

**MODIFICACIONS LEGISLATIVES
A PROPOSAR PER A FACILITAR
LA REINTERNALITZACIÓ
DELS SERVEIS D'ABASTAMENT
D'AIGUA**



AMAP

Associació de Municipis
i Entitats per l'Aigua Pública

1.- INTRODUCCIÓ

L'organització i la gestió dels serveis públics locals i el debat sobre la reinternalització dels mateixos es tracta d'un fenomen de dimensió europea. En aquest context, és important no perdre de vista el principal pressupòsit constitucional en joc, l'autonomia local, i la seva vinculació amb les decisions sobre la forma gestió dels serveis públics.

1.1 La Unió Europea i la llibertat dels Estats membres per decidir la forma de gestió dels serveis públics

El Dret de la Unió Europea és neutral sobre la forma de gestió dels serveis públics («serveis d'interès general o d'interès econòmic general», en la terminologia de la Unió Europea) dels Estats membres. Són aquests últims els que, d'acord amb el principi de subsidiarietat en la gestió de serveis públics, establert per l'art. 5.3 del Tractat de la Unió Europea (TUE), escullen el model de gestió:

«En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros» (art. 5.2 TUE).

El Tractat de Funcionament de la Unió Europea (TFUE) consagra el principi de neutralitat (art. 345 TFUE: «Los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros») i la prohibició d'accés privilegiat a les institucions financeres de les empreses públiques (art. 124 TFUE).

Tanmateix, els Tractats de la Unió Europea sí que imposen un principi general de competència, que dificultaria la gestió directa dels recursos monopolístics (com l'aigua), si no fos per l'excepció relativa a l'impediment de la missió específica. L'art. 106.2 TFUE preveu que:

*«2. Las empresas encargadas de la **gestión de servicios de interés económico general** o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, **en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho, o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada**. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión.»*

És a dir, els Tractats fundacionals imposen un principi general de liberalització quan es tracta de serveis d'interès econòmic general - com és l'abastament d'aigua- però no quan són serveis d'interès general sense caràcter econòmic, com ho són la sanitat, l'educació, els serveis socials, etc. Tanmateix, el mateix precepte legal preveu una excepció a la liberalització dels serveis d'interès econòmic general, relativa al compliment de les obligacions inherents al servei públic per part de les empreses prestadores, que es pot aplicar a l'abastament d'aigua.

El dret europeu considera el servei públic d'abastament d'aigua a domicili com a servei econòmic d'interès general, ja que el Llibre Verd sobre serveis d'interès general, COM (2003) 0270 final així ho categoritza al seu apartat 32:

« (2) Otros servicios de interés económico general

*Otros servicios de interés económico general, como la gestión de residuos, **el abastecimiento de agua** o los servicios públicos de radiodifusión, no están sujetos a un régimen regulador global de ámbito comunitario. En general, la prestación y la organización de estos servicios **están sometidas a las normas en materia de mercado interior, competencia y ayudas estatales**, siempre que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros. Además, ciertas normas comunitarias específicas, como la legislación en materia de medio ambiente, pueden aplicarse a determinados aspectos de la prestación de estos servicios.»*

No obstant això, l'excepció relativa al compliment de la missió específica i el fet que la Directiva Marc de l'Aigua consideri que **"El agua no es un bien comercial como los demás, sino un patrimonio que hay que proteger, defender y tratar como tal."** (considerant 1) justifica, al parer de qui subscriu aquest informe, que el règim de gestió i prestació de l'abastament d'aigua sigui anàleg als serveis d'interès general (no econòmic).

En resum, es pot afirmar que **els Tractats fundacionals de la UE no estableixen una preferència per la gestió indirecta dels serveis públics que justifiqui que les normes de dret derivat de la Unió Europea siguin interpretades en aquest sentit, ni que imposin als Estats membres unes obligacions pel que fa a la titularitat del seu règim de gestió dels serveis públics.**

Més enllà dels tractats constitutius, la legislació derivada ha tingut una afectació directa sobre la gestió dels serveis públics a l'Estat espanyol. Ens referim a les reformes de la legislació estatal conseqüència de la transposició de directives, com ara les directives de contractació pública, transparència i accés a la informació pública en matèria mediamiental, etc.

Mentre que aquestes reformes han estat d'importància cabdal per a la millora de la regulació interna en matèria ambiental, la interpretació que s'ha fet d'obligacions comunitàries en l'àmbit economicofinancer han servit de pretext per dificultar la gestió directa dels serveis públics, per exemple, de l'abastament d'aigua, a través de la incorporació a la regulació estatal dels principis d'estabilitat pressupostària i sostenibilitat financera, com veurem més endavant.

En l'àmbit específic de la contractació pública, per primer cop, la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrer, regula l'adjudicació de contractes de concessió (per separat de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrer, sobre contractació pública i per la qual es deroga la Directiva 2004/18/CE), **excloent del seu àmbit d'aplicació l'abastament d'aigua** (art. 12), degut al rebuig social que van provocar els primers documents de la proposta de Directiva de concessions, en especial al Fòrum Mundial de l'Aigua de Marsella, al març de 2012.

En concret, el Considerant 6 de la Directiva 2014/23/UE, d'adjudicació de contractes de concessió, d'acord amb el que disposen els Tractats constitutius de la Unió Europea, atorga llibertat als Estats membres per decidir «organizar la prestación de servicios, ya sea como servicios de interés económico general, como servicios no económicos de interés general, o como una combinación de ambos.»

En aquest sentit, l'art. 2.1 de la mateixa Directiva reconeix "el principio de **libertad de administración** de las autoridades nacionales, regionales y locales, de conformidad con el Derecho nacional y de la Unión» i la «**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».

L'accessibilitat econòmica deriva, indefectiblement, de la sostenibilitat financera en la prestació del servei, i aquesta sostenibilitat no pot resultar, única i exclusivament, del principi d'estabilitat pressupostària que ha evolucionat normativament des de la reforma de l'article 135 de la CE cap a posicions limitatives de l'autonomia financera i, en conseqüència, de l'autonomia política. Sigui com sigui, no es tracta d'eliminar els principis de sostenibilitat en l'assignació de recursos públics sinó d'adoptar una interpretació no centralista, i tanmateix, que deixi d'infravalorar el principi d'autonomia.

En paraules de Pagès Galtés, Joan, a *Anàlisi jurídica de la utilització de l'estabilitat pressupostària com a límit del principi d'autonomia financera*. Revista catalana de dret públic, número especial article 155 CE, el principi d'autonomia no ha de començar quan finalitza el principi d'estabilitat pressupostària, sinó que ambdós han d'estar al mateix nivell en l'exegesi constitucional.

L'art. 2.1 de la Directiva 2014/23/UE continua afegint que:

«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.»

El segon apartat del mateix article disposa que la Directiva en qüestió «no afecta a los regímenes de propiedad de los Estados miembros y, en particular, no requiere la privatización de empresas públicas que presten servicios al público.»

