que inicialmente podrán prestarse en régimen de concurrencia con los particulares.

Para que dicha exclusión se produzca será necesaria además de la tramitación del correspondiente expediente acreditativo de su oportunidad y conveniencia, con expresa justificación de los motivos que la sustentan y determinación de la forma de gestión del servicio, y del correspondiente acuerdo del Pleno de la entidad local, que de conformidad con el artículo 47.2.k de la LRBRL será adoptado por mayoría absoluta, la aprobación por el órgano competente de la C.A., previa la emisión de informe de la autoridad de competencia correspondiente. En todo caso la resolución del órgano de la CA que, en virtud de la LALA y del RBASO será el Gobierno de Aragón, deberá analizar si concurren los supuestos que justifican el monopolio desde la perspectiva de las competencias autonómicas, se adoptará en el plazo de tres meses, previéndose en el artículo 227 RBASO que una vez transcurrido el mismo sin expreso pronunciamiento se entenderá aprobado por silencio administrativo.

El acuerdo de monopolización del servicio deberá contener la modalidad gestora del mismo, pudiendo realizarse por cualquiera de los modos de gestión de los servicios públicos locales, que a continuación analizaremos. En todo caso los informes emitidos por las distintas autoridades de competencia muestran su preferencia por la gestión indirecta en aras a favorecer un aumento en la eficiencia de la prestación.

Por último se plantea la cuestión de si es posible que servicios en su momento reservados a las entidades locales, como servicios los funerarios y los mercados municipales, y posteriormente liberalizados puedan volver a ser considerados como servicios públicos locales en virtud de la decisión que adopte cada municipio, en virtud del artículo 25.2 LRBRL. Como con acierto afirma TORNOS MAS dado que el legislador ha querido expresamente eliminar un servicio publico y abrir totalmente su explotación al mercado, no es posible que un ente local preste dichos servicios como servicio publico.

5. LAS FORMAS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

La nueva redacción del artículo 85.2 LRBRL condiciona con carácter general las formulas gestoras elegidas a la más sostenible y eficiente entre las previstas y establece limitaciones a la utilización de las modalidades de gestión directa consistente en entidad publica empresarial y sociedad mercantil local de capital íntegramente publico. En este sentido se prevé « *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 mas 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... A estos efectos se recabará informe del interventor local quien valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas...* ». Con ello se condiciona la discrecionalidad de la EL en la elección del modo gestor a la acreditación de su sostenibilidad y eficiencia y dentro de los modos de gestión directa se consideran preferentes las modalidades directas de prestación por la propia entidad o por organismo autónomo.

La memoria justificativa de la modalidad elegida tendrá el siguiente contenido:

- Evaluación de la eficiencia y de la sostenibilidad.
- Informes sobre el coste del servicio, rentabilidad económica y recuperación de la inversión, permitiendo con ello realizar la evaluación anterior.
- Memoria justificativa del asesoramiento recibido.
- Informe del interventor de la entidad local que valore la sostenibilidad financiera y la eficiencia de las propuestas planteadas, en el marco de la normativa de estabilidad presupuestaria. La sostenibilidad se referirá a la capacidad de dar cumplimiento a los compromisos de gastos presentes y futuros, dentro de los límites de deuda pública y déficit que establece la normativa de estabilidad presupuestaria y la legislación europea.

La obligación de utilización del modo gestor mas sostenible y eficiente condiciona asimismo los denominados procesos remunicipalizadores o de reinternalización de prestación de los servicios públicos, de forma que habrá que acreditar, en su caso, que la formula gestora que se pretenda resulta la mas sostenible y eficiente entre las posibles. Circunstancia esta altamente improbable en los supuestos en los que no al no haber finalizado el período de vigencia del contrato se proceda al rescate del servicio.

5.1 Gestión directa

Ha sido habitual en el derecho local español regular los medios instrumentales a través de los que se articula la actividad administrativa desde la perspectiva de los modos de gestión directa de los servicios públicos. La perdida de peso específico del servicio publico como técnica de actuación administrativa, con la consiguiente reducción de su sustantividad, inducirá en el futuro a regular y analizar dichos modos gestores desde la perspectiva del derecho de la organización administrativa, en concreto del sector publico institucional local.

El artículo 85.2, A de la LRBRL enumera los distintos modos de gestión directa, estableciendo una preferencia por la gestión por la propia entidad o mediante organismo autónomo.

a) Gestión por la propia entidad.

Va a poder realizarse por las unidades administrativas integradas en la administración general de la entidad local o mediante la creación de un órgano específico en el seno de la organización de la entidad local, carente de personalidad jurídica propia.

Gestión indiferenciada. Se encuentra regulada en los artículo 85, 2,A, a) LRBRL, artículo 206.2, a) LAL de Aragón y artículos 233 y 234 RBASO.

Podemos destacar como rasgos generales:

La entidad local ejerce todos los poderes de gestión y dirección del servicio a través de sus órganos ordinarios. El Alcalde asume la dirección e impulso de los servicios y, en su caso delega en la Junta de Gobierno Local o en el Teniente de Alcalde.

La entidad local asume el riesgo generado por la gestión.

Desenvolvimiento de su actuación dentro del Presupuesto ordinario de la entidad local y sometimiento a la función interventora ordinaria y al control interno financiero y de eficacia.

Posible designación de Administrador del servicio, entre los funcionarios de la entidad local, sin facultades resolutorias ni de disposición de caudales.

b) Gestión mediante órgano especial de administración sin personificación.

No se encuentra prevista expresamente en la LRBRL, pero se hace referencia a ella en el artículo 206 LALA y 235 a 238 RBASO. La organización especializada está integrada en el seno de la administración general de la entidad local, que asume el riesgo de la explotación del servicio.

