

REMUNICIPALIZACIÓN DE SERVICIOS. ASPECTOS JURÍDICOS Y ADMINISTRATIVOS.

Eulalio Ávila Cano.

Secretario e Interventor-Tesorero de Administración Local.

Ex Presidente de COSITAL y de la Unión de Directivos Territoriales de Europa (UDITE)

Titular del Órgano de Apoyo a la Junta de Gobierno Local. Ayto. de Fuenlabrada (Madrid)

Esta ponencia se redacta con motivo de la intervención en el Encuentro de Ciudades por el Agua Pública, organizado por el Ayuntamiento de Madrid los días 3 y 4 de noviembre, en el marco del cual intervengo en una de las Mesas Redondas para tratar del asunto que sirve de título a la Ponencia.

El objeto de la ponencia, por tanto, no va más allá ni pretende ser otra cosa que una pequeña introducción sobre los aspectos jurídicos y administrativos de lo que se está denominando remunicipalización de servicios públicos locales, sin incidir en los aspectos financieros, sociales o laborales, que correrán a cargo de otros ponentes.

Considero una buena noticia el hecho de que Encuentros como éste se estén celebrando y que la gestión pública directa de los servicios locales esté por fin encima de la mesa con la seriedad y el rigor que se merece, tras numerosos años en los que los aires neoliberales predominantes han hecho que la gestión indirecta y las externalizaciones de servicios fueran el denominador común de las agendas de los gestores públicos y por añadidura de los operadores jurídicos, por lo que, considero positivo que, en línea con lo que está sucediendo en un buen número de ciudades europeas, se reivindique de alguna manera la gestión directa de los servicios públicos.

1. ¿Qué queremos decir cuando hablamos de “remunicipalización”?

En primer lugar es conveniente una reflexión previa: En realidad lo que queremos decir con el vocablo “remunicipalización”, como vienen sosteniendo algunos autores¹, es **la recuperación de la gestión directa de servicios públicos locales**, que en la actualidad se prestan de forma indirecta.

Es decir, no se trata de volver a municipalizar un servicio que no era municipal. El servicio de que se trate, aunque se gestione en la actualidad de forma indirecta, a través de operadores privados, siempre ha sido un servicio público y siempre ha sido un servicio público municipal. El municipio ostenta siempre la titularidad de ese servicio público, sea éste gestionado mediante cualesquiera de las formas admitidas en nuestro ordenamiento jurídico: directas o indirectas. Y por lo tanto no es que vuelva a tener la consideración de municipal algo que antes no la tenía.

En todo caso, la palabra “remunicipalización” ha pasado a formar del acervo común y, como digo, es habitual en la agenda de los gestores públicos locales, por lo que está siendo admitida y asumida esta acepción con el significado que acabo de describir, y por lo tanto nos referiremos a ella en el sentido expresado.

¹ TORNOS MAS, Joaquín **La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales.** Número 58-59 de la revista *EL CRONISTA del Estado Social y Democrático de Derecho (Iustel)*, febr-mar 2016. Entre otros.

2. Las formas de gestión de los servicios públicos locales. Los contratos de gestión de servicios públicos (las concesiones).

No vamos a referirnos al ejercicio de la iniciativa local en la actividad económica (regulada en art. 86.1 LRBRL y 128.2 CE), sino a la gestión de servicios públicos determinados por la ley como competencias propias de las Entidades Locales (recogidas en los arts. 25 y ss. LRBRL y normativa autonómica y sectorial) y a sus formas de gestión, por lo que no hablaremos del expediente de municipalización regulado en el artículo 86 LRBRL que puede ser objeto de otra ponencia distinta, pero que no es necesario articularlo, en mi modesta opinión, para recuperar la gestión directa de un servicio público local previamente externalizado.²

Habría que hablar mucho de ello, pero tampoco será objeto de la ponencia el tratamiento de los contratos de servicios que las Entidades Locales tengan adjudicados (que se prestan a la propia Administración y no a los ciudadanos, como p. ej. la limpieza de los edificios municipales) y respecto de los cuales se quiera recuperar para sí la gestión directa de la prestación mediante personal propio asumiendo o no el que presta servicio en la empresa adjudicataria.