En conseqüència, **els Estats membres poden decidir com regulen la gestió de l'abastament d'aigua, si a través de formes directes o indirectes, sempre i quan, evidentment, es compleixin els estàndards que imposa la Directiva marc de l'aigua.**

Els Estats membres són lliures de regular la prestació del servei públic d'abastament d'aigua, havent optat el legislador espanyol per la competència de les Entitats locals en matèria d'abastament d'aigua potable a domicili i evacuació i tractament d'aigües residuals (art. 25 LRBRL), la consideració de l'abastament domiciliari d'aigua potable com a servei mínim local (art. 26 LRBRL) i per la potestat de les entitats locals d'escollir la forma de gestió - directa o indirecta - dels serveis públics de competència local atenent els criteris de l'art. 85 LRBRL.

Mitjançant una proposta de reforma normativa que s'adjunta a l'Annex, a través d'aquest informe es proposa recuperar l'autonomia local per escollir la forma de gestió dels serveis públics locals atenent a les necessitats específiques del municipi, potestat minvada per les modificacions dutes a terme per la Llei 27/2013, de 27 de desembre, de racionalització i sostenibilitat de l'Administració Local (LRSAL).

1.2 La gestió dels serveis públics locals i la constitucionalització del principi d'estabilitat pressupostària

La reforma exprés de l'art. 135 de la Constitució espanyola el setembre del 2011 va constitucionalitzar el principi d'estabilitat pressupostària, que va introduir l'obligació de totes les Administracions Públiques de complir amb la situació d'equilibri o superàvit estructural. En la seva nova redacció, l'article 135.2 CE fa referència específica a les entitats locals, exigint que hauran de presentar equilibri pressupostari.

A través de la reforma de l'art. 135 CE es va constitucionalitzar l'austeritat, per tant es van condicionar les polítiques econòmiques de forma no temporal (com a mesura provisional davant de la crisi econòmica), sinó permanent, traslladant-se els requisits d'austeritat del nivell econòmic al constitucional, erigint-se un model de «constitucionalisme econòmic».

Per aquest motiu, malgrat que els efectes de la crisi econòmica que va començar al 2008 sembla que estiguin a les acaballes (i sense obviar que és possible que ens trobem a l'avantsala d'un altre escenari de crisi), a dia d'avui, els mandats d'austeritat econòmica i les seves conseqüències en l'àmbit dels serveis públics locals, com ara el subministrament d'aigua a domicili, continuen vigents.

La constitucionalització del principi d'estabilitat pressupostària implica que quan estigui en joc la seva aplicació en relació a altres principis constitucionals, com pot ser l'autonomia local, aquests i la seva interpretació han de modular-se.

Tal i com està redactat l'article 135 CE, en especial el seu apartat tercer, que prioritza el pagament del deute («gozará de prioridad absoluta»), ha facilitat una silenciosa prevalença en l'ordre constitucional del principi de caràcter economicofinancer sobre la resta, entre els quals s'hi troben els de caràcter social.

La prioritització de la sostenibilitat financera en el marc de la nova constitució econòmica pot ser contrària a l'art. 1.1 CE, ja que introdueix un mandat que, portat a la pràctica, pot vulnerar el contingut essencial que defineix l'Estat espanyol com un Estat social i democràtic de Dret, que és la prestació de serveis públics de qualitat.

Així doncs, mitjançant la reforma del 135 CE s'instaura el reconeixement constitucional de l'estabilitat pressupostària com principi rector de l'acció dels poders públics, però el principi de sostenibilitat financera i la regla de despesa, introduïdes per la Llei Orgànica 2/2012, de 27 d'abril, d'Estabilitat Pressupostària i Sostenibilitat Financera (LOEPSF), no tenen rang constitucional.

Es suprimeix la preferència constitucional pel pagament del deure (art. 135.3 CE) i afegint-hi mecanismes de garantia dels drets bàsics de la ciutadania, per exemple, a través

de la prestació de serveis públics de qualitat, podria mantenir-se l'obligació d'estabilitat pressupostària a la vegada que s'asseguraria l'elecció per les entitats locals del millor mètode de gestió dels serveis públics amb criteris no financers.

D'aquesta manera, l'article 135 podria mantenir el requisit d'estabilitat pressupostària, previst a la normativa europea i prioritzar la garantia a la ciutadania d'uns serveis públics de qualitat.

D'aquesta manera, els serveis públics podrien ser considerats despeses essencials per al desenvolupament econòmic que, de manera complementària, i no exclouent, podrien enfortir també els ingressos de les administracions públiques i fomentar la seva estabilitat pressupostària.

En qualsevol cas, es podrien afegir situacions d'excepcionalitat conjuntural on es pogués flexibilitzar l'aplicació dels límits en dèficit públic i deute públic, per tal de prioritzar també en aquestes ocasions, l'atenció a les necessitats de la població per sobre de l'estat de les finances públiques.

No obstant això, **malgrat aquesta configuració constitucional, el desenvolupament de l'art. 135 CE admetia diverses formulacions que entraven dins del marc de la decisió política i l'opció del legislador va ser ampliar-ne l'extensió.**

La LOEPSF no es va limitar a regular el principi d'estabilitat pressupostària constitucionalment previst, sinó també va introduir-hi els principis d'eficiència (que ja estava previst a l'art. 31.2 de la Constitució, referent a la despesa pública), el de sostenibilitat financera i la regla de despesa. A més, a posteriori, el legislador va decidir traslladar-ho a la LRBRL a través de la LRSAL, quan les entitats locals ja es podrien considerar vinculades per la regulació de la LOEPSF.

A part de la dispersió normativa que han comportat aquestes modificacions i la seva afectació en la seguretat jurídica dels operadors i la ciutadania, considerem que **la reforma constitucional i el seu desenvolupament a través de la LOEPSF van ser jurídicament innecessàries, atès que ja hi havia instruments legals suficients per fixar límits raonables al dèficit i el deute.**

L'establiment de límits de dèficit i deute ja figura al Tractat de Funcionament de la Unió Europea i a la legislació europea, que vincula els Estats membres. De fet, el mateix Preàmbul de la LOEPSF s'hi remet:

«Introduciendo al máximo nivel normativo de nuestro ordenamiento jurídico una regla fiscal que limita el déficit público de carácter estructural en nuestro país y limita la deuda pública al valor de referencia del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.».

En aquest sentit, la Llei 27/2013, de 27 de desembre, de racionalització i sostenibilitat de l'administració local (LRSAL), sota el pretext de valoracions tècniques amb aspiracions de neutralitat, i amb l'excusa de la sostenibilitat financera, expressa una opció ideològica que va comportar una sensible involució en matèria d'autonomia local en l'organització dels serveis.

Amb tot, les reformes normatives que es proposen a través d'aquest informe no contradiuen el principi constitucional del nou article 135 de la Constitució, atès que una configuració legal diferent, que assegurí l'eficiència en la despesa pública i alhora la potestat dels ens locals per escollir el model de gestió que garanteixi uns serveis públics de qualitat, no només és possible, sinó també necessària.