Rasgos generales:

—La elección de esta modalidad corresponde al Pleno. El acuerdo de creación deberá regular aspectos orgánicos y de funcionamiento. Los Estatutos deberán ser aprobados siguiendo el régimen de aprobación de las Ordenanzas y Reglamentos.

—Organización supletoria: En ausencia de una organización específica se prevé en el RBASO con carácter supletorio la existencia de un Consejo de Administración y un Gerente.

—Consejo de Administración: Nombrado por el Pleno, no excederá de 5 miembros si el municipio tiene población inferior a 20.000 habitantes, ni de 9 si es superior o se trata de entidades supramunicipales. La mitad de sus miembros serán integrantes de la entidad local y el resto serán personas profesionalmente cualificadas. Ejerce las funciones de gobierno y dirección superior del servicio, sometido las directrices del Pleno.

—Gerente: Existencia potestativa. Designado por Presidente E.L. a propuesta del Consejo de Administración. Su relación con la entidad local estará sometida al derecho laboral, salvo en el supuesto que sea desempeñado por funcionario de la propia entidad local. Se establece como requisito para su desempeño contar con la capacitación profesional adecuada y ejerce las funciones de cumplir los acuerdos del Consejo Administración y la dirección de los servicios. Carece de potestad resolutoria.

—Personal: Laboral o funcionario de la E.L., si bien la nueva redacción del artículo 92.2 LRBRL establece que con carácter general los puestos de trabajo en la administración local serán desempeñados por personal funcionario.

—Presupuesto: Contará con una Sección propia en el Presupuesto E.L., compuesta por tasas y precios públicos y subvenciones y auxilios.

—La Función interventora, control de eficacia y financiero será realizado por la Intervención de la entidad local.

5.2 Organismos Autónomos

Su deficiente regulación positiva se encuentra en los artículos 85, 85 bis, y D.T. 3ª LRBRL, en los artículos 81 a 83 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, en el artículo 208 LALA y en los artículos 239 a 246 RBASO. En concreto la LRBRL realiza una breve regulación sobre una serie de especificidades de los organismos autónomos locales y remite el resto de su normación a la LOFAGE. El problema surge con la derogación de esta Ley llevada a cabo por D. Derogatoria Única de la LRJSP, que ha provocado un vacío normativo a ocupar por las leyes autonómicas o los ROF de las EELL. Solo con carácter supletorio, en defecto de normativa autonómica o local, serán de aplicación los artículos 98 a 102 LRJSP en relación con los organismos públicos, dado que no tienen naturaleza básica.

Tal y como dispone el artículo 3 LRSJP los organismos autónomos forman parte del sector público institucional, y tienen condición de Administración Pública, y al igual que las entidades públicas empresariales y sociedades mercantiles locales son entes instrumentales de la entidad local matriz. Se encuentran encuadradas dentro de la tipología de organismos públicos, caracterizados por las notas de la dependencia y de la instrumentalidad. En todo caso son entidades de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propios, que circunscriben sus actividades y servicios a los de naturaleza administrativa, no susceptibles de contraprestación económica, en especial de fomento, prestacionales, de servicio público u otras de contenido no económico de interés público local. Someten su actuación al derecho público.

Rasgos generales:

—El acuerdo de creación y adscripción a Concejalía, Área o equivalente le corresponde al Pleno de la EL mediante mayoría simple, debiendo tramitarse de conformidad con el artículo 49 LBRL. Salvo que los estatutos prevean una duración determinada del organismo, el acuerdo sobre su extinción corresponderá al Pleno corporativo.

—Los Estatutos deberán regular, entre otros aspectos, los fines; órganos máximos de dirección, e indicación de actos que ponen fin vía administrativa; potestades administrativas; patrimonio y recursos económicos; régimen recursos humanos y contratación; régimen presupuestario, financiero y control eficacia conforme TRLHL.

—Organización: Como órgano de gobierno y dirección existirá un Consejo Rector cuya composición se realiza por los Estatutos. De conformidad con la Disposición Adicional duodécima, de la LRBRL en la redacción dada por la Ley 27/2013, una vez el Pleno de la Corporación Local proceda a su clasificación, en función de una serie de criterios, el número máximo de los miembros de los órganos superiores de gobierno o administración no podrá ser superior a 15, 12 o 9 miembros en según el grupo de clasificación al que correspondan.

El titular del máximo órgano de dirección será un funcionario de carrera o personal laboral de las AAPP o un profesional del sector privado, titulados superiores ambos, y con más de cinco años de ejercicio profesional en el segundo supuesto. En los municipios de gran población tendrá la consideración de órgano directivo. El Secretario lo será el de la entidad local matriz en los municipios no comprendidos en el Título X LRBRL, y el órgano de apoyo al secretario de la Junta de Gobierno Local, sin perjuicio de delegación en otros funcionarios del Ayuntamiento, en los municipios de gran población.

—Hacienda: Los recursos económicos necesarios para su financiación pueden proceder de bienes y valores de su patrimonio, productos y rentas de este, consignaciones previstas en el presupuesto de la E.L., donaciones, legados y otras aportaciones privadas. Así como de tasas, precios públicos y contribuciones especiales o concertación de operaciones de crédito. Deberá elaborarse anualmente un Presupuesto integrado en el Presupuesto general E.L., que no podrá contener aumentos de personal no autorizados por aquella, que integrará como ingresos los propios del organismo, computando las operaciones de crédito y tesorería, aprobadas por la EL, como carga financiera de esta.

—Personal: Podrá ser funcionario, laboral o eventual. La nueva redacción del artículo 92.2 LBRL pretende que con carácter general su personal sea funcionario. Las condiciones retributivas del personal a su servicio se establecerán de acuerdo con las normas aprobadas por Pleno o Junta de Gobierno de la E.L. matriz, debiendo someterse en todo caso a los controles de evolución de gastos de personal y de gestión sobre recursos humanos por parte de los concejales de que dependan.