Nos vamos a centrar exclusivamente en los contratos de gestión de servicios públicos que son, según lo dispuesto en el artículo 8 del RDL 3/2011 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) aquellos mediante los cuales se encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendante. Es decir lo que habitualmente llamamos³ las concesiones.

3. La decisión sobre la forma de gestión de los servicios públicos locales

Tras su modificación por la Ley 27/2013 de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, el artículo 85.2 de la Ley 7/1985 de 2 de abril Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL) ha quedado redactado de la siguiente forma:

*“85.2. 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

² Sentencias del TS de 21 de diciembre de 2000, 1 de febrero 2002 y de 12 de julio de 2005; STSJ de Castilla y León de 5 de junio 2001; STSJ de Andalucía de 25 de febrero de 2002; STSJ País Vasco 26 de diciembre 2003; STSJ de Cataluña de 28 de diciembre de 2007

³ Y así los denomina también la nueva Directiva 2014/23 aún pendiente de trasposición en España.

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

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

Esta nueva redacción del art. 85.2 LRBRL se debe fundamentalmente la modificación del art. 135 de la Constitución Española. Trata de hacer efectivo el cumplimiento del mandato de estabilidad presupuestaria recogido en dicho precepto y desarrollado por la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEPSF).

Hay que tener en cuenta también las limitaciones que en virtud de estos principios se han introducido sobre la gestión directa en la Disposición Adicional 9ª y el artículo 116 bis LRBRL respecto de la paralización de creación de empresas locales o participación en ellas como medida de racionalización organizativa cuando se formula un plan económico-financiero o se ha elaborado un plan de ajuste. Incluso ha de procederse a la disolución de las existentes dependiendo de ciertas condiciones previstas en la mencionada DA 9 LRBRL

Decidir la forma de gestión del servicio es una decisión DISCRECIONAL y sometida al control judicial. Se requiere para la adopción de la decisión (al menos mientras no se produzca una eventual modificación legislativa) acreditar en el expediente que se instruya al efecto que la forma elegida es más sostenible y eficiente, en términos de rentabilidad económica y recuperación de la inversión que las otras formas de gestión (análisis de costes-beneficios en comparación con los costes-beneficios de otras formas de gestión). El análisis ha de ir referido a las mismas condiciones de calidad efectiva en la prestación, lógicamente, (en caso de mayor calidad en la prestación estará justificado un mayor coste en la misma proporción y viceversa).

Pueden y deben introducirse también, sin duda, criterios de eficiencia y sostenibilidad en términos distintos de los meramente económicos (en términos sociales, medioambientales, etc.). Todas las razones que se puedan esgrimir para recuperar la gestión directa deben quedar acreditadas y en la medida de lo posible, cuantificadas.

Es decir, que además de los cálculos económicos, técnicos, que son esenciales, se puede y se debe abundar en las ventajas de la remunicipalización, como el posible aumento de la calidad del servicio, la eliminación de costes como el beneficio industrial y el IVA, las mayores posibilidades de control de la prestación, así como que se contribuye a evitar las posibilidades de corrupción en la contratación (que en muchas ocasiones no se da en la adjudicación, sino después en la falta de control de la ejecución) e insistir en el principio democrático de participación de los ciudadanos en las decisiones en un doble sentido: la mayor posibilidad de participación directa de la ciudadanía en las tomas de decisiones y la mayor capacidad de los representantes democráticos de adoptar las decisiones de gestión.

También se puede incidir en los problemas de la privatización, como la complejidad y opacidad en los contratos⁴, el encarecimiento de los precios, la insuficiencia de medios de control, el déficit democrático, etc.

En todo caso conviene siempre hacer referencia al caso concreto del servicio que se pretende internalizar sin perjuicio de apoyar estas motivaciones en los estudios que conocemos⁵. Incluso los Planes de ajuste de una Entidad Local, en su caso, pueden justificar la no externalización (por ejemplo, Anexo III de la Orden HAP/537/2012, de 9 de marzo, Medida 7: Contratos externalizados que considerando su objeto pueden ser prestados por el personal municipal actual).

