

MUNICIPALIZACIÓN, COMPETENCIAS IMPROPIAS, REMUNICIPALIZACIÓN Y MONOPOLIO.

1. LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES.

En primer lugar, el Servicio Público Local es una de las modalidades de tipología de actividad administrativa de las EELL más en boga actualmente por la extensión del interés público y con regulación propia en el art. 26 de la LBRL.

Las distintas fórmulas de gestión quedan hoy reguladas en el art. 85 a través de la doble modalidad gestión directa vs gestión indirecta

Artículo 85.

1. Son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias.

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 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.

Máximo Rodríguez Bardal. Doctor en Derecho. Secretario-Interventor.

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

Artículo 86.

1. Las Entidades Locales podrán ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas, siempre que esté garantizado el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias. En el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida habrá de justificarse que la iniciativa no genera 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.

Corresponde al pleno de la respectiva Corporación local la aprobación del expediente, que determinará la forma concreta de gestión del servicio.

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

La efectiva ejecución de estas actividades en régimen de monopolio requiere, además del acuerdo de aprobación del pleno de la correspondiente Corporación local, la aprobación por el órgano competente de la Comunidad Autónoma.

3. En todo caso, la Administración del Estado podrá impugnar los actos y acuerdos previstos en este artículo, con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo III del Título V de esta Ley, cuando incumplan la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

¿CAMBIO DE GESTIÓN DE UN SERVICIO, EXPEDIENTE DEL ART. 85 O EXPEDIENTE DE MUNICIPALIZACIÓN? DOCTRINA SEPARADA

. En relación con la cuestión de si es necesario para el cambio de gestión tramitar el expediente del artículo 97 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (en adelante TRRL), la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía del 2 de febrero de 2015, Res. 138/2015 (Rec. 1257/2011) o la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias del 2 de febrero de 2015, Res. 127/2016 (Rec. 198/2015) inciden en la **necesidad de tramitar dicho expediente siempre que la acción implique actividad económica**

Ahora bien, con motivo de la promulgación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, se modificó el contenido del artículo 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Ley Reguladora de Bases de Régimen Local (en adelante LRBRL), previéndose expresamente que:

«(...) Solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) y d) cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b), para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Además, deberá constar en el expediente la memoria justificativa del

asesoramiento recibido que se elevará al Pleno para su aprobación en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como, el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados. A estos efectos, se recabará informe del interventor local quien valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera».

Como puede observarse, a partir de 2013, a pesar de que haya un sector que defienda la no aplicación del expediente del artículo 97 del TRRL, se observa que **debe tramitarse el expediente al que alude el artículo 85 de la LRBRL, que**, en cuanto a su contenido, **coincide a grandes rasgos con el expediente del artículo 97 del TRRL** y se considera que tiene toda la lógica tramitar el citado expediente del artículo 97 TRRL, por cuanto, si la Administración estableció un servicio público determinando una modalidad de gestión del servicio concreta, ya fuera directa —Sociedad municipal, artículo 85.2 A. d) de la LRBRL— o indirecta, cualquier cambio en dicha modalidad de gestión del servicio deberá conllevar la tramitación de dicho expediente administrativo.

Por tanto, a través de esta tesis es sostenible que cualquier fórmula de gestión EXIGE EXPEDIENTE DE MUNICIPALIZACIÓN.

No obstante, otra parte de la doctrina, entre otros defendida por D. Álvaro Casas Avilés establece la postura contraria.

- a) Algún sector doctrinal, por ejemplo, Ezquerria Huerva se muestra a favor del procedimiento de municipalización definido en el art. 45 del RSCL al asumir la gestión directa incluso cuando se crea una sociedad mercantil en el paso a **GESIÓN DIRECTA**. STS 1 de febrero de 2002 y la STS de 4 de julio de 2003.
- b) También hay pronunciamientos judiciales que no lo exigen, tal es así con la STS de 23 de febrero de 2015. Tras el acuerdo de pleno del Ayuntamiento de León de aprobación del cambio en la forma de gestión del servicio de abastecimiento de agua para pasar ahora a ser prestado por una empresa mixta.

2. EL EXPEDIENTE DE MUNICIPALIZACIÓN.

Artículo 45.

1. La municipalización y la provincialización constituyen formas de desarrollo de la actividad de las Corporaciones locales para la prestación de los servicios económicos de su competencia, asumiendo en todo o en parte el riesgo de la Empresa mediante el poder de regularla y fiscalizar su régimen.

Las municipalizaciones y las provincializaciones tenderán a conseguir que la prestación de los servicios reporte a los usuarios condiciones más ventajosas que las que pudiera ofrecerles la iniciativa particular y la gestión indirecta.

Artículo 97.

1. La alteración de la forma de gestión del servicio municipalizado o provincializado procederá en los supuestos siguientes:

1.º De modo obligatorio, cuando se produjeran algunas de las circunstancias determinadas en el artículo 425 de la Ley.

2.º En los casos previstos por los números 1.º y 6.º del artículo siguiente.

2. En todo caso deberán cumplirse los requisitos fijados en el artículo 99.

Artículo 98.

Las municipalizaciones o las provincializaciones cesarán:

1.º En los casos expresamente previstos en los actos constituyentes.

2.º Por resultar más desventajoso para los usuarios que el régimen de libre iniciativa privada o el de gestión indirecta.

3.º Como consecuencia de pérdidas que reduzcan el capital a su tercera parte, salvo lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 175 de la Ley.

4.º Por quiebra de la Empresa, si el servicio se prestare en forma de Sociedad.

5.º Por imposibilidad material de realizar el fin previsto.

6.º En cualquier tiempo, por acuerdo de la Corporación interesada, adoptado con el «quórum» de las tres cuartas partes del número legal de sus miembros.

Con carácter general, para determinar la competencia del municipio en relación con la iniciativa a que se refiere la consulta, debemos estar al régimen propio de la normativa de régimen local, es decir, a la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL) a resultas de la reforma operada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local y conforme a los principios inspiradores de tal reforma; y, en segundo lugar, a la normativa autonómica.

La reforma llevada a cabo por la Ley 27/2013, tal y como se indica en su exposición de motivos, tenía como finalidad acotar las competencias propias de los Ayuntamientos; de modo que, a menor capacidad competencial, menor compromisos de gastos asumidos y más posibilidades de lograr los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Este principio ha de inspirar cualquier interpretación del alcance de las competencias locales.

El artículo 25.2 LBRL, dispone que el municipio ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las materias que el mismo detalla, entre las que incluye la promoción del deporte e instalaciones deportivas **y de ocupación del tiempo libre**; por ello consideramos que el taller de pintura puede entenderse como una competencia propia de las entidades locales, al formar parte, a nuestro juicio, de las competencias relacionadas con la promoción de la ocupación del tiempo libre.

En consecuencia, **el municipio tiene competencias** en la materia objeto de la consulta, sin perjuicio que no sea un servicio de prestación obligatoria.

Acreditada la competencia municipal, respecto a la **decisión sobre la creación y forma de gestión del servicio**, de manera directa o indirecta, debemos tener en cuenta que, en general, dicha decisión administrativa es de carácter discrecional, pero debe estar basada en los correspondientes informes que acrediten **que la forma elegida es la más sostenible y eficiente.**

Los principios de eficiencia y sostenibilidad se han colocado, especialmente en los últimos años, en la cúspide de las exigencias programáticas de cualquier Ley. La eficiencia es la eficacia al mínimo coste; la sostenibilidad tiene una doble acepción: económica (control del déficit) y ambiental (respetuoso con el medio ambiente). La satisfacción del interés general ha de lograrse siempre de la manera más eficiente y sostenible posible. Resulta por ello esencial un análisis técnico de todos los aspectos que han de estudiarse para decidir la forma más eficiente de prestar un servicio público para, más allá de ideas previas preconcebidas, garantizar ese objetivo básico: ofrecer a los ciudadanos el mejor servicio público posible en relación calidad precio, logrando el equilibrio entre la eficiencia social y el saneamiento económico de la gestión.

En caso que la pretensión sea la de establecer el servicio y ejercer dicha actividad con vocación de permanencia, entendemos que si que se debe **tramitar el correspondiente expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad** de la medida que se propone, de acuerdo con lo previsto en el artículo 86.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL) y 97.1 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL).

El artículo 86.1 LBRL dispone que las Entidades Locales podrán ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas, siempre que esté garantizado el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias. En el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida habrá de justificarse que la iniciativa no genera 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. **Corresponde al pleno de la respectiva Corporación local la aprobación del expediente, que determinará la forma concreta de gestión del servicio.**

TANTO LA DOCTRINA COMO LA JURISPRUDENCIA TIENEN ESTABLECIDO QUE CUANDO SE EJERZA O SE VAYA A EJERCITAR POR LA ENTIDAD LOCAL UNA COMPETENCIA (EX NOVO) -SIN DIFERENCIAR SI PROPIA O IMPROPIA- DE INCIDENCIA ECONÓMICA, INDEPENDIENTE DE LA FORMA DE GESTIONARSE EL SERVICIO O ACTIVIDAD, DEBE TRAMITARSE EL EXPEDIENTE DEL ARTÍCULO 97 DEL TRRL.

3. EL CONCEPTO DE REMUNICIPALIZACIÓN O REINTERNALIZACIÓN DE UNA GESTIÓN INDIRECTA.

Con el fin de responder a las preguntas anteriores trataremos en primer lugar de precisar el concepto de remunicipalización, lo que nos obliga a detenernos previamente en el estudio del concepto de municipalización, pues **sólo si ha existido una municipalización, y la posterior opción por la gestión indirecta del servicio público municipalizado, podrá llevarse a cabo una posterior “remunicipalización” del modo de gestión o, como ya hemos apuntado anteriormente, una reinternalización** de la gestión de un servicio que no ha dejado de ser público, ya que se ha mantenido en todo momento su naturaleza de servicio público municipalizado. Volvamos al concepto: remunicipalización. En términos estrictos **remunicipalizar supone recuperar la gestión directa de servicios públicos locales que en la actualidad se prestan de forma indirecta.**

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

4. SU EXPLOTACIÓN EN RÉGIMEN DE MONOPOLIO.

El art. 86.2 de la LBRL declara la “reserva en favor de las EELL de estas actividades o servicios esenciales: abastecimiento domiciliario y depuración de aguas, recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos y transporte público de viajeros”

La reserva en favor de las EELL que establece el art. 86.2 establece la ***“posibilidad de que dichos servicios se puedan exigir en régimen de monopolio”***

Así el art. 86.2 establece dos momentos, uno primero la Ley reserva a los entes locales determinados servicios esenciales, con lo que se cumple con la reserva de ley establecida por el art. 128.2. pero esta reserva no es más que una potencialidad que , para ejecutarse, requiere que una concreta entidad local haga efectiva la reserva mediante la aprobación del expediente a que se refiere el art. 97.2 del TRRL. Todos los servicios reservados se ejercen en régimen de monopolio y la referencia a la intervención de la CCAA en la aprobación del expediente cuando en éste se prevea el monopolio hace referencia a la expropiación de las empresas privada que, con anterioridad a la reserva, hubieran estado

Máximo Rodríguez Bardal. Doctor en Derecho. Secretario-Interventor.

ejerciendo su actividad en el sector autorizados por licencia administrativa tal y como ilustra la STS de 12 de enero de 2022.

El monopolio es posible ejercerse prestacionalmente tanto en **GESTIÓN DIRECTA** como en **GESTIÓN INDIRECTA**.