El artículo 103 bis de la LBRL incluye en la aprobación de la masa salarial del personal laboral del sector público local que deben aprobar cada año las Corporaciones Locales, a los organismos autónomos.

—Patrimonio: Contará con patrimonio propio y con bienes adscritos por parte de la entidad local matriz. Los bienes propios deberán inscribirse en el Registro de la Propiedad a nombre del Organismo Autónomo con indicación de la EL de la que dependan. El Inventario de Bienes y Derechos debe remitirse anualmente a la concejalía de que dependan.

—Contratación: Tienen la consideración como Administración Pública a efectos contractuales, por lo que resulta de aplicación plena la LCSP. En todo caso será necesario la autorización de la concejalía a la que se encuentre adscrito para contratar en cuantías superiores a las fijadas por aquella.

—Las funciones de control interno respecto de su gestión económica, en sus modalidades de función interventora, control financiero, incluida la auditoría de cuentas y función de eficacia se ejercerá con la extensión y efectos que se determina respecto de las entidades locales.

5.3 Entidades Públicas Empresariales

Se encuentran reguladas en el artículo 85.1 y 85 bis LRBRL. Al igual que sucede con los organismos autónomos la LRBRL se limita a establecer una serie de especificidades sobre las entidades públicas empresariales y remite el grueso de su régimen jurídico a lo establecido en la LOFAGE. Tras la aprobación y entrada en vigor de la LRJSP el problema creado consiste en que la Disposición final decimocuarta de esta no otorga carácter básico a los preceptos del Capítulo III del Título II, relativo a los organismos públicos, y su Disposición Derogatoria única deroga íntegramente la LOFAGE, de forma que se produce un claro vacío normativo. Al igual que sucede con los organismos autónomos corresponde colmar el mismo a la legislación autonómica o a los reglamentos de organización de las entidades locales. Supletoriamente podría aplicarse lo establecido en los artículos 103 a 108 LRJSP, previstos para las entidades públicas empresariales dependientes de la AGE.

De conformidad con el artículo 2.2, a) de la Ley 40/2015 son integrantes del sector público institucional, y de conformidad con el artículo 3.3 LRJSP tienen la consideración de Administración Pública. En todo caso son organismos públicos, cuya actividad consiste en parte en el ejercicio de potestades autoritarias y en otra parte en el desempeño de actividades típicamente empresariales. Se les encomienda la realización de actividades pres-tacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación económica. La LRJSP delimita con un mayor grado de detalle la naturaleza jurídica de estas entidades al establecer que se financien mayoritariamente con «ingresos de mercado».

Comparten con los organismos autónomos las notas de dependencia e instrumentalidad de la entidad local matriz.

En relación con su régimen jurídico la regla general es la sumisión al derecho privado, salvo en la formación de la voluntad de sus órganos, el ejercicio de potestades administrativas que tenga atribuidas, régimen presupuestario y contable, y determinadas modulaciones del régimen contractual y patrimonial, que se regirá por el derecho público.

Rasgos generales:

—Creación, modificación y supresión: Corresponde al Pleno que aprueba los Estatutos, previa tramitación de expediente acreditativo de la oportunidad y conveniencia previsto en el artículo 86.1 LRBRL.

—De conformidad con lo establecido en el artículo 82.2, A) LRBRL, solo podrá hacerse uso de esta forma gestora cuando quede acreditado mediante memoria justificativa que resulta más sostenible y eficiente que las formas gestoras directas anteriormente estudiadas. Para ello deberán tenerse en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. En el mencionado expediente acreditativo de la oportunidad y conveniencia de su constitución habrá de justificarse que no conlleva riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal debiendo contener un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial.

Deben ser adscritos a una Concejalía, Área o equivalente, e incluso pueden serlo de un organismo autónomo.

—Los Estatutos deben contener idénticas determinaciones que los de los OOAA, si bien deben especificarse los órganos a los que se atribuye el ejercicio de potestades administrativas.

—Régimen organizativo: Existencia preceptiva de un Consejo de Administración, cuya composición se debe prever en los Estatutos. La secretaría se atribuirá a un funcionario del Grupo A, que ejercerá la fe pública y el asesoramiento legal. Se establecen idénticas previsiones que en los organismos autónomos respecto de los requisitos para el nombramiento del Gerente a las que nos remitimos. En todo caso serán de aplicación las limitaciones respecto al número de sus miembros establecidas en la Disposición Adicional Duodécima de la LRBRL, en la redacción dada por la Ley 27/2003, anteriormente mencionada.

—Personal: Como regla general, se somete al derecho laboral. Si bien es posible la adscripción de personal, laboral o funcionario de la E.L. matriz. El ejercicio de las funciones públicas de autoridad deben ser realizadas por funcionarios, tal y como se deduce de la remisión que el artículo 85 LRBRL realiza al artículo 9 del EBEP. Respecto del régimen retributivo y el control de gasto de personal y gestión de recursos humanos se establecen idénticas previsiones que las realizadas respecto de los OOAA. Asimismo el artículo 103 bis de la LRBRL incluye al personal laboral de las entidades públicas empresariales dentro de la aprobación de la masa salarial del personal laboral del sector público local de cada corporación local.

—Contratación: De conformidad con el artículo 3 de la LCSP, las entidades públicas y los organismos asimilados dependientes de las entidades locales si se financian mayoritariamente con ingresos de mercado no tendrán la consideración de Administraciones Públicas, teniendo la consideración de poder adjudicador. Si a pesar de su denominación no fuese así, tendrán la consideración de Administraciones Públicas. Al igual que en los organismos autónomos será necesaria la autorización de la Concejalía de la que dependan si se superan unos determinados límites.