Insistimos en que además de las razones puramente políticas o ideológicas, que por supuesto han de formar parte de la motivación, sobre todo es muy importante acudir a razones de interés público concretas y a la eficiencia y sostenibilidad financiera, para no caer en vicios de nulidad o ilegalidad⁶ y que en ningún caso se incurre en la arbitrariedad prohibida por el art. 9 CE, es decir que hay que acreditar que no se trata de una decisión tomada en base a "la libre voluntad", sino sujeta a las reglas y principios legalmente establecidos (SSTS 29-9-1980, 7-10-1999 y 4-11-1997). En resumen, que se traten los asuntos de manera equitativa, imparcial y objetiva.

Es importante acreditar que los beneficios que reporte a la sociedad (económicos, ambientales y sociales) superen los costes que le infrinja (también de todos los tipos), y que de ello se deje constancia fundamentalmente con argumentos técnicos, demostrables y

traducidos en cifras siempre que sea posible.

En todo caso, los cálculos del coste del servicio y los ingresos a percibir de los usuarios, y la diferencia entre una y otra modalidad de gestión deben figurar expresa y específicamente

⁴ Recuérdese el contrato sobre el suministro de agua de la ciudad de Postdam en Alemania, cuya interpretación planteaba problemas de interpretación prácticamente irresolubles para los propios expertos en la materia y que por ello, entre otras razones, se decidió su resolución.

⁵ entre otros: Anexo Banco Mundial sobre la gestión del agua en muchos países, llega a la conclusión de que "no hay ninguna diferencia estadísticamente significativa entre los proveedores públicos y privados con respecto a su eficiencia económica" (World Bank, 2004). Mencionar el informe del Tribunal de Cuentas, núm. 1010, de fiscalización del sector público local, ejercicio 2011 y el resto de estudios en Europa y a nivel mundial tales como:

Informe encargado por la Federación sindical europea de los servicios públicos a la unidad de investigación internacional de servicios públicos de la Universidad de Greenwich (psiru) mayo 2012

http://www.epsu.org/sites/default/files/article/files/remunicipalizacion_y_servicios_municipales_DH-2.pdf

Wollmann, HELLMUT. La experiencia de los ordenamientos europeos: ¿un "retorno" a las gestiones públicas/municipales? Publicado en: Cuadernos de Derecho Local, no. 31, febrero de 2013, pp. 70-80

[http://amor.cms.hu-](http://amor.cms.hu-berlin.de/~h0598bce/docs/Wollmann.retorno%20a%20las%20gestiones%20publicas.pdf)

[berlin.de/~h0598bce/docs/Wollmann.retorno%20a%20las%20gestiones%20publicas.pdf](http://amor.cms.hu-berlin.de/~h0598bce/docs/Wollmann.retorno%20a%20las%20gestiones%20publicas.pdf)

Satoko Kishimoto, Emanuele Lobina, Olivier Petitjean

Llegó para quedarse: La remunicipalización del agua como tendencia global

<https://www.tni.org/es/publicacion/llego-para-quedarse-la-remunicipalizacion-del-agua-como-tendencia-global>

⁶ Ver PONCE SOLE, Juli . Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones. *Cuadernos de derecho local* nº 40/2016 pp 68-108

.....

detallados para garantizar la seguridad jurídica de la decisión, dada la redacción de los preceptos aplicables.

Téngase en cuenta que se trata de una proyección a futuro, pero que ha de ser justificada, previsible y razonable. Puede incluir incremento de la demanda con sus mayores ingresos, razonando las causas, como por ejemplo los menores costes en bajas por motivos de salud laboral si mejoran las condiciones, pero siempre razonadamente.

