

JUAN ALEMANY GARCÍAS, *La recuperación de los servicios públicos locales*, Civitas, Cizur Menor, 2018, 198 páginas.

I. Más de un siglo después, el debate ideológico y jurídico sobre la gestión privada o pública de los servicios públicos sigue abierto y tan vigente como entonces, especialmente en el ámbito local. A lo largo de este período se han alternado momentos en los que imperaba el dogma sobre la mayor eficiencia de lo privado frente a lo público y momentos en los que la premisa era que lo público se debía gestionar desde lo público. En este movimiento pendular, en los últimos años parece apostarse por la recuperación de la gestión directa sobre servicios que se venían prestando a través de diversas fórmulas de gestión indirecta, normalmente mediante concesionarios. Este fenómeno ha recibido el nombre de “remunicipalización”, con la clara intención de evocar aquel movimiento “municipalizador” que, entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX, llevó a los Municipios europeos a responsabilizarse de la prestación de ciertos servicios que habían devenido esenciales.

El libro *La recuperación de los servicios públicos locales*, de Juan ALEMANY GARCÍAS, se ocupa, precisamente, del fenómeno de la remunicipalización de servicios públicos y lo hace partiendo de una premisa muy concreta: la precaución y preocupación por dicho fenómeno y, sobre todo, por las consecuencias que para las Entidades locales puede tener. En especial, una de las principales preocupaciones del autor radica en qué hacer cuando nos encontramos ante la recuperación anticipada de la gestión del servicio, operada normalmente a través del rescate de la correspondiente concesión. Este es, sin duda, el hilo conductor de toda la obra.

II. Hay que destacar, en primer lugar, la amplia bibliografía de la que se sirve ALEMANY GARCÍAS para la elaboración de su estudio, abarcando la gran mayoría de trabajos que se han escrito sobre el tema en los últimos años. Ante una revisión doctrinal tan minuciosa y exhaustiva, en alguna ocasión se echa en falta, sin embargo, que se indiquen más claramente en texto las referencias de las obras que se citan. Así ocurre, por ejemplo, en las páginas 43 y 45, 90 a 93 y 124 a 125, que siguen muy de cerca, sin explicitarlo, los trabajos de Francisca VILLALBA PÉREZ, “La concesión de servicios, nuevo objeto de regulación del Derecho Comunitario. Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión”, *Revista de estudios de la Administración Local y Autonómica* (julio-diciembre 2014), p. 87; Federico CASTILLO BLANCO, “Remunicipalización de servicios locales y situación del personal de los servicios rescatados”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* núm. 58-59 (2016), pp. 73 y 74; y Anna COLOMÉ I NIN y Susana GRAU I ARNAU, “«Remunicipalización» de servicios locales y competencia”, *Cuadernos de Derecho Local* núm. 43 (febrero 2017), p. 136, respectivamente. Todavía en el plano meramente formal, sorprenden algunos descuidos en la edición,

como el elevado número de erratas y el uso abusivo de la cursiva. Estos deslices, junto con la extensión de los párrafos y de las notas a pie de página, en ocasiones excesiva, dificultan una lectura fluida del trabajo.

En cuanto a la estructura del libro, el autor lo divide en tres grandes capítulos: un primer capítulo dedicado a «La evolución del concepto de servicio público prestacional en el ámbito local, como claro ejemplo de transformación del derecho administrativo español»; un segundo capítulo centrado en el «Estudio y efectos del proceso reinternalizador de servicios públicos en el ámbito local»; y, por último, un capítulo en el que analiza «El resurgimiento de los expedientes de remunicipalización y su conexión con los expedientes de municipalización», realizando también un estudio comparativo de ambos expedientes municipales y su papel en el mercado competitivo. No obstante, una lectura pausada del texto evidencia que, en realidad, son cuatro los temas principales que el autor ha tratado, aunque no coincidan exactamente con los títulos arriba transcritos. En efecto, las ideas centrales sobre las que pivota el libro y en las que se centra el autor son cuatro: los conceptos de servicio público y de remunicipalización; el contrato de concesión y, en concreto, los principios que rigen la relación concesional; la influencia de la competencia en la prestación de servicios; y, por último, el papel de los expedientes de reinternalización y su relación con los expedientes de municipalización y de conveniencia y oportunidad.

III. Debemos señalar el acierto del autor al comenzar deteniéndose, en primer lugar, en definir qué se entiende por remunicipalización -fenómeno del que trae causa la obra recensionada- y qué se entiende por servicio público -objeto del proceso de remunicipalización-. Ninguna de las dos cuestiones tiene, sin embargo, una respuesta sencilla.

En efecto, como se ha dicho en numerosas ocasiones, hay casi tantas definiciones de servicio público como autores lo han estudiado. Partiendo, pues, de la dificultad que supone tratar de ofrecer una definición, el autor expone las tres principales acepciones que se vinculan tradicionalmente a dicha institución jurídica. Primero, un concepto omnicomprendivo que abarca cualquier actividad administrativa; segundo, un concepto objetivo, en virtud del cual el servicio público es cualquier actividad prestacional del Estado que vaya dirigida a satisfacer necesidades básicas; y, en tercer lugar, un concepto subjetivo o estricto, que incluye “toda aquella actividad esencial para la sociedad que haya sido reservada mediante ley a la exclusiva titularidad pública” (p. 96). ALEMANY se inclina por esta última acepción que, sin embargo, parece hoy día superada, al menos, desde la entrada de España en la Unión Europea y la irrupción del concepto de “servicio de interés general” en nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, también llama la atención que el autor afirme que “los denominados servicios sociales, en los que podemos incluir la sanidad, la educación o la

seguridad (...) deben prestarse de manera monopolística con criterios de solidaridad y de cohesión social” (p. 77). Precisamente, aunque la sanidad y la educación han sido los servicios públicos (sociales) por antonomasia, al menos en España, se han prestado siempre en concurrencia con los privados.

Por lo que se refiere al concepto de “remunicipalización”, el autor opta por definirla como la recuperación de la gestión de servicios públicos locales que se estaban prestando mediante fórmulas de gestión indirecta. Esta concepción de la remunicipalización, con la que coincidimos plenamente, es también la acepción mayoritaria entre nuestra doctrina y también la que parece latir en la redacción del artículo 45 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RSCL). Algunos autores, incluyendo al propio ALEMANY, prefieren, sin embargo, hablar de “reinternalización”, término que consideran más apropiado, reservando la expresión (re)municipalización para referirse a la asunción de la responsabilidad en la prestación de un servicio público, independientemente de su forma de gestión.

IV. Siendo así que la remunicipalización se define como la asunción de la gestión de un servicio público –de titularidad pública– que venía prestándose por un privado, procede lógicamente analizar el contrato de concesión, por ser este el contrato tradicionalmente utilizado para la prestación de servicios públicos mediante gestión indirecta. ALEMANY, consciente de ello, dedica a esta figura contractual una parte importante de su libro, tal vez excesivamente extensa.

En concreto, se centra fundamentalmente en el riesgo operacional como el nuevo criterio delimitador entre el contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios, tal y como lo han regulado las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, transpuestas por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector público (LCSP).

Con carácter previo a la transposición, el dato que diferenciaba ambas figuras contractuales era quién se relacionaba con el usuario destinatario del servicio. En el caso del contrato de concesión, encuadrado con anterioridad en el contrato de gestión de servicios públicos –figura eliminada por la Directiva 2014/23/UE–, la Administración le encomendaba al particular que gestionase un determinado servicio. Era el privado, por tanto, quien se relacionaba con el usuario. Por su parte, en el caso del contrato de servicios, era la Administración quien se relacionaba con el usuario y, cuando no disponía de los medios suficientes, recurría a un contrato de este tipo.

Con la entrada en vigor de la LCSP, el criterio explicado cede todo su espacio al riesgo operacional. Ahora será irrelevante si es el operador privado o la Administración quien se relaciona directamente con el usuario del servicio, sino quién de estos dos sujetos asume el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, “que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores,

el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio” (STJUE de 10 de marzo de 2011, asunto C-274/09, párr. 37). Sorprende en este punto que el autor afirme con rotundidad que la introducción de esta figura del riesgo operacional aleja a la Administración prestadora del concesionario y del usuario a quién presta el servicio (pp. 50 y 133). Y extraña porque, como menciona el propio autor, esta figura no resulta ajena al ordenamiento español, que ya manejaba desde antiguo el concepto de “riesgo y ventura”. Hubiera resultado interesante que el autor se hubiera detenido aquí para desarrollar esta idea con algo más de profundidad.

V. El autor insiste en múltiples ocasiones a lo largo de la obra en que desde el Derecho europeo se defiende a ultranza el *pacta sunt servanda* “siempre en beneficio de la protección jurídica del empresario particular para favorecer la competitividad” (p. 39). Por tanto, por un lado, la Administración deberá mantener y respetar el equilibrio económico con el que nació la relación contractual. Por otro lado, el uso del *ius variandi* de la Administración para modificar unilateralmente lo pactado en los pliegos de condiciones deberá restringirse a los casos estrictamente necesarios. A la vista de ello, ALEMANY se muestra preocupado por la posibilidad de que los Entes locales quieran proceder a rescatar anticipadamente la concesión, algo que desaconseja enérgica y reiteradamente. En este sentido, la conculcación del *pacta sunt servanda* mediante dicho rescate anticipado conllevaría la indemnización de la Administración por las inversiones realizadas por el concesionario y por los años que quedasen hasta la finalización del contrato. Además, la Administración debería asumir la plantilla de trabajadores que prestaban el servicio para la entidad concesionaria, dado que estaríamos ante un supuesto de sucesión de empresas (artículo 44 ET). Todo ello es lo que lleva al autor a considerar que la remunicipalización, si se produce, debe hacerse siempre como remunicipalización sucesiva, esto es, una vez la concesión haya finalizado, pero nunca antes (p. 55).

Con relación a la sucesión de los trabajadores en casos de remunicipalización de servicios, el autor se limita a apuntar algunas de las cuestiones más espinosas (pp. 63 a 67), derivadas de la colisión entre las normas laborales y las normas administrativas en materia de empleo público. Las primeras tienen un claro carácter tuitivo en favor de los trabajadores mientras que las segundas aspiran a cumplir el mandato constitucional de conseguir una Administración eficiente y objetiva (artículos 31.2 y 103 CE). Así, la Administración que rescatase de manera anticipada un contrato de concesión debería hacerse cargo de la plantilla del concesionario pero, al mismo tiempo, el acceso al empleo público debería de hacerse de acuerdo con los principios

de transparencia, concurrencia, mérito y capacidad. La posible solución a este tipo de conflictos, ideada por la jurisprudencia hace ya tiempo, es la figura del trabajador indefinido no fijo, que tendrá derecho a mantener su puesto de trabajo, aunque solo hasta que este se cubra a través del correspondiente procedimiento reglamentario para la selección del personal.

VI. Es habitual que la Administración motive el rescate anticipado por una falta de adecuación entre las necesidades de la sociedad y los niveles de calidad con los que se prestaba el servicio. A este respecto, el autor apunta –en muchos casos con razón– a la desidia de la Administración en su papel de control del concesionario, que no siempre supervisa que lo establecido en los pliegos sea respetado a lo largo del contrato. La despreocupación ha llegado a tal punto que, no pocas veces, se ha dejado al concesionario la redacción completa de los pliegos que serán la base de la prestación del servicio. Hecho que, en nuestra opinión, dificultará aún más el control de la concesión y la modificación, en su caso, de los pliegos.

Esta despreocupación que la Administración ha mostrado en ciertas ocasiones se refleja también en las todavía existentes concesiones de hecho que el autor trata en el libro, con especial referencia al abastecimiento de agua. Dos son los elementos que se deben tener presentes para la solución de esta situación fáctica. Por un lado, la contratación administrativa es eminentemente formal y se perfecciona mediante la adjudicación definitiva del contrato, siendo en virtud de esta cuando el contratista y la Administración quedan obligados a su cumplimiento (p. 115). Por otro lado, no se puede ignorar la aquiescencia prestada por la Administración ante los actos vicarios del concesionario de hecho. Así, defiende el autor que el consistorio debe compensar las inversiones hechas por la entidad concesionaria. Sin embargo, parece excesivo mantener la concesión de hecho para no hacer frente a posibles compensaciones, como sugiere ALEMANY en este punto. La Administración sencillamente no tiene esa opción. Debe restablecer la situación de legalidad y sacar a concurso la explotación del servicio mediante alguna de las múltiples posibilidades que ofrece la LCSP, o bien prestarlo directamente de acuerdo con alguna de las opciones enumeradas en el artículo 85 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL). Ciertamente, la restitución de la situación previa a la ilegalidad conllevará, en todo caso, la compensación por las inversiones acometidas por el concesionario para no incurrir en un enriquecimiento injusto por parte de la Administración, pero en ningún caso el rescate de una concesión que nunca existió.

VII. Como se indicó más arriba, el autor también estudia con detalle la influencia de la competencia en la prestación de los servicios públicos. La competencia supone un valor fundamental para la economía de mercado en la que se sustenta nuestro ordenamiento jurídico y también para la unidad de mercado que persigue el

Derecho de la Unión Europea. Y las decisiones relativas a la prestación de servicios públicos no son neutras en términos de competencia; ni la relativa a la prestación, ni la relativa a la gestión. En cuanto a la primera decisión, el monopolio representa la opción más restrictiva por lo que, desde la perspectiva de la competencia, siempre será deseable la prestación en concurrencia con los privados. De ahí que sean muy escasos, y tasados por Ley, los servicios que se pueden prestar en monopolio (artículos 128.2 CE y 86.2 LRBRL). No obstante, diferentes circunstancias pueden hacer recomendable prestar el servicio en este régimen, por ejemplo, cuando existan fallos del mercado (externalidades y asimetrías informativas) que impidan que este sea capaz de proveer el servicio en unas condiciones adecuadas.

Por su parte, la decisión sobre la forma de gestión también tiene relevancia en el plano de la competencia, sobre todo si el servicio se presta en monopolio. Aunque se excluya la competencia *en* el mercado, si se gestiona de manera indirecta habrá, al menos, competencia *por* el mercado entre los operadores privados para poder explotar el servicio en exclusividad. Como acertadamente señala ALEMANY, el efecto reinternalizador no actúa en ningún momento sobre la efectiva prestación del servicio -que no se discute-, sino sobre la forma de gestión. En cualquier caso, y así lo aclara desde un primer momento el autor, lo importante es que la Administración local asuma como suya la prestación material y efectiva del servicio, siendo garante del mismo si el mercado falla o no está a la altura de garantizarlo en condiciones de igualdad, accesibilidad y continuidad (p. 26).

VIII. La prestación del servicio y todas las decisiones relacionadas con el mismo requerirán, en términos de competencia, un análisis de necesidad, proporcionalidad y mínima distorsión. Y este deberá llevarse a cabo en el marco del expediente correspondiente. En realidad, a lo largo de la obra el autor habla de hasta tres expedientes diferentes según su finalidad, entre los que resulta oportuno distinguir: el expediente de remunicipalización o, como prefiere el autor, reinternalización; el expediente de municipalización; y, por último, el expediente de conveniencia y oportunidad. Con el expediente de remunicipalización o reinternalización se pretende un cambio de gestión; en concreto, pasar de una gestión indirecta mediante un operador privado a una gestión directa. Sin perjuicio de lo que más adelante se dirá, para este expediente se deberá atender, al menos, a los requisitos establecidos en el artículo 85 LRBRL, debiéndose elegir el modo de gestión *más sostenible y eficiente*. Por su parte, por expediente de municipalización el autor entiende aquel por el que se asume la responsabilidad de garantizar el servicio en unas condiciones de continuidad, calidad, accesibilidad e igualdad. Su marco jurídico lo constituyen, *a priori*, los artículos 45 a 66 del RSCL. Por último, al hablar del expediente de conveniencia y oportunidad el autor se refiere a aquel con el que la Administración emprende una actividad económica empresarial. Este se tramitará según el procedimiento establecido en los

artículos 86.1 LRBRL y 97.1 del Real Decreto Legislativo 781/1986, por el que se aprueba el Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local (TRRL).

En relación con el marco normativo de los distintos expedientes, el autor defiende dos ideas fundamentales. Por un lado, afirma que la modificación del artículo 85.2 LRBRL ha asimilado en buena medida los supuestos de reinternalización mediante una entidad pública empresarial o una sociedad mercantil con el ejercicio de una actividad económica regulada en los artículos 86.1 LRBRL y 97.1 TRRL. Pese a ello, entiende que tales supuestos no deben someterse al procedimiento previsto en dichos artículos. Por otro lado, sí considera de aplicación, por analogía, las normas relativas al expediente de municipalización (artículos 45 a 66 RSCL) a los casos de reinternalización, en tanto la normativa local no prevé un procedimiento específico para ella.

Por nuestra parte, coincidimos con el segundo postulado de ALEMANY. Y es que el artículo 85 LRBRL no recoge un procedimiento, sino unos requisitos formales y solo respecto a unos modos de gestión. Sin embargo, discrepamos respecto al primero. Si analizamos los procedimientos establecidos en el RSCL y en los artículos 86.1 LRBRL y 97.1 TRRL, se constata que son, en esencia, idénticos. Ambos consisten en la creación de una comisión de estudio, la redacción de una memoria por dicha comisión, su exposición pública y aprobación final. Esto nos lleva a concluir que la reinternalización de un servicio público no solo se debe someter, por analogía, al articulado del RSCL, sino también a los artículos 86.1 LRBRL y 97.1 TRRL. Así lo ha argumentado, con acierto en nuestra opinión, EZQUERRA HUERVA en su trabajo “Sobre el procedimiento administrativo a seguir para la remunicipalización de servicios” (*Diario La Ley* núm. 8982, mayo 2017, pp. 1-16).

IX. Al margen de este debate sobre la normativa que se deba aplicar, es de destacar el esfuerzo de ALEMANY por subrayar la importancia del papel de los expedientes de reinternalización. Estos deben reflejar los cambios jurídicos, sociales y económicos, producidos desde la elaboración del expediente de municipalización al inicio de la prestación, que motiven el cambio de gestión. De igual manera, tales expedientes deben ponerse en relación con los pliegos de condiciones, en los cuales deben estar reflejadas todas las razones que llevaron a la Administración local a prestar el servicio público mediante concesión. Esto facilitaría el control judicial de este tipo de decisiones, clarificando las circunstancias en las que se toman y evitando que sean únicamente políticas, haciendo que contemplen, también y sobre todo, aspectos jurídico-técnicos y los principios esenciales que deben regir toda la actuación prestacional de la Administración.

RECENSIONES

Sin duda alguna esta es la reflexión final que se extrae del libro *La recuperación de los servicios públicos locales*. Los expedientes de reinternalización son fundamentales para el control de la Administración y para lograr una adecuada prestación de los servicios públicos locales; los cuales no deberán atender únicamente a la perspectiva económica –como parece ser la intención de la reforma de la LRSAL–, sino también a otros aspectos sociales y medioambientales.

Miguel LEÓN ACOSTA
Área de Derecho Administrativo
Universidad de Córdoba