—Patrimonio: Puede estar integrado por bienes y derechos propios o adscritos por la entidad local matriz. Su régimen será similar al de los organismos autónomos.

—Presupuesto y gestión financiera: Contarán con un presupuesto propio integrado en el general de la E.L. Los Estatutos han de determinar los recursos económicos, régimen presupuestario, económico-financiero, contabilidad, intervención, control financiero a cargo del interventor E.L. No obstante debe recordarse lo dicho con motivo de los OOAA y por ende de la nueva redacción del artículo 213 del TRLHL. Deben financiarse con los ingresos procedentes de sus actividades y productos y rentas de su patrimonio, solo cuando así lo prevean los Estatutos podrán financiarse con cargo a transferencias de los Presupuestos de la E.L.

Aplicación de las reglas de las sociedades mercantiles de capital íntegramente público, en aplicación de la D.T. 2ª de la Ley 57/2003.

5.4. Sociedad mercantil local con capital íntegramente público

Su regulación positiva se encuentra en el artículo 85.2, A) y 85 ter LRBRL.; artículo 209 LAL de Aragón; artículos 247 a 262 RBASO; y en el R.D. Leg. 1/2010, TRLSC., Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, modificado por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre.

Nos encontramos ante sociedades mercantiles, de único o varios socios, que en sus relaciones con terceros actúan con sujeción al derecho privado, pero que internamente son un mero instrumento de la Administración Local matriz que la controla por partida doble: desde una perspectiva jurídico-privada en su calidad de socio y jurídico-pública en cuanto titular del servicio o actividad económica. Someten su actuación íntegramente al derecho privado salvo las materias en las que les sean de aplicación la normativa, presupuestaria, contable, de control financiero, de control eficacia y contratación.

La Ley 57/2003 introdujo la posibilidad de que el capital fuese aportado íntegramente por la entidad local o por un ente público dependiente de ella, como pueden ser OOAA y EPE. La Disposición Final Primera del recientemente derogado TRLCSP posibilitó que su capital social sea titularidad de diversas Administraciones Públicas, incluso de distinto nivel territorial, manteniéndose la mayoría de la E.L. y los fines locales de la sociedad. Por su parte la Disposición Adicional novena de la LRBRL, tras la Ley 23/2013, establece, entre otras previsiones, que los organismos o entidades dependientes de las entidades locales no podrán participar en la constitución ni adquirir nuevos entes de cualquier tipología, poniendo coto con ello a las denominadas sociedades de segundo nivel.

De conformidad con el artículo 85.2 LRBRL deberán adoptar una de las formas societarias previstas en el Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el RDL 1/2010, de 2 de julio, y en la escritura de constitución constará el capital que deberá ser aportado por las Administraciones Públicas o por las entidades del sector público dependientes de las mismas a las que corresponda su titularidad. El RDL 1/2010, TR de la LSC, las clasifica en sociedades de responsabilidad limitada, sociedades anónimas y comanditarias. No cabe la «Sociedad Nueva Empresa» dado que solo podrán ser integradas personas físicas.

La constitución de estas sociedades podrá realizarse mediante fundación por la propia entidad, que podrá ser simultánea, en todo caso en las sociedades de responsabilidad limitada y si la corporación local o ente público de la misma son único socio fundador, o bien sucesiva si la fundan diversas Administraciones Públicas. Asimismo podrá constituirse por adquisición de todas las acciones o participaciones de sociedades preexistentes, ya sean de capital íntegramente privado o de capital mixto.

Con carácter previo a su creación la E.L. deberá tramitar un expediente que acredite la oportunidad y conveniencia del servicio de contenido económico o de la actividad económica, previsto en los artículos 86.1 LRBRL, 205 LALA y 202-205 RBASO, al que ya hemos referenciado, en el que

deberá acreditarse su sostenibilidad y eficiencia respecto del resto de modalidades directas de gestión. Corresponde al Pleno aprobar dichos extremos, así como el acuerdo de constitución de la sociedad mercantil.

La escritura de constitución deberá hacer constar el objeto social, el capital aportado, la forma de designación y funcionamiento de la Junta General y del Consejo de Administración y los estatutos sociales. Deberá inscribirse en el Registro Mercantil en el plazo de dos meses desde su otorgamiento.

Los Estatutos han de contemplar la regulación de la denominación de la sociedad, el objeto social, la duración de la sociedad, el domicilio social, el capital social, y los órganos de administración y funcionamiento de la Junta General.

Las formas societarias a adoptar podrán ser la Sociedad Anónima y la Sociedad Responsabilidad limitada. No será posible utilizar la forma de Sociedad Comanditaria por acciones ya que, en virtud del artículo 1.4 TRLSC uno de los socios deberá responder personalmente de las deudas sociales en su calidad de socio colectivo. La determinación de una u otra fórmula societaria se adoptará en base a criterios como la mayor o menor flexibilidad del régimen jurídico tanto respecto de la configuración de la organización como respecto de los aspectos económicos.

En relación con los órganos sociales, el artículo 85 ter LRBRL supone el establecimiento de unos mínimos requisitos, de forma que se prevé la existencia de una Junta General y de un Consejo de Administración. En consecuencia, los estatutos sociales serán la norma reguladora de cuantos aspectos hagan referencia a la forma de integración y funcionamiento de los órganos sociales. No obstante entiendo que en los supuestos en que la totalidad del capital social sea titularidad de una misma entidad local, será de aplicación las previsiones del RBASO por la que se establece una organización necesaria de la sociedad, integrada por Junta General, Consejo de Administración y Gerente, constituyéndose el Pleno corporativo en Junta General.