No existe jurisprudencia por el momento directamente relacionada con esta cuestión. No obstante los Tribunales han resuelto sobre supuestos que guardan muchas similitudes. Hay Sentencias, por ejemplo en relación con la valoración de la eficiencia derivada de la aplicación del art. 12.5.c) de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados (LRSU) que establece que *“cuando la entidad local establezca su propio sistema de gestión podrá imponer, de manera motivada y basándose en criterios de mayor eficiencia y eficacia en la gestión de los residuos, la incorporación obligatoria de los productores de residuos a dicho sistema en determinados supuestos”*. La STSJ de Andalucía (Sala de Sevilla, Rec. de 30 de junio de 2015 anula la cláusula correspondiente de los Pliegos de Condiciones Técnicas y Administrativas de la contratación del Servicio de Recogida selectiva de aceites vegetales usados municipales, domésticos, no peligrosos aprobados por el Ayuntamiento del Sevilla señalando que *“se impone a los productores HORECA de forma obligatoria el Sistema de Recogida Selectiva Municipal, pero sin motivación ni estudio alguno de razones de mayor eficiencia y eficacia de dicha gestión de los residuos frente al criterio general del art. 17.3 que permite la gestión del productor de sus residuos o acogerse al sistema público de gestión”* y por la misma razón mediante Sentencia 244/2016 de 10 Marzo de 2016, Rec. 523/2014 en relación con la Ordenanza de Limpieza Pública y Gestión de Residuos Municipales del Ayuntamiento de Sevilla se declara la nulidad del artículo que obliga a los productores a participar en el sistema de recogida determinado por la Sociedad Municipal de Limpieza Pública y Protección Ambiental, sistema de gestión municipal, de forma injustificada. En el mismo sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Les Illes Balears mediante Sentencia 366/2015 de 1 Jun. 2015, Rec. 267/2014⁷, anula la Ordenanza de recogida de residuos municipales y limpieza de espacios públicos del Ayuntamiento de Calviá.

Dicho esto, conviene aclarar que la sostenibilidad que se predica lo ha de ser de la Hacienda Local en su conjunto, no necesariamente del proyecto económico del servicio concreto. La eficiencia, sin embargo, ha de referirse al servicio concreto de que se trate. Se puede por tanto optar por un servicio público deficitario en términos puramente económicos, percibiendo de los usuarios cantidades sensiblemente inferiores al coste, siempre que se acredite la sostenibilidad del conjunto de la hacienda local.

En el caso de gestionarlo mediante entidad pública empresarial o sociedad mercantil pública se requerirá, además, la elaboración de una Memoria justificativa en donde también conste el asesoramiento recibido y se incluyan informes sobre el coste del servicio y el del inventor local. Este último informe lo ha de ser de legalidad y no de oportunidad⁸.

La competencia para la determinación de la forma de gestión de los servicios públicos locales corresponde al Pleno de la Entidad Local (art. 22.2 .f) y 123.1.k) LRBRL cuando se trata de municipios).

⁷ En el mismo sentido las Sentencias del TSJ de les Illes Balears 391/2015 de 10 Jun. 2015 y 459/2015 de 30 Jun. 2015 entre otras.

⁸ STC 143/2013

En mi modesta opinión se introduce sutilmente el principio de subsidiariedad de la gestión pública, pues hay que tener en cuenta que con anterioridad a la reforma del régimen local de 2013, la elección de la forma de gestión directa por la propia Administración no requería mayor justificación por entender que era la forma normal de prestación de los servicios. Con la nueva Ley, y en base a los principios citados, ha de demostrarse mediante los oportunos estudios y cálculos de costes que esta forma de gestión es más eficiente y sostenible que la gestión mediante un operador privado. Por tanto es muy importante que estos cálculos se realicen correctamente incorporando al expediente todos los estudios necesarios, y que estos estudios estén perfectamente documentados y los cálculos sean razonables y previsibles.

Estas modificaciones legislativas, a las que nos referimos, proceden de las introducidas en la normativa europea que en los últimos años ha ido dando mayor espacio al principio de libre competencia de los mercados, a favor del cual se ha ido inclinando la balanza frente a la *potestas* de los poderes públicos en general y en especial en cuanto al principio de autonomía y autoorganización que también viene recogida en la normativa europea.

Baste recordar, por ejemplo, que en esa línea, la Comisión Nacional de la Competencia (Informe 13-3-2013, IPN 88/13) se expresaba del siguiente modo respecto del Anteproyecto de Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local:

“La CNC estima que el APL debería establecer la obligación para las entidades locales de decidir entre gestión directa e indirecta de la forma más favorecedora posible de la competencia “

Y que la Autoridad Catalana de la Competencia, en un Informe emitido en relación a un proceso de municipalización del servicio de suministro de agua, Ref. Num. OB 19/2015 de 26 de marzo de 2015, ya en vigor la LRSAL se expresaba de la siguiente forma:

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

La decisión de remunicipalizar un servicio puede llevarse a cabo en tres momentos distintos:

- a) Al finalizar el plazo previsto en el contrato de gestión de servicios externalizado.