1.3 Estructura de l'informe

Per tot l'exposat, el present treball examinarà les vies necessàries perquè les decisions sobre la forma gestió del servei públic d'abastament d'aigua –i dels serveis públics reservats, en general– garanteixin l'autonomia local, més enllà de què la doctrina constitucional hagi beneït la LRSAL, i tanmateix es flexibilitzin en el seu procediment administratiu d'elecció i d'assumpció, avui excessivament burocràtic, i únicament cenyit a criteris d'estabilitat pressupostària, essent aquesta opció d'una gran dosi política.

Per tal de retornar a la flexibilitat i la proximitat que requereixen la prestació dels serveis públics, i en especial, la seva gestió directa, per eliminar la rigidesa excessiva de la multiplicitat de procediments administratius, seria necessari derogar la major part de l'articulat de la LRSAL.

Tanmateix, l'objecte del present informe i la proposta de modificació legislativa es centren en reformes legislatives principals que facilitin la remunicipalització de l'aigua, per tant, no podem ser exhaustius i fer esment i anàlisi de totes les modificacions de la LRSAL, centrant-nos en les principals.

Per tant, un cop exposats els precedents normatius en el Dret de la Unió Europea i la Constitució espanyola, primerament, es desenvolupa quina és la naturalesa del servei d'abastament d'aigua, segon, s'explica la titularitat pública del servei, tercer, com funciona l'establiment del servei, i quart, com es justifica la gestió; per tal de concloure les necessàries modificacions enunciades.

2.- LA NATURALES DEL SERVEI D'ABASTAMENT D'AIGUA

El servei urbà d'abastament i sanejament d'aigua per a usos domèstics ha tingut tradicionalment la consideració de bé de primera necessitat, no només des del punt de vista econòmic, sinó també associat a la idea de que cobreix necessitats humanes bàsiques –relacionades amb l'alimentació i la higiene– la provisió de les quals ha de garantir el sector públic.

Tant és així, que els sistemes d'abastament municipal del segle XIX, molt tecnificats per l'època, i que requerien fortes inversions inicials, van configurar als municipis el que es va conèixer com a monopolis naturals, en els quals no era aplicable les regles del mercat, doncs l'administració assumia el finançament per aconseguir l'accés universal de l'aigua.

Aquest accés universal i provisió garantida per l'administració, converteix l'abastament d'aigua a la població en un servei públic des de la Llei d'Aigües de 13 de juny de 1879 que, en el seu article 171, va atribuir als Ajuntaments <<formar los reglamentos para el régimen y distribución de las aguas en el interior de las poblaciones>>, abans, en el seu cas, de la concessió de l'aprofitament del cabal corresponent a una empresa.

L'Estatut Municipal de 8 de març de 1924, aprovat mitjançant Decret Llei de 12 d'abril de 1924, va incloure l'abastament d'aigües entre els serveis <<de la exclusiva competencia de los Ayuntamientos>>. El Decret de 12 d'abril de 1924 va declarar en el seu article 1 que quedaven configurats com a serveis públics els subministres d'energia elèctrica, aigua i gas, i el Decret de 14 de juliol de 1924 –Reglament d'Obres, Serveis i Béns Municipals– va regular en els seus articles 77 a 79 la concessió pels municipis a empreses privades.

L'abastament d'aigua a la població ha constituït des d'aleshores un servei públic municipal, i així ho va disposar i configurar l'article 114.2 del Reglament de Serveis de les Corporacions Locals, aprovat per Decret de 17 de juny de 1955.

Actualment, l'article 66.3.l) del Decret legislatiu 2/2003, de 28 d'abril, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya, estableix que el municipi té competències pròpies en les matèries següents: <<l) El subministrament d'aigua i l'enllumenat públic, els serveis de neteja viària, de recollida i tractament de residus, les clavegueres i el tractament d'aigües residuals>>.

Afegeix l'article 67 de l'esmentat precepte legal que: <<Els municipis, independentment o associats, han de prestar, com a mínim, els serveis següents: a) En tots els municipis: enllumenat públic, cementiri, recollida de residus, neteja viària, abastament domiciliari d'aigua potable, clavegueres, accés als nuclis de població, pavimentació i conservació de les vies públiques i control d'aliments i begudes>>.

Ambdós preceptes troben el seu correlatiu homòleg en la legislació estatal, en els articles 25 i 26 de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases del règim local (LRBRL), en el seu redactat donat per la Llei 27/2013, de 27 de desembre, de racionalització i sostenibilitat de l'administració local (LRSAL).

Així doncs, l'abastament domiciliari d'aigua potable és una competència bàsica o servei mínim a prestar de forma obligatòria per tots els municipis, d'exercici irrenunciable per part d'aquests, i que només poden abstenir-se de complir en cas de sol·licitud de dispensa de l'obligació al Govern de la Generalitat.

Tanmateix, l'article 86.2 de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases del règim local estableix la reserva a les entitats locals d'un conjunt d'activitats que qualifica d'essencials. Entre els serveis reservats es troba, entre d'altres, l'abastament d'aigua potable.

3.- LA TITULARITAT PÚBLICA DEL SERVEI

Vist tot el que s'ha exposat fins ara, la qüestió és determinar aquesta qualificació de reservat que aporta a l'esquema general d'atribució competencial dissenyat per la pròpia Llei Reguladora de les Bases del Règim Local en els articles 25 i 26.

En aquest sentit, es pot entendre que la reserva equival a una declaració formal de servei públic. Però això no és admissible per diversos motius: per un costat, la reserva no aporta res al concepte i règim del servei públic, amb el que seria innecessària; i per altre costat, existeixen nombrosos serveis públics que no estan reservats. En l'àmbit local, la situació és meridianament clara: els articles 25 i 26 atribueixen als municipis la competència sobre certs serveis públics, i només algunes d'elles, considerades essencials per la Llei, són reiterades posteriorment en el 86.2, declarant la seva reserva. **Entre els serveis essencials reservats per l'article 86.2 es troba el de l'abastament domiciliari i depuració d'aigües.**

Si la reserva equivalgués exactament a la declaració formal de servei públic, aquest precepte seria innecessari i redundant. **"La reserva significa quelcom més, aporta alguna cosa nova; té un sentit diferent que justifica la seva existència"** –Molina Giménez, Andrés–.

La doctrina ha apuntat, en conseqüència, a la necessitat de considerar la reserva com una tècnica que va molt més enllà del servei públic, proporcionant un títol d'intervenció més intens a disposició de l'Administració. Així per Martín Retortillo, S. *"Las ideas de esencialidad y reserva a las que hace referencia el texto constitucional en el artículo 128.2 resultan innecesarias en lo que al servicio público se refiere". Són innates al servei públic, de manera que, "lo que la Constitución pretende en este precepto es ampliar las posibilidades de actuación pública mucho más allá"*.

Alguns autors han pretès associar la reserva del 128.2 CE, acotada en el 86.2 de la LRBRL, a la tècnica nacionalitzadora o de monopolització pública. Però aquesta pretesa equivalència entre reserva i monopoli tampoc és oportuna. La opció de monopolitzar no és una decisió del legislador sinó que es difereix a un moment posterior en el que el municipi entengui oportú efectuar-la.

En definitiva, el que resulta adequat és identificar la tècnica de la reserva com un simple mecanisme de creació de títols públics d'intervenció administrativa. La reserva atorga la titularitat del servei al municipi, i el faculta perquè en qualsevol moment pugui assumir l'activitat.