El personal al servicio de la sociedad mantendrá con esta una relación de carácter laboral, sometida a la jurisdicción social. La incorporación de funcionarios de la E.L. que vinieren prestando el servicio supone su pase a la situación administrativa de excedencia voluntaria. En todo caso el personal contratado por la sociedad, sometido al derecho laboral, deberá ser seleccionado mediante convocatoria pública basada en los principios de igualdad, mérito y capacidad. El artículo 103.2 LBRL incluye al personal laboral de las sociedades mercantiles locales dentro del acuerdo que sobre masa salarial del personal laboral del sector público local debe aprobar anualmente cada Corporación local.

El capital de la sociedad estará dividido en acciones en las S.A. y en participaciones sociales en las S.L. Ha de estar íntegramente suscrito por la E.L. o ente público dependiente, y según el artículo 248.3 RBASO íntegramente desembolsado en el momento de su constitución, interpretándose por la doctrina que este requisito ha sido eliminado por la LRBRL, siendo de aplicación lo establecido en los artículos 78 y 79 TRLSC, por los que en las S.L. debe ser desembolsado el 100%, en todo caso, y en las S.A. al menos el 25%. No pueden transmitirse las acciones salvo para transformar la sociedad en sociedad de capital parcialmente público.

La aportación puede ser en dinero efectivo, o de bienes o en derechos no dinerarios susceptibles de valoración económica. En este último caso lo habitual es que se realice a título de propiedad, salvo que expresamente se estipule de otro modo. Así pueden constituirse derechos reales administrativos y derechos concesionales de aprovechamiento sobre bienes de dominio público previa valoración conforme al artículo 67 TRLSC, o aportarse bienes patrimoniales de la E.L., previa valoración conforme a la legislación mercantil, siendo directa en todo caso dicha aportación. (Artículo 112 RBASO). En ningún supuesto pueden aportarse bienes de dominio público, siendo solo posible su adscripción para el cumplimiento de los fines de la sociedad, conservando su calificación jurídica, reteniendo la E.L. la titularidad y adquiriendo la sociedad solo facultades de uso y obligaciones de conservación y mantenimiento. SOSA WAGNER considera que el uso exclusivo de los bienes demaniales pueden ser considerados como aportaciones al capital social, trayendo a colación lo establecido en el artículo 214.2 del RSC y en la legislación mercantil.

Contratación: Tras la LCSP, las sociedades mercantiles locales podrán ser consideradas como poderes adjudicadores que no tienen la consideración de Administraciones Públicas, tal como establece el artículo 3.3, d) o como organismo, ente, o entidad del sector público que no tiene la consideración de Administración Pública ni de poder adjudicador, en función del cumplimiento o no de los requisitos establecidos en el artículo 3.3,d) LCSP.

La E.L. matriz o ente público dependiente de ella, titular del accionariado, puede utilizar la sociedad como medio propio, a través de los denominados encargos de ejecución (Art. 259 RBASO), siempre y cuando cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 32 LCSP.

Gestión económica: Los estados de previsión de ingresos y de gastos se integran en el presupuesto general de la E.L., y se elaborará anualmente un Programa de Actuaciones, Inversiones y financiación que se aprueba junto aquel constituyendo un anexo del mismo. Los administradores deben formular las cuentas en el plazo máximo de tres meses a contar desde el cierre del ejercicio social. Los auditores disponen de un mes para presentar su informe anual y deben ser aprobados conjuntamente por la Junta General dentro de los seis meses siguientes. Deben rendirse cuentas al Pleno de la E.L. en el mes de mayo siguiente al cierre del ejercicio económico.

El artículo 213 del TRLHL, tras la Ley 27/2003 y la LRSAL, establece que «se ejercerán en las entidades locales con la extensión y efectos que se determina en los artículos siguientes las funciones de control interno respecto de su gestión económica, de los organismos autónomos, y de las sociedades mercantiles de ellas dependientes, en sus modalidades de función interventora, función de control financiero, incluida la auditoría de cuentas de las entidades locales que se determine reglamentariamente, y función de control de eficacia... Los órganos interventores de las entidades locales remitirán con carácter anual a la IGAE un informe resumen de los resultados de los citados controles realizados en cada ejercicio».

Con carácter general no pueden recibir de la E.L. compensaciones económicas, salvo que se les imponga obligaciones de servicio público que supongan desventaja respecto de las demás empresas del sector.

Disolución: El RBASO establece las causas de disolución, remitiéndose a las establecidas en la legislación mercantil, como puede ser el transcurso del plazo de duración si se preveía en los Estatutos, la terminación del objeto de la sociedad, la imposibilidad material de realizar el objeto social, junto con la específica de la supresión del servicio. En los casos de pérdidas que excedan de la mitad del capital social la Junta General en el plazo de dos meses desde que conozca la situación adoptará las medidas oportunas, lo que supone la convergencia con la normativa mercantil, que no prevé la disolución automática, sino que posibilita evitarla mediante el reintegro de ese patrimonio o la reducción de capital.

6. LA GESTIÓN INDIRECTA: LA INCIDENCIA DE LA NUEVA LCSP

La nueva LCSP, Ley 9/2017, de 8 de noviembre, supone la supresión del denominado contrato de gestión de servicios públicos y de las modalidades que conllevaba. Podemos afirmar que formas contractuales de gestión indirecta, absolutamente consolidadas en nuestro ordenamiento jurídico, particularmente el local, tales como la concesión, la gestión interesada, el concierto y la sociedad de economía mixta, carecen de cobertura en nuestro ordenamiento jurídico. Con ello el legislador ha optado por la solución más traumática de las posibles con la supuesta pretensión de dar adecuada transposición de las Directivas 2014/23/UE y 24/2914/UE.