En este caso simplemente hay que instruir el expediente oportuno con antelación suficiente a la finalización del contrato en el que se acredite que la gestión directa es más sostenible y eficiente. Es la solución que menos problemas jurídicos plantea.

- b) Con motivo de la resolución del contrato:

Esta puede ser debida a cualesquiera de las causas establecidas en el Real Decreto Legislativo 3/2011 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP)⁹ previstas para el contrato de gestión de servicios públicos: Además de las

⁹ Causas de resolución del contrato (art.223 Trlcspp):

reguladas en el art. 223 (con excepción de lo dispuesto en sus letras d) y e)), las previstas en el art. 286:

a) *La demora superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega al contratista de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato.*

b) *El rescate del servicio por la Administración.*

c) *La supresión del servicio por razones de interés público.*

d) *La imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato.*

Nos centraremos en el recate de la concesión por razones de interés público, pues no es objeto de esta ponencia el análisis de las causas de resolución en general. No obstante es conveniente señalar que la resolución de los contratos por incumplimiento de las obligaciones esenciales del mismo exige que los pliegos hayan establecido la existencia de esas condiciones esenciales cuyo incumplimiento puede acarrear la resolución, existiendo jurisprudencia que señala que no es posible, a posteriori, recalificar como tales a ciertas obligaciones. E igualmente que el incumplimiento ha de ser palmario, irremisible y reiterado y que de ello hay que dejar constancia expresa en el expediente¹⁰.

-
- a) La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 85.
 - b) La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.
 - c) El mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista.
 - d) La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y el incumplimiento del plazo señalado en la letra c) del apartado 2 del artículo 112.
 - e) La demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido en el apartado 6 del artículo 216 o el inferior que se hubiese fijado al amparo de su apartado 8.
 - f) El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato.
 - g) La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I.
 - h) Las establecidas expresamente en el contrato.
 - i) Las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en esta Ley

¹⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Burgos de 10 de diciembre de 2010 (recurso 242/2009),

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2004 (recurso de casación núm. 4589/1999),

Dictamen del Consejo Consultivo de la Junta de Castilla y León, 1541/2011,

Dictamen 125/2011 del Consejo Consultivo de Aragón: *“Porque, evidentemente y aun cuando el TRLCAP no indique más precisiones sobre el particular, el incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato debe serlo palmario, reiterado, irremisible. Tratándose, como se trata, de un pago, nunca podría pensarse en que basta la mera ausencia del abono de una mensualidad para habilitar ya a la Administración a proceder a la resolución contractual y sin embargo, en términos literales, naturalmente que había existido la ausencia de una obligación esencial. Al contrario, esa falta de pago debe extenderse en el tiempo, dar lugar a una sensación de ausencia de pago y, además, de falta de la voluntad de pagar en cualquier caso y circunstancia, todo ello manifestado y probado en un comportamiento lineal y sin excepciones”*

4. El rescate de la concesión. La normativa actual y la nueva normativa comunitaria.

Además de recogerse el rescate en el art. 286 TRLCSP como una de las formas de resolución del contrato, el art. 287.2 establece que *“Por razones de interés público la Administración podrá acordar el rescate del servicio para gestionarlo directamente”*

Si el contrato de gestión de servicios públicos no se ha extinguido y no existen otras causas de resolución, y previos los informes y estudios pertinentes se entiende que el mismo puede ser lesivo para el interés general, procede su revocación mediante la institución del rescate.

En todo caso, ya sea actuando mediante el rescate o mediante cualquier otra causa de resolución del contrato, debe procederse siempre de acuerdo con el principio de proporcionalidad¹¹, adoptando las resoluciones que procedan de acuerdo o con la oposición del contratista de forma ponderada en relación con lo que demande el interés público.

Según la jurisprudencia y la doctrina, el rescate es un acto de naturaleza expropiatoria, pues se trata de privación de derechos fundamentales garantizados en los arts. 38 y 33 CE¹²

El artículo 288 TRLCSP regula los efectos de la resolución del contrato:

“1. En los supuestos de resolución por causa imputable a la Administración, esta abonará al concesionario en todo caso el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la obra objeto de la concesión, atendiendo a su grado de amortización. Al efecto, se aplicará un criterio de amortización lineal de la inversión...”