En paraules de Molina Giménez, *"estem davant d'una funció pública afectada per tres títols públics d'intervenció vinculats al municipi: competència local, declaració de l'activitat com a servei públic de prestació mínima i obligatòria per tots els municipis i **reserva a la titularitat local**"*.

Així, la LRBRL configura un sistema de garantia pública singularment intens que és inalienable. Aquesta clara posició doctrinal respecte la titularitat pública del servei d'abastament d'aigua potable ha estat seguida per la jurisprudència i avalada per les Sentències

del Tribunal Suprem –STS– de 24 d'octubre de 1989, de 22 de setembre de 1994, de 29 de març de 1996, de 16 de maig de 1997 o 21 de juny de 1999, entre d'altres.

Així la STS de 22 de setembre de 1994 en el seu fonament de dret segon diu:

<<SEGUNDO. - El 1º de los motivos articulados por la parte recurrente, expresa como argumento que la sentencia de instancia aplicó indebidamente el art. 107.1 RDLeg. 781/86. Teniendo en cuenta los argumentos del recurrente y de la parte recurrida, debemos hacer las siguientes precisiones:

*1º El suministro de agua potable a los ciudadanos, **es un servicio público esencial de titularidad municipal**. Por ello el art. 86.3 de la L 7/85 de 2 abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, declara la reserva en favor de las Entidades Locales del Servicio esencial de abastecimiento y depuración de las aguas>>.*

En la mateixa direcció es manifesta la STS de 24 d'octubre de 1989, quan assenjala que:

*<<...una forma de **actividad cuya titularidad ha sido reservada en virtud de una Ley a la administración** para que ésta la reglamente, dirija i gestione, en forma directa o indirecta, y a través de la cual se presta un servicio al público de forma regular y continua>>.*

En paraules de Gimeno Feliu, J.M., a Estudio sistemático de la Ley de Administración Local de Aragón. <<De los Servicios públicos locales. La iniciativa socioeconómica>>. Capítol 11:

<<En resumen, y concluyendo antes de que se precisen estas afirmaciones, de la total actividad de prestaciones realizadas por la Administración local, hay un parte de ellas, la más esenciales, que han sido asumidas como competencia propia (de su titularidad), en tanto que otra parte es prestada en concurrencia con la iniciativa privada, satisfaciendo ambas –sector público y sector privado– en este caso, una necesidad de carácter público.

*Así, en la LAL, la inicial declaración de servicio público obedece a la técnica de asunción genérica de responsabilidad **estando en presencia de servicios públicos de titularidad municipal en los supuestos del artículo 86.3 de la LRBRL** o que se declaren por otra norma legal –sobre la base del artículo 128.2 de la CE– **al realizar una reserva de actividades en favor del sector público local (abastecimiento y depuración de aguas, recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, mataderos, mercados y lonjas centrales, transporte público de viajeros)>>.***

O a Ortega Álvarez, L. Competencias propias de las Corporaciones locales. <<Tratado de Derecho Municipal>>. Volum I, dirigit per Muñoz Machado, S.:

<<La necesidad de uniformar el grado de intensidad de la participación de los Entes locales en determinadas materias ha llevado al legislador básico del régimen local a establecer una reserva material de actividades en torno de los Entes locales, que se concreta en dos técnicas: la obligación de la prestación de determinados Servicios mínimos y la reserva a favor de los Entes locales de la prestación de determinados servicios esenciales>>.

D'igual manera es manifesta Molina Giménez, Andrés:

<<La legislació de règim local distingeix entre diversos tipus de serveis públics. Uns es declaren, simplement, de la competència local; altres, per la seva especial qualificació, són qualificats com a serveis mínims. No obstant tot això, només uns quants, d'entre aquests últims, són considerats com a serveis essencials>>.

El servei públic local d'abastament d'aigua té, doncs, tres notes característiques essencials: a) constitueix una activitat prestacional, i no qualsevol activitat, b) satisfà necessitats col·lectives humanes rellevants i bàsiques, i c) està assegurat per una entitat local que assumeix la titularitat.

4.- L'ESTABLIMENT DEL SERVEI

En desenvolupament del que s'ha vingut exposant fins ara, l'esmentada reserva legal de l'article 86.2 de la LRBRL posa de manifest el dubte de si quan ens trobem davant d'un servei reservat a la titularitat del sector públic, l'expedient d'implantació del mateix, regulat a l'article 159 del Decret 179/1995, de 13 de juny, pel qual s'aprova el Reglament d'obres, activitats i serveis dels ens locals, és estrictament necessari. En aquest cas, ni la jurisprudència, ni la doctrina han estat pacífiques.

Un part, exigeix una decisió solemne i pública –publicatio–, mitjançant la qual l'entitat local assumeix la titularitat i és garantia de la regularitat i la continuïtat del servei. La publicatio com a declaració formal de l'activitat com a servei públic local, assumint com a pròpia l'activitat prestacional.

Així la STS de 23 de maig de 1997 diu:

<<Servicios públicos locales, caracterizados por la declaración formal o publicatio, la naturaleza prestacional, la necesidad de utilizar un procedimiento o forma de gestión de derecho público y por el criterio teleológico de servir a fines señalados como de la competencia de la Entidad Local. De esta manera, pueden considerarse servicios públicos locales los que las Entidades Locales declaren como tales, siempre que cumplan los requisitos del artículo 85 de la LRBRL>>.

Per aquesta part doctrinal i jurisprudencial, la titularitat neix de la publicatio i comporta un conjunt de poders irrenunciabls garantint a la ciutadania la prestació regular i continuada del servei.

No obstant tot això, a parer de qui subscriu, quan ens trobem davant d'un servei reservat a la titularitat del sector públic, l'expedient d'implantació del mateix, regulat a l'article 159 del Decret 179/1995, de 13 de juny, pel qual s'aprova el Reglament d'obres, activitats i serveis dels ens locals, és innecessari i no hi afegeix res.

Així ho han entès òrgans judicials que han conegut d'afers similars, com la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de la Comunitat Valenciana número 1674/2000, de 15 de desembre de 2000, que considera que no és necessària la tramitació d'un expedient d'aquesta naturalesa en la proposta de prestació d'un servei de recollida de residus, precisament perquè és un prestació obligatòria:

<<...respecto al segundo motivo esgrimido, relativo a considerarse por la recurrente la necesidad de haberse tramitado al efecto un expediente, en vez de tomarse el acuerdo con ausencia de este, y al respecto, la recurrente considera y entiende que era necesaria tal tramitación en base a lo prevenido en el art. 86.1 de la LBRL. Sin embargo, en tal precepto se exige la tramitación de expediente para acreditar la conveniencia y oportunidad de municipalizar un servicio no reservado para ejercer en régimen de libre concurrencia con los ciudadanos, una determinada actividad económica, entendiéndose por no reservados los no incluidos en el art. 26.1 de dicha Ley 7/1985, pero no exigible para los supuestos del ejercicio por el municipio de un puro servicio público o competencia administrativa de ejercicio obligatorio.