En este sentido la Disposición Derogatoria de la Ley resulta de plena aplicación en relación con las clásicas fórmulas contractuales de gestión de los servicios públicos. Supone la derogación de los artículos 180 (concierto), 181 (gestión interesada) y 183 (sociedad de economía mixta) del R.D. 1098/2001, RGLCAP, y en el ámbito local la derogación del artículo 85.2, B de la LBRL, de forma que la denominada gestión indirecta no puede remitir a «las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos», tal y como se efectuaba en el mismo. Asimismo debemos entender derogado el artículo 104 y 105 TRRL, relativo a las sociedades de economía mixta, y los preceptos del Reglamento de Servicios de las Entidades Locales, supervivientes a las sucesivas reformas, que regulen dichas fórmulas gestoras indirectas/contractuales.

Por último, en relación con la incidencia «explosiva» que la nueva LCSP tiene sobre la materia, resta resaltar que los artículos de la Ley Aragonesa de Administración Local y del Reglamento de Bienes, Obras y Servicios de las Entidades Locales de Aragón que regulan dichas formulas gestoras contravienen directamente la nueva regulación básica contractual.

No obstante a nuestro entender todo ello no conlleva la desaparición de nuestro ordenamiento jurídico de la categoría y de las técnicas propias del servicio público, como forma de actividad de la Administración. Como con acierto afirma MARTÍNEZ ALONSO CAMPS las actividades desarrolladas por una entidad publica local para satisfacer necesidades a los usuarios «*caracterizada, objetivamente, por venir constituida por prestaciones técnicas, configurada bajo criterios de generalidad e igualdad y en unas condiciones de continuidad y regularidad, y declarada por la legislación como servicio publico local o asumida por tal por la entidad en el ámbito de sus competencias*», permanecen. La LCSP reestructura, desde la perspectiva contractual, las formas de gestión indirecta de los mismos.

La gestión indirecta de los servicios públicos va a realizarse a través de la denominada concesión de servicios o del contrato de servicios en función de si efectúa o no la transferencia del denominado riesgo operacional al contratista, tal y como se desprende de la lectura conjunta de los artículos 15 y 17 LCSP.

La concesión de servicios, consistente en la encomienda a título oneroso a una o varias personas de la gestión de un servicio cuya gestión sea de titularidad o competencia de uno o varios poderes adjudicadores y cuya contraprestación consista bien en el derecho a explotar los servicios o bien en dicho derecho acompañado del percibir un precio, acoge dos objetos contractuales distintos, servicios públicos avalados por su correspondiente *publicatio* y actividades de servicio no publico. En ambos casos los principios que tradicionalmente han regido para los servicios públicos, tales como generalidad, igualdad, continuidad y regularidad, se trasladan al régimen jurídico de la concesión con la panoplia de prerrogativas que tradicionalmente ha conllevado, vinculando a la concesión de servicios, cuando esta versa sobre un servicio publico, el ejercicio de los poderes de policía y el posible secuestro o intervención del mismo. Si bien la LCSP no lo vincula expresamente a las concesiones de servicios que recaigan sobre servicios públicos entiendo que le resultan de aplicación las tradicionales prerrogativas de mantenimiento del equilibrio económico, la supresión del servicio por razones de interés publico y la inembargabilidad de los bienes afectos a la concesión, previstas con carácter general.

El plazo de duración de las concesiones de servicios no podrá exceder de 40 años si comprenden ejecución de obras y explotación de servicio; 25 años si tienen por objeto explotación de un servicio no sanitario; 10 años si comprenden solo la explotación de servicios sanitarios. Se prevé una posible ampliación en un 15% de su duración inicial en los supuestos restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

Por último, la D.A. vigésimo segunda de la LCSP prevé la posibilidad de adjudicación directa de contratos de concesión de servicios a sociedades de economía mixta siempre y cuando la elección del socio privado se haya llevado a cabo de acuerdo con lo establecido por la Ley para la adjudicación del contrato que se pretende. Si bien con ello no se recoge una definición de sociedad de economía mixta, puesto que la perspectiva adoptada por el legislador es meramente procedimental, de la nueva regulación se pueden deducir algunas novedades tales como que podrán ser creadas por cualquier ente del sector publico local, no solo por Administraciones y entidades publicas, y que para poder acogerse a esta posibilidad de adjudicación directa la aportación del capital publico ha de ser mayoritaria, lo que de facto convierte a las sociedades mixtas con participación pública minoritaria en inviables.

En los restantes supuestos en los que no se produzca la transferencia del riesgo operacional la gestión indirecta del servicio publico y de todas las prestaciones consistentes en el desarrollo de una actividad dirigida a la obtención de un resultado distinto de una obra o de un suministro se realizará a través del contrato de servicios. El artículo 312 LCSP prevé una específica regulación de lo que de forma un tanto elíptica denomina «*contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía*», que pretende normar tanto los servicios públicos cuya gestión no trasladen el riesgo operacional al contratista como los servicios no públicos cuyo objeto consista en prestaciones a los ciudadanos en los que igualmente dicho riesgo no se traslade, de forma que en la regulación ordinaria de los contratos de servicios incrusta la panoplia de previsiones y prerrogativas tradicionalmente vinculadas al contrato de gestión de servicios públicos, tales como el establecimiento del régimen jurídico, la continuidad de la prestación, la inembargabilidad de los bienes, el posible secuestro o rescate y el poder de policía. Con independencia del acierto del legislador sobre la generalización de dichas prerrogativas a todos los servicios que conlleven prestaciones directas a los ciudadanos, es evidente que resultan de aplicación en los casos en que dichos servicios tengan la consideración de servicios públicos.

En todo caso el plazo de duración de los contratos de servicios, con independencia de quien sea su destinatario, tendrán un plazo máximo de duración de cinco años, incluidas prórrogas, si bien es posible un plazo superior cuando lo exija el período de recuperación de las inversiones relacionadas con el contrato que no sean susceptibles de utilización en el resto de la actividad productiva del contratista, siempre que sean un coste relevante en la prestación del servicio.

7. BREVE REFERENCIA A LOS SERVICIOS A LAS PERSONAS

Todo lo expuesto hace referencia a las actividades y servicios de las entidades locales de contenido económico, por lo que su regulación se encuentra informada por la búsqueda de un adecuado equilibrio entre la libertad de empresa del artículo 38 CE y el reconocimiento de la iniciativa publica en la actividad económica realizado en el artículo 128. CE. Junto a ellos las entidades locales prestan en el ámbito de sus competencias servicios en los que prima, no su contenido económico, sino el logro de la cohesión social, los denominados servicios públicos personales o de solidaridad, que salvo excepciones no se rigen por el principio de sometimiento a las reglas de la competencia. En la terminología comunitaria se trataría de servicios no económicos de interes general, que la Directiva 2014/27UE excluye del ámbito de aplicación de la normativa contractual.

Estos servicios, sanitarios, educativos y esencialmente en el ámbito local sociales, se desarrollan siempre en régimen de libre concurrencia, de forma que su prestación no puede excluir la realizada por los particulares. Se prestarán en el ámbito de las competencias locales, debiendo tramitarse en todo caso un expediente justificativo de su oportunidad y conveniencia, dado que los artículos 205 y 214 del RBASO no discriminan entre servicios de contenido económico y servicios personales, y su prestación podrá realizarse bien a través de los modos de gestión directa o indirecta analizados, o mediante la denominada acción concertada con entidades publicas o privadas sin animo de lucro.

En este ultimo supuesto resultará de aplicación la Ley de la C.A. de Aragón 11/2016 que posibilita la prestación indirecta de dichos servicios al margen de las reglas de contratación publica, estableciendo en su artículo 5 los procedimientos de concertación y los criterios de preferencia.

8. PREGUNTAS HABITUALES SOBRE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

1. ¿Es posible que las entidades locales puedan desarrollar iniciativas económicas?

Si que cabe una actividad estrictamente económica de las entidades locales de dación de bienes al mercado que, en todo caso, deberá realizarse en regimen de libre concurrencia con la iniciativa privada, salvo que sea una actividad reservada, y deberá concurrir un interes publico que justifique su realización, supeditándose en todo caso al objetivo de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias.

Deberá realizarse en el ambito de las competencias locales, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7.4 LBRL sobre el ejercicio de competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación.

2. *¿Cuál es el procedimiento para realizar actividades económicas?*

Deberá tramitarse un procedimiento previo acreditativo de su conveniencia y oportunidad. En todo caso en el expediente habrá de justificarse que no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la hacienda municipal, debiendo contener un análisis del mercado, relativo a la oferta y demanda existente, a la rentabilidad y los posibles efectos de la actividad sobre la concurrencia empresarial.

Con carácter previo deberá constituirse una Comisión de estudio compuesta por miembros de la corporación y personal técnico, que elaborará una memoria justificativa en los terminos expuestos y con el contenido previsto en el artículo 204 RBASO; la memoria será aprobado por el Pleno y sometida a información publica por el plazo no inferior a un mes. Fianalmente será aprobada definitivamente por el Pleno.

3. *¿Cómo se realizan las actividades económicas?*

Sometidas a las leyes de mercado, sin recibir ayudas de los presupuestos municipales que supongan ventajas competitivas salvo obligaciones de servicio publico que puedan imponerse, y sin utilizar prerrogativas públicas.

En todo caso se realizarán a través de sociedades mercantiles, tanto sociedades anonimas, como sociedades de responsabilidad limitada o cooperativas.

4. *¿Qué servicios publicos ha de prestar un Ayuntamiento?*

Los municipios pueden prestar en el ambito de sus competencias los servicios publicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal.

En todo caso, son titulares de los servicios previstos en el artículo 86.3 LRBRL y en el artículo 26 LRBRL. Asimismo podrán prestar servicios publicos en los terminos que establezcan las leyes sectoriales que se aprueben en desarrollo de las previsiones del artículo 25.2 de LRBRL. En estos casos bien pueden proceder a su prestación en regimen de concurrencia con la iniciativa privada o a regular la actividad que puedan desarrollar los particulares.

5. *¿Cómo se clasifican los servicios públicos?*

a) En servicios públicos obligatorios que son los determinados como tales en el artículo 26 LRBRL y el artículo 44 LAL de Aragón en función de la población de los municipios, y los no obligatorios que son los no contenidos en dichas relaciones.

b) En servicios publicos reservados a favor de la entidad local, incluidos en el artículo 86.3 LRBRL (Abastecimiento domiciliario y depuración de agua, recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos y transporte publico de viajeros) o asi lo declare la legislación sectorial correspondiente, y servicios públicos no reservados.

Pueden ser obligatorios y no reservados, y todos los reservados tienen la consideración de obligatorios en función del tramo de población.

6. *¿Cómo se establecen los servicios públicos?*

Ha de tramitarse un expediente, similar al de la iniciativa económica, acreditativo de la oportunidad y conveniencia, que contenga una memoria justificativa del servicio, un proyecto de reglamento que determine el objeto, contenido, régimen juridico y estatuto de los usuarios. El estatuto debe atribuir la titularidad del servicio a la entidad local y determinar las prestaciones a favor de los usuarios, sus derechos y obligaciones y formas de participación.

Salvo en los servicios reservados, tanto la aprobación inicial como la definitiva le corresponde por mayoría al Pleno de la corporación.

7. *¿Cómo se suprimen los servicios públicos?*

Los servicios publicos no obligatorios, podran ser suprimidos por razones de interés público debidamente justificadas, mediante acuerdo del Pleno a iniciativa de los vecinos o de oficio. El procedimiento exige acuerdo inicial del Pleno, información publica por plazo no inferior a 30 días hábiles, audiencia a las asociaciones de vecinos y Administraciones concurrentes y acuerdo definitivo del Pleno, por mayoría simple.

Los servicios obligatorios tras la LRSAL no son susceptibles de ser dispensados, en el supuesto de los municipios de población inferior a 20.000 habitantes. En todo caso podrán bien ser coordinados por las Diputaciones Provinciales o prestados mediante .mediante formulas de gestión compartidas en virtud de lo dispuesto en el artículo 26.2 LRBRL.

8. *¿Cuál es el régimen de prestación de los servicios públicos?*

Como regla general se prestan en regimen de libre concurrencia. Sólo los servicios reservados podrán ser prestados en régimen de libre competencia o de monopolio.

9. *¿Cómo se acuerda el monopolio de un servicio público reservado?*

Solo es posible en los servicios reservados por el artículo 86.3 LRBRL o en los que sean por la correspondiente legislación sectorial.

El procedimiento se describe en el artículo 205.4 de LAL y en el artículo 226 RBASO.

Deberá designarse por el Pleno una Comision que elabore una memoria justificativa, formada por miembros de la corporación, personal técnico y representantes de los usuarios. En ella deberá justificarse la existencia de circunstancias de interes publico excluyentes de la iniciativa privada, asi como prever la forma de gestión, la necesidad de proceder a la expropiación de bienes y el proyecto de tarifas.

La Memoria será aprobada inicialmente por el Pleno y tras un período de información publica no inferior a 30 días, debe ser aprobada por el Pleno por mayoría absoluta. Tras ello deberá aprobarse por el Gobierno de Aragón en el plazo de tres meses.

10. *¿Cómo se gestionan los servicios públicos locales?*

Se pueden gestionar de forma directa o indirecta.

11. *¿Cuáles son los modos de gestion directa de los servicios públicos?*

- a) Gestión por la propia entidad, ya sea a través de sus órganos ordinarios o mediante órgano especial de administración sin personificación.
- b) Organismo autónomo local.
- c) Entidad pública empresarial.
- d) Sociedad mercantil con capital integramente local.

12. ¿Cuándo se utilizan una u otra forma de gestión directa?

De conformidad con el artículo 85.2 LRBRL los servicios públicos locales deberán gestionarse de la forma más sostenible y eficiente. Se establece una preferencia a favor de la gestión por la propia entidad o por organismo autónomo. La gestión mediante entidad pública empresarial o sociedad mercantil local, deberá acreditarse que resulta más sostenible y eficiente que el resto de modalidades de gestión directa.

En todo caso la forma de gestión deberá tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 9 del Estatuto Básico del Empleado Público, lo que conlleva que en dichos supuestos no podrá utilizarse la forma de sociedad mercantil local.

13. ¿Cuáles son las formas de gestión indirecta de los servicios públicos?

Tras la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, la gestión indirecta se articulará a través del contrato de concesión de servicio o a través del contrato de servicios en función de si efectúa o no la transferencia del denominado riesgo operacional al contratista, tal y como se desprende de la lectura conjunta de los artículos 15 y 17 LCSP. El objeto del contrato, la gestión de un servicio público, no determina la modalidad a utilizar, el criterio delimitador es la transferencia o no del riesgo operacional.

Si la concesión de servicios o el contrato de servicios se refiere a un servicio público previamente deberá establecerse el régimen jurídico, especificando expresamente la asunción como propia de la entidad de la actividad, determinar el alcance de la prestaciones y regular los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo de la prestación.

Si bien no se regula de forma sustantiva la D.A. vigésima segunda de la LCSP prevé la posibilidad de adjudicación directa de contratos de concesión de servicios a sociedades de economía mixta siempre y cuando la elección del socio privado se haya llevado a cabo de acuerdo con lo establecido por la Ley para la adjudicación del contrato que se pretende. Para poder acogerse a esta posibilidad de adjudicación directa la aportación del capital público ha de ser mayoritaria.

14. ¿Qué contenido han de tener los distintos modos de gestión indirecta?

Han de tener contenido económico, susceptible de ser explotado por particulares. Se excluyen los servicios que impliquen ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos.

15. ¿Qué prerrogativas se reserva la entidad local?

En la gestión de servicios públicos mediante contrato de concesión de servicios o mediante contrato de servicios la entidad local ejerce los poderes policía que aseguren la buena marcha del servicio, y pudiendo proceder al secuestro o intervención, al rescate o a la supresión del mismo por razones de interés público, en los supuestos previstos legalmente.

En todo caso el rescate requerirá acreditar que la gestión directa es más eficaz y eficiente que la gestión contractual.

16. ¿Qué obligaciones adquiere el contratista con la entidad local?

Prestar el servicio con la continuidad convenida y regularidad, mediante el abono en su caso de la contraprestación económica fijada; garantizar el acceso a los ciudadanos en las condiciones establecidas; cuidar el buen orden del servicio; indemnizar a terceros por daños causados por el funcionamiento del servicio, salvo por causas imputables a la Administración; respetar el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad.

17. ¿Es posible concertar servicios sociales al margen de estas fórmulas gestoras?

Los servicios a las personas, entre ellos los sociales, siempre se realizarán en régimen de libre concurrencia y podrán gestionarse por las formas de gestión directa e indirecta descritos o articularse a través de la denominada acción concertada regulada por la Ley 11/2016 de la C.A. de Aragón.