...4. sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, la Administración indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que se le irroguen, incluidos los beneficios futuros que deje de percibir, atendiendo a los resultados de la explotación en el último quinquenio y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquélla, habida cuenta de su grado de amortización.”

Por su parte el art. 41.1 en sus párrafos 2º y 3º de Ley de Expropiación Forzosa (LEF) establece lo siguiente:

“Segunda. Cuando se trate de concesiones de servicios público o de concesiones mineras otorgadas en fecha anterior a tres años, el precio se establecerá por el importe capitalizado al interés legal de los rendimientos líquidos de la concesión en los tres últimos años, teniendo en cuenta, en su caso, el plazo de reversión. Sin embargo, en ningún caso el precio podrá ser inferior al valor material de las instalaciones de que disponga la concesión y que estén afectas a la misma, teniendo en cuenta, en el caso de concesiones temporales, el valor de amortización de estas instalaciones, considerando el plazo que resta para la reversión.

Tercera. En las concesiones a que se refiere el número anterior, que llevasen menos de tres años establecidas o que no estuviesen en funcionamiento por estar todavía dentro del plazo de instalación, la determinación del precio se ajustará a las normas del artículo cuarenta y tres.”

¹¹ Principio de buena administración.

¹² STS 8 de abril de 1999 entre otras y numerosos dictámenes del Consejo de Estado.

Para no excedernos en la extensión de la ponencia, dejaremos para otra ocasión entrar en el detalle de la cuantía de la indemnización según los casos .

El órgano para acordar el rescate, será el órgano de contratación, el mismo que fue el competente para la adjudicación de la concesión, normalmente el Pleno. El expediente debe iniciarse, lógicamente, con la justificación del interés público que motiva el rescate, y habrá de tenerse muy en cuenta la importancia de la valoración del coste de la operación, que se fijará por el procedimiento expropiatorio del artículo 41 LEF, como hemos dicho. Asumido el servicio se decidirá la forma de gestión, que en todo caso debe ser directa.

Se dará audiencia al contratista y, en el caso de que exista oposición por su parte, se deberá solicitar Informe del órgano consultivo autonómico o del Consejo de Estado¹³. El carácter preceptivo de este Informe ha sido recordado, entre otros, por la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 2003, rec. casación 5496/1998,

Por su interés y por su valor orientativo, que, sin perjuicio de su obligatoriedad en Cataluña, puede servir para el resto de las Entidades Locales del Estado, reproduzco el contenido del artículo 265 del Decreto 179/1995, de 13 de junio, de la Generalitat de Catalunya por el que se aprueba el Reglamento de obras, actividades y servicios de las entidades locales (ROAS)¹⁴:

“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”.

¹³ artículo 211, 3-a del RDL 3/2011, y artículo 8,3 de la ley 5/2005 de la ley de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña, y artículo 275,3 del Decreto legislativo 2/2003, ley municipal y de régimen local de Cataluña.

¹⁴ DOGC núm. 2066 de 23.6.1995.

Es importante subrayar el plazo mínimo de antelación de seis meses desde la adopción del acuerdo hasta la ejecutividad del mismo, pues las operaciones derivadas del rescate necesitan de un período de tiempo dilatado para su adecuada preparación y realización.

El artículo 265.5 del ROAS catalán, establece que se puede determinar la cuantía de la indemnización mediante convenio: *“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”*.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 1096/2011 de 3 de mayo¹⁵ ha admitido esta posibilidad en una concesión demanial y ha concluido que este convenio es uno de los supuestos de convenios excluidos de la aplicación de la legislación contractual y que por tanto no hay que estar para su tramitación a lo dispuesto en el TRLCSP.

La normativa comunitaria no establece ningún criterio rector respecto de la forma de gestión. Respeto lo que los Estados miembros puedan regular al respecto. La Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero, pendiente de trasposición en España, en su artículo 2.1 dispone que *“la presente Directiva reconoce el principio de libertad de administración de las autoridades nacionales, regionales y locales, de conformidad con el Derecho nacional y de la Unión. Dichas autoridades tienen **libertad para decidir la mejor forma de gestionar la ejecución de obras o la prestación de servicios**, en particular garantizando un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios en los servicios públicos. Dichas autoridades podrán optar por realizar sus funciones de interés público con recursos propios o en colaboración con otras autoridades o confiarlas a operadores económicos”*.