Y encontrándonos en el presente caso en este segundo supuesto, al implicar, a tenor de ese art. 26.1, un servicio obligatorio a prestar por el municipio el de recogida y tratamiento de los residuos, la conclusión derivada es la no exigencia de esta previa tramitación de expediente en supuestos como el ahora contemplado>>.

I en un altre supòsit, la STSJ de Canàries de 9 de novembre de 2004, que arriba a la mateixa conclusió que en el supòsit anterior, però en aquest cas en referència a la prestació del servei d'abastament domiciliari d'aigua potable:

<Otra muy diferente, es que el municipio en ejecución del mandato legalmente establecido no pueda asumir, como competencia propia, obligatoria e ineludible, la prestación del suministro domiciliario de agua. Sin que sea de aplicación a dicho suministro de aguas, lo establecido en el art. 86 de la Ley de Bases, cuando declara que «las entidades locales, mediante expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida, podrán ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas conforme al art. 128.2 de la Constitución», artículo por el que «se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica»>>.

Aquesta línia, la no exigència d'establiment del servei per aquelles activitats essencials i reservades, ha estat compartida per part de la doctrina. I de fet, el número d'ajuntaments que exerceixen la competència de forma pacífica sense haver-lo establert, és considerable.

Tot aquest debat es trasllada, alhora també, al cas de determinades modalitats de gestió indirecta, atès que l'article 284 de la nova Llei 9/2017, de 8 de novembre de contractes del sector públic, seguint la Directiva 2014/23/UE, estableix una aplicació específica i diferenciada de determinades normes a les concessions de serveis quan aquestes es refereixen a serveis públics.

<<Article 284. Àmbit del contracte de concessió de serveis.

1. L'Administració pot gestionar indirectament, mitjançant un contracte de concessió de serveis, els serveis de la seva titularitat o competència sempre que siguin susceptibles d'explotació econòmica per particulars. En cap cas es poden prestar mitjançant concessió de serveis els que impliquin exercir l'autoritat inherent als poders públics.

2. Abans de procedir a contractar una concessió de serveis, en els casos en què es tracti de serveis públics, se n'ha d'haver establert el règim jurídic, que declari expressament que l'activitat de què es tracta queda **assumida per l'Administració respectiva com a pròpia** d'aquella, que determini l'abast de les prestacions a favor dels administrats, i que reguli els aspectes de caràcter jurídic, econòmic i administratiu relatiu a la prestació del servei>>.

Així les coses, en l'annex del present informe es proposen les modificacions legislatives tendents a eliminar la presumpta obligatorietat del requisit d'assumpció de l'activitat per part dels ens locals com a pròpia, per aquells serveis públics reservats, als quals la pròpia llei ja atorga una garantia pública singularment intensa en tant que en reserva la titularitat local.

5.- LA FORMA DE GESTIÓ

Com hem avançat, a través de la LRSAL, es va modificar la LRBRL per introduir-hi els criteris d'eficiència i sostenibilitat en l'elecció de la forma de gestió dels serveis públics. Amb aquesta modificació, el principi de llibertat d'elecció del model de gestió dels serveis locals deixa pas al model de gestió «més sostenible i eficient».

La nova redacció de l'art. 85.2 LRBRL estableix dues modificacions de gran abast, d'una banda, dificulta la prestació directa de determinats serveis per afavorir expressament la seva externalització i de l'altra, dóna preferència a unes fórmules de gestió directa per sobre d'altres.

La preferència per formes de prestació de serveis dels ens locals mitjançant ens instrumentals es limita, imposant fórmules de gestió sotmeses a dret públic, com una mesura més per a la consecució de l'objectiu de la LRSAL, de racionalitzar l'estructura organitzativa de l'administració local.

Sota el pretext d'una gestió ineficient i de corregir les carències de les Administracions locals a l'hora d'utilitzar altres recursos per prestar els seus serveis, i en lloc d'abordar problemes organitzatius, de recursos humans, procedimentals, de transparència - que és públic i notori que afecten a les empreses municipals - **el legislador aposta clarament per la gestió indirecta dels serveis públics, amb les conseqüències que això suposa per a la ciutadania: una reducció en la qualitat, una minva de la participació ciutadana i del principi democràtic.**

A part d'aquesta preferència per la gestió indirecta, **entre els models de gestió directa, la LRBRL declara la preferència pels models de gestió més dependents del municipi (gestió per la pròpia entitat local o per organisme autònom local), respecte de les fórmules societàries o de dret privat, sense cap justificació.** Les primeres tenen major

rigor i control de la despesa pública i menor flexibilitat en la gestió, degut a la subjecció al dret administratiu, per tant, són l'opció preferent a les reformes operades per la LRSAL.

Els nous criteris de sostenibilitat i eficiència introduïts per la LRSAL es materialitzen amb les exigències que consti a l'expedient una memòria justificativa que expliciti els assessoraments rebuts, que es faran públics i que inclogui els informes sobre el cost del servei.

Així mateix, en la línia de tota la LRSAL, es potencia la figura de l'interventor, que haurà de valorar la sostenibilitat financera de les propostes.

La preferència que la nova regulació estableix per l'opció de la gestió directa per part de la pròpia entitat local o els seus organismes autònoms (per sobre de la realitzada per entitats públiques empresarials o societats mercantils locals) va ser recorreguda al TC per les Comunitats Autònomes, tant perquè consideraven que suposava una vulneració de l'autonomia local, com una vulneració de les competències estatutàries de les Comunitats Autònomes, que inclouen la regulació de les modalitats de gestió, sense que la prelación establerta pogués considerar-se, al seu parer, un principi bàsic que pogués establir vàlidament l'Estat.

A la Sentència 41/2016, de 3 de març de 2016 (recurs d'inconstitucionalitat 1792-2014) el TC va resoldre aquestes alegacions, primer, fent referència al precepte en qüestió, interpretant, en efecte, que s'estableix una preferència per determinades formes de gestió directa:

*«A su vez, **en lo concerniente a la gestión directa, tienen preferencia unas soluciones sobre otras.** El recurso a la entidad pública empresarial o a la sociedad mercantil local cabe solo si resulta más sostenible y eficiente que la gestión mediante organismo autónomo o por la propia entidad local -a partir de criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión- y si se cumplen determinadas exigencias formales, entre ellas, un informe del interventor local sobre su sostenibilidad financiera conforme al art. 4 de la Ley Orgánica de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.»* (Sentència 41/2016, de 3 de març de 2016. Recurs d'inconstitucionalitat 1792-2014).

I seguidament, el TC va determinar la constitucionalitat de la nova redacció de l'art. 85.2 LRBRL:

*«Bajo la óptica de las Comunidades Autónomas, esta regulación impone limitaciones a la legislación autonómica del régimen local que deben reputarse básicas. **El art. 149.1.18 CE da cobertura a una legislación básica sobre la gestión de servicios públicos locales** [SSTC 103/2013, FJ 3 d); 143/2013, FJ 7], **teniendo cuenta la estrecha conexión que toda regulación de servicios reservados (más o menos sustraídos al régimen de libre mercado) guarda con las opciones de ordenación general de la economía que la Constitución atribuye al Estado (art. 149.1.13 CE).***

La nueva ordenación básica responde a la finalidad de evitar la proliferación de personificaciones instrumentales o, más precisamente, de asegurar la sostenibilidad financiera y eficiencia de las que se creen; con independencia de la

eficacia real del instrumento, expresa una opción, no solo legítima, sino estrechamente vinculada a determinados mandatos constitucionales (arts. 31).

Desde la perspectiva de los entes locales, el art. 85.2 LBRL condiciona la autonomía local, pero no la vulnera en absoluto. Los entes locales conservan amplios espacios de opción organizativa. No puede ponerse reparos a la previsión de un informe del interventor local que valore la sostenibilidad financiera. Así resulta de la doctrina constitucional en relación con el control de eficacia que el art. 136 LBRL atribuye al interventor municipal. La STC 143/2013, FJ 10, declaró que ni ese control «ni la circunstancia de que ello implicaría una valoración de la gestión económico-financiera llevada a cabo por los órganos de gobierno del Ayuntamiento suscitan reparos de índole constitucional, sino todo lo contrario, pues todo ello se ajusta plenamente a los principios generales de buena gestión financiera parcialmente constitucionalizados en el art. 31.2 CE.

Consecuentemente, ***procede desestimar la impugnación del art. 85.2 LBRL, en la redacción dada por el art. 1.21 de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local.***»

El TC va considerar que la nova redacció del precepte legal tenia cabuda dins les competències exclusives estatals de l'article 149.1.18, relatiu a les bases del règim jurídic de les Administracions públiques, per la relació que té la regulació de serveis reservats amb l'article 149.1.13, sobre bases i coordinació de la planificació general de l'activitat econòmica. Així mateix, ***el TC va reconèixer que el 85.2 LRBRL condicionava l'autonomia local***, malgrat que, al seu parer, no la vulnerava.

En conclusió, malgrat que no va ser declarada inconstitucional, la derogació de la reforma operada per la LRSAL sobre l'art. 85.2 LRBRL retornaria competències tant a les Comunitats Autònomes com als ens locals.

Així mateix, podem qüestionar la finalitat real de la mesura des de la perspectiva de l'eficiència econòmica, en el sentit de la publicació d'Andrés Boix Palop, Professor de Dret Administratiu de la Universitat de València, «Sentido y orientación de la Ley 27/2013 de racionalización y sostenibilidad de la Administración local: autonomía local, recentralización y provisión de servicios públicos locales»¹:

*«La conclusión que parece esbozarse a partir de estas coordenadas es que la reforma local llevada a cabo por la LRSAL, por la vía de fomentar la prestación del servicio a cargo de las Diputaciones (e incluso forzarla, en algunos casos extremos), **está en la práctica incentivando un sistema de prestación más indirecto, más privado, más externalizado y en manos de empresas más grandes.** (...)*

*Debe señalarse que esta conclusión contiene elementos paradójicos, alguno muy visible en preceptos como el nuevo art. 85.2 LRBRL, que, como se ha señalado, para optar por ciertas modalidades de prestación directa de los servicios públicos locales **exige una detallada memoria económica justificativa de la conveniencia, en términos de eficacia y economía, de la modalidad elegida pero que, en cambio, exige de este requisito cuando la opción elegida es la gestión indirecta.***

¹Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, núm 2, juliol-desembre 2014, ISSN: 1989-897, publicada per l'INAP. Recuperada de: <https://docplayer.es/56013838-Revista-de-estudios-de-la-administracion-local-y-autonomica.html>

Algo que no plantearía problemas si pudiéramos asumir que esta última va a ser siempre más eficiente y económica que la gestión directa, pero **la evidencia empírica no es ésta sino, en muchos casos, la contraria (como por ejemplo el Tribunal de Cuentas ha demostrado en su reciente Informe de fiscalización de servicios públicos locales para el ejercicio 2011, donde se constata, antes al contrario, una generalizada situación de sobrecoste en los casos de servicios prestados por empresas privadas en comparación con los servicios homologables prestados por ayuntamientos equiparables de forma directa).**

Queda pues claro, con ejemplos como éste, que la ley ha antepuesto en muchos casos una voluntad de reforma de los mercados que tiene como base otras razones antes que la pura eficiencia económica o el intento de eliminar incentivos para la corrupción.»

Juli Ponce, a l'article titulat «Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones»², considera que **en el rescate de concesiones de servicios también s'havia de justificar que la gestión directa del servicio era más sostenible i eficient que la gestión indirecta.**

Fins i tot abans de l'entrada en vigor de la nova LCSP, i malgrat que el redactat de l'anterior normativa de contractació pública (el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público) no ho especificués:

«En la ponderación diligente y cuidadosa de todos los elementos relevantes para la toma de la decisión de rescatar, ya vimos que era preciso constatar por el decisor que la gestión directa sería más sostenible y eficiente que la indirecta existente (art. 85 LBRL). Además, el art. 31 CE, al establecer el principio de economía como elemento de la buena administración, también obliga a ponderar el posible ahorro de recursos públicos que una u otra solución supone.»

A més, Juli Ponce apunta que en el rescate de concessions també s'han de tenir en compte les previsions de l'art. 116 bis:

«En ese sentido, será preciso también al adoptar la decisión de rescatar tener en cuenta el art. 116 bis de la LBRL, introducido por el número treinta del artículo primero de la LRSAL. En este sentido, la decisión de rescatar o no deberá medir el impacto del rescate en las arcas públicas, y garantizar que no suponga incumplimiento de estos requisitos constitucionales y legales. Si se adoptara la decisión de rescatar y ello implicara vulnerar dichas obligaciones jurídicas, la decisión sería inválida por contravenir estos preceptos y el decisor sería susceptible, dependiendo de las circunstancias, de cometer una infracción de las tipificadas en el art. 28 de la Ley estatal 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.»

El cert és que l'art. 116 bis LBRL i la disposició addicional novena de la LBRL, que desenvolupen el contingut i seguiment del pla economicofinancer de les entitats locals i regulen el «redimensionament del sector públic local», dificulten la creació d'empreses

²Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones». Juli Ponce Solé. https://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1703/05_PONCE_P69_109_QDL_40.pdf?sequence=1&isAllowed=y

locals o participació en les mateixes com a mesura de racionalització organitzativa quan es formula un pla econòmic-financer o s'ha elaborat un pla d'ajust.

D'acord amb l'art. 21 LOEPSF, l'incompliment de l'objectiu d'estabilitat pressupostària, deute públic o regla de despesa per part de l'Ajuntament suposa que haurà de formular un pla econòmic-financer que permeti complir en l'any en curs i al següent aquests objectius. El contingut del pla es troba a l'art. 21.2 LOEPSF i es concreta, per al cas de les entitats locals, a l'art. 116.bis LRSAL.

En concret, s'exigeix que una de les mesures a adoptar pel pla economicofinancer sigui la supressió de les competències diferents a les pròpies i les atribuïdes per delegació. A més, a aquestes mesures s'hi han d'afegir les previstes a la disposició addicional novena LRSAL, que prohibeixen adquirir, constituir o participar en la constitució directa o indirectament, de nous organismes o entitats de qualsevol tipus, realitzar aportacions patrimonials o subscriure ampliacions de capital d'entitats públiques empresarials o de societats mercantils locals que tinguin necessitats de finançament i que també hauran de tenir el seu reflex en el pla economicofinancer.

És a dir, **l'incompliment dels objectius d'estabilitat pressupostària, deute públic o regla de despesa evoca a la detracció de l'esfera competencial de totes o part de les competències diferents de les pròpies o les atribuïdes per delegació i la prohibició temporal de finançament de les activitats econòmiques desenvolupades a través d'una societat mercantil.**

El 116.bis també preveu la intervenció de la Diputació en el sanejament economicofinancer dels municipis, que reflecteix les tres característiques del nou sistema competencial introduït per la LRSAL: avaluació de la capacitat de gestió en base a l'estabilitat pressupostària i la sostenibilitat financera, focalització de l'actuació provincial en l'assistència a municipis i concertació.

És cert que el TC també va desestimar les al·legacions d'inconstitucionalitat de l'art. 116 bis formulades pels parlaments autonòmics. Per exemple, la STC 41/2016 (rec. Inconstitucionalitat, 1792-2014, interposat per l'Assemblea d'Extremadura) va resoldre que l'art. 116 bis LBRL no envaïa la reserva de Llei orgànica de l'art. 135.5 CE ni contradeïa allò establert per la regulació del pla economicofinancer establert per la LOEPSF (FJ 15):

«La previsión controvertida [art. 116 bis LBRL] complementa esta regulación añadiendo una serie de medidas a las previstas en el art. 21 de la Ley Orgánica de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera...» i afegeix «*las medidas reguladas están estrechamente vinculadas a la configuración básica de la diputación provincial (arts. 31 a 38 LBRL), las competencias locales (en especial art. 7.4 LBRL), la gestión integrada de los servicios municipales obligatorios (arts. 26, 44 y 57 LBRL), los entes menores o inframunicipales (art. 24 bis LBRL), la organización local (arts. 19 a 24 bis LBRL) y la fusión de municipios (art. 13 LBRL).* **Esta conexión directa justifica que el Estado las incluya en la LBRL sin por ello vulnerar la reserva de ley orgánica (art. 135.5 CE)**»

D'altra banda, la Sentència 180/2016, de 20 d'octubre de 2016 (rec. Inconstitucionalitat 2001-2014, interposat pel Parlament de Navarra), al seu FJ 8, va desestimar les al·legacions sobre el 116 bis relacionades amb una possible vulneració de l'autonomia local:

«Cabe concluir que el art. 116 bis.2 LBRL, aunque les obliga a incluir en el plan de las medidas allí enunciadas cuando sean necesarias para volver a cumplir con los objetivos cuyo incumplimiento motivó su adopción, **deja un amplio margen de decisión en manos de los gobiernos locales para definir el programa de medidas** y, en consecuencia, no les priva de participar en los asuntos que son de interés para la comunidad local con una intensidad que se corresponde con la combinación de intereses locales y supralocales presente en esta materia.»

D'altra banda, la nova Ley 9/2017, de 8 de novembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) incorpora el requisit de l'art. 85.2 LRBRL en la seva redacció i afegeix a l'art. 294 que el rescat de concessions de servei públic només serà possible quan l'Administració acrediti que la seva futura gestió sigui més eficaç i eficient que la concessional per a la consecució de l'interès públic:

«c) El rescate del servicio por la Administración **para su gestión directa por razones de interés público. El rescate de la concesión requerirá además la acreditación de que dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional**»

A més, d'acord amb la disposició transitòria primera, apartat 3, aquest nou règim també resulta d'aplicació als acords de rescat que es realitzin amb posterioritat a l'entrada en vigor de la LCSP, per tant, és d'aplicació a les concessions licitades abans de l'entrada en vigor de la LCSP.

És a dir, **tant, les disposicions de la LRBRL anteriorment analitzades com la nova redacció de la LCSP dificulten el rescat de concessions de serveis públics per a la seva gestió directa.** Atès que el rescat només serà possible per a la seva gestió directa per la pròpia Administració, aquesta haurà d'acreditar en tot cas que la seva gestió directa serà més eficaç i eficient que la concessional.

En aquest sentit, Juan Francisco Mestre Delgado, a l'article «La extinción del contrato de concesión de servicios en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre»³, relaciona la nova redacció de la nova Llei de contractes amb el fenomen remunicipalitzador:

«La Ley 9/2017 ha introducido algunas modificaciones puntuales sobre el régimen del rescate, **posiblemente como reacción a los fenómenos de la nueva formulación aventada desde algunas posiciones ideológicas bajo la denominación de "remunicipalización"** de los servicios (que no deja de ser un rescate pretendidamente sin indemnización alguna, lo que no resulta admisible) **la Ley ha añadido una limitación añadida (la necesidad de justificar que la gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesión: art. 294.c) y ha incluido los acuerdos de rescate en el ámbito del recurso especial (art. 44.2.f), resultando además de aplicación a los contratos vigentes a la entrada en vigor de la Ley.**»

Per facilitar la remunicipalització de serveis públics, també a través del rescat de concessions, a l'annex d'aquest informe es proposa derogar, tant els articles de la LRSAL anteriorment relacionats com l'afegit de l'art. 294 de la LCSP, relatiu a l'acreditació de la major eficàcia i eficiència de la gestió directa per la pròpia Administració.

³<http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1508508>

Sota el mateix pretext de reduir la dimensió del sector públic local i facilitar la iniciativa privada, **la LRSAL també dificulta la constitució i el manteniment de consorcis entre l'Administració local i les Administracions de l'Estat i de les Comunitats Autònomes per a la cooperació econòmica, tècnica i administrativa en serveis locals.**

En conseqüència, la modificació de l'art. 57 LRBRL duta a terme per la LRSAL, incorpora que la subscripció de convenis i la constitució de consorcis haurà de millorar l'eficiència de la gestió pública, eliminar duplicitats administratives i complir amb la legislació d'estabilitat pressupostària i sostenibilitat financera (art. 57.2 LRBRL).

Així mateix, estableix la figura del consorci amb caràcter residual a la del conveni i sempre que en termes d'eficiència econòmica, permeti una assignació més eficient dels recursos econòmics.

Per últim, amb la nova redacció, s'haurà de verificar que la constitució del consorci no posi en risc la sostenibilitat financera del conjunt de la Hisenda local i del mateix consorci (art. 57.3 LRBRL).

Finalment, la disposició addicional novena de la LRBRL, que també es proposa derogar a l'annex d'aquest informe, imposa la reducció de la dimensió del sector públic local i facilita la iniciativa privada en l'activitat econòmica mitjançant la reducció dels controls preventius. Es preveuen diferents supòsits amb conseqüències diferents: el de les entitats locals amb pla economicofinancera o de pla d'ajustament i els seus organismes autònoms dependents, que no podran adquirir, constituir o participar en la constitució, directa o indirectament, de nous organismes, entitats, societats, consorcis, fundacions, unitats i la resta d'ens (apartat 1); el tancament de societats que desenvolupin activitats econòmiques en una «particular situació deficitària» (apartat 2); la prohibició de crear societats de segon grau (apartat 3) i el de les societats de segon grau ja existents amb dependència exclusiva o parcial d'ens instrumentals públics (apartat 4).

No es pot considerar coherent amb el principi de sostenibilitat financera la supressió -o dificultar el funcionament- de societats en funcionament que poden ser solvents per tal d'afavorir la prestació per part de les corporacions locals o a través del sector privat.

Entenem que no és coherent, ni des del principi d'autonomia local ni des del d'estabilitat pressupostària, que es prohibeixi la creació de noves societats, si es té en compte que d'acord amb la nova redacció de l'art. 85 LRBRL, aquesta opció només serà viable quan el servei sigui més rentable de prestar amb persona jurídicoprivada.

Les formes de gestió són essencialment modalitats d'organització, motiu pel qual l'elecció de la forma de gestió d'un servei s'ha de situar en l'àmbit de la presa de decisions organitzatives, és a dir, com es pot articular millor les capacitats i recursos per aconseguir la finalitat.

La finalitat no pot ser cap altra que satisfer les demandes i expectatives dels ciutadans destinataris del servei. Això suposa un ampli marge de llibertat en la decisió, però en absolut discrecionalitat sinó demostració expressa que s'escull una forma que convé a l'interès general. Aquesta demostració expressa requereix una anàlisi objectiu, però en darrer terme, les dades no ho resolen tot, i en aquest moment ha d'entrar en joc els valors i el dret de les corporacions democràticament escollides a aplicar els seus programes. És a dir, si la interpretació de les normes es converteix en un instrument contra la possibilitat

de decidir, no només es retalla l'autonomia local, sinó que es qüestiona el caràcter democràtic dels governs locals.

Així de clar ho deixa la Interlocutòria 32/2017, de 18 d'abril, del jutjat contenciós número 4 de Valladolid, quan diu:

<<El interés general implica el derecho de los usuarios a una buena administración o gestión del servicio, pero también el interés de la corporación a poder elegir el modo de gestión de los servicios de que es titular. La elección implica una decisión administrativa, pero también una política, vinculada al carácter democrático de los Ayuntamientos.

La que corresponde a la corporación gobernada por quien, tras la celebración de unas elecciones, ha obtenido la mayoría suficiente para adoptar las decisiones administrativas correspondientes sobre la gestión del servicio público y hacer efectivas las opciones con las que han concurrido a las elecciones locales. Este interés de la corporación necesariamente tiene que ser tenido en cuenta, porque es consustancial al régimen democrático aplicables a los Ayuntamientos>>.

En conclusió, si es vulnera el dret a decidir de la corporació es pot conculcar l'autonomia local constitucionalment garantida.

I com s'ha destacat en la introducció d'aquest informe, la Directiva del Parlament Europeu i del Consell 2014/24/UE, de 26 de febrer, reconeix de forma expressa i taxativa el principi de llibertat de les autoritats nacionals, regionals i locals per "decidir la millor forma de gestionar la prestació de serveis".

Tot i això, és cert que l'ordenament jurídic espanyol no reserva al sector privat un espai obligat de col·laboració contractual en l'efectiva gestió dels serveis públics, malgrat que en algun moment donat, això va estar a punt de succeir. L'avantprojecte del que va ser posteriorment la Llei 27/2013 –LRSAL–, establia que tota iniciativa econòmica local fos degudament autoritzada per un acord tutelar de la comunitat autònoma. I legislador, impulsat per la doctrina, va creure, finalment, i amb bon criteri, que això alterava el model de lliure concurrència, en favor de la iniciativa privada.

La Sentència número 60/2018, del Jutjat contenciós administratiu número 4 de Valladolid ho expressa així:

<<El hecho de que una determinada prestación (en el presente caso la gestión de un servicio público) pueda ser objeto de un contrato no imposibilita que esa prestación pueda satisfacerse con la utilización de medios propios o, incluso, mediante un convenio interadministrativo, dado que el contrato solamente se aplica allí donde la Administración ha decidido que sea así.

El hecho de que el contrato público deba adjudicarse siguiendo los principios y normas de publicidad, concurrencia e igualdad no obliga a las Administraciones Públicas a su utilización, de manera que esa utilización se hará solamente Cuando la Administración la necesite, sin que, por lo tanto, exista un principio que proteja las expectativas de las empresas privada obligando a las administraciones públicas a abrirles cualquier oportunidad de negocio que se presente en el ámbito administrativo>>.

En definitiva, la gestió directa és un exercici de llibertat d'elecció municipal fonamentat en els valors polítics del govern local, bona administració, responsabilitat, eficàcia, eficiència, les condicions tècniques, les condicions de qualitat i les condicions econòmiques per a la gestió del servei d'abastament d'aigua potable, que s'ha d'acreditar no únicament a partir del compliment de normes econòmiques basades en l'estabilitat pressupostària.

Per altra banda, l'autonomia local també es veu reduïda quan l'article 97.2 del Reial decret legislatiu 781/1986, de 18 d'abril, mitjançant el qual s'aprova el Text refós de les disposicions legals vigents en matèria de règim local –TRRL–, en connexió amb l'article 86 LRBRL, obliga **en el cas de monopoli d'un servei reservat, a l'informe de l'autoritat de la competència corresponent**, i elevar l'expedient a l'òrgan competent de la comunitat autònoma i posterior resolució del Consell de Govern.

La qüestió és dilucidar a quins supòsits es refereix la paraula monopoli perquè el procediment no es faci extensiu a situacions de lliure concurrència amb manca de lliure competència, o altres. Així doncs, no cal oblidar que el procediment de l'article 97 TRRL es refereix a activitats econòmiques. La distinció entre iniciativa pública econòmica –activitat econòmica– i servei públic és essencial. La Sentència número 60/2018, del Jutjat contenciós administratiu número 4 de Valladolid ho expressa així:

<<La diferencia que hay que destacar, por ser la que ahora interesa, es que la iniciativa pública económica se presta en régimen de libre competencia, mientras que el servicio público puede prestarse, aunque no necesariamente tenga que ser así, en régimen de concurrencia, pero no el de libre competencia, dado que en el servicio público hay un interés público prevalente, que excluye en todo o en parte la libre competencia y, en definitiva, las reglas de mercado propias de la actividad que resulta del ejercicio de la iniciativa económica local, dado que en el servicio público hay un fin de interés general, amparado en un mandato legal>>.

És a dir, només aquelles activitats que tinguin caràcter econòmic i no de servei públic reservat han de desenvolupar-se conforme el procediment de l'article 97 TRRL.

Per major enteniment, amb freqüència, en la gestió d'un servei públic configurat legalment com a reservat, es realitzen activitats que no estan emparades per al contingut material del servei i que haurien de ser alienes al seu règim jurídic. Per exemple, les reparacions o manteniments en domicilis –comptadors, escomeses, etc.–, en competència amb el sector privat. En aquest cas, estaríem davant d'un servei públic que comporta l'exercici d'activitats econòmiques que per la seva incidència en el mercat s'hauria de desenvolupar d