Otra cuestión importante a reseñar es que establece para las concesiones un plazo orientativo de 5 años, principio en base al cual cabe entender que sólo podrá ser mayor cuando se acredite de manera fehaciente que es estrictamente necesario para la recuperación de la inversión.

Algunos autores¹⁶ apuntan que pueden existir dificultades para el rescate de las concesiones al establecer la nueva Directiva en su artículo 44, que regula la resolución, lo siguiente:

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

a) que una modificación de la concesión suponga una nueva adjudicación, de conformidad con el artículo 43;

b) que el contratante se encuentre, en el momento de la adjudicación del contrato, en una de las situaciones contempladas en el artículo 38, apartado 4, y, por lo tanto, hubiere debido ser excluido del procedimiento de adjudicación de la concesión;

¹⁵ Relativa a una concesión demanial otorgada por el Ayuntamiento de Las Rozas (Madrid)

¹⁶ TORNOS MAS, Joaquín. La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales. Número 58-59 de la revista *EL CRONISTA del Estado Social y Democrático de Derecho (Iustel, febr-mar 2016)*.

c) que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictamine, en un procedimiento conforme con el artículo 258 del TFUE, que un Estado miembro ha incumplido sus obligaciones con arreglo a los Tratados debido a que un poder adjudicador o entidad adjudicadora de dicho Estado miembro ha adjudicado una concesión sin ajustarse a las obligaciones que le imponen los Tratados o la presente Directiva”.

Parece excluir el rescate por razones de interés público, como forma de resolución del contrato de concesión. Habrá que ver a qué tipo de concesiones se aplica (parece que la Directiva no será aplicable al servicio de suministro de agua¹⁷ y que posiblemente no se aplicará a otros servicios básicos o esenciales para la vida de las personas, pero ello está por ver, de momento).

Esta Directiva generó en su día, una importante contestación. Como pone de relieve GIMENO FELIU¹⁸, hay informes de varios organismos europeos que formulan sus reticencias respecto de la Directiva, como el Informe del Comité de las Regiones publicado en el Diario oficial del 13 de septiembre de 2012 (C 277/74), el del Comité Económico y Social (Diario oficial 26 de junio de 2012 (C 191/84) y el Informe de 25 de octubre de 2011 del Parlamento Europeo sobre modernización contratación que ponen el acento en la complejidad de la regulación y la necesidad de precisar a qué tipo de concesiones afectaría al ser tan diversa la regulación en los Estados miembros.

Es especialmente relevante la Resolución del Parlamento Europeo de 8 de septiembre de 2015 sobre el seguimiento de la **Iniciativa ciudadana Europea Right2water**, que en sus puntos 44 y 46 recuerda que la elección del método de gestión del agua se basa en el principio de subsidiariedad (la decisión corresponde a los Estados miembros), y que la posibilidad de remunicipalización de los servicios agua debe seguir garantizada sin limitaciones y que estos servicios deben seguir siendo de gestión pública si así lo ha decidido la autoridad local responsable; considerando que el agua es un derecho humano básico que debe ser accesible y asequible para todos.

Pero en mi modesta opinión, aún en el caso hipotético de que la trasposición del art. 44 ya citado de la Directiva recogiera que ya no es una forma de resolución del contrato el rescate de la concesión, entiendo que nada impediría su expropiación ex art. 33 CE en aplicación de la legislación general en materia de expropiación forzosa, de conformidad con la normativa estatal y comunitaria.

En todo caso, lo dispuesto en el art. 2.1 de la Directiva que establece el principio de libertad de elección por la Administración de la forma de gestión de los servicios y las resoluciones e informes citados, entiendo que han de ser tenidos en cuenta también como criterios a la hora tanto de trasponer la Directiva, así como a la hora de interpretar el derecho por los tribunales nacionales y el TJUE, junto con los principios de autonomía local y de autoorganización (CEAL, 137 CE, art. 4 LRBRL).

¹⁷ En virtud de la Resolución del Parlamento Europeo sobre la Iniciativa Ciudadana Right2water a la que más adelante nos referiremos.

¹⁸ GIMENO FELIU José María. Remunicipalización de servicios locales y Derecho comunitario. Número 58-59 de la revista *EL CRONISTA del Estado Social y Democrático de Derecho* (Iustel, febr-mar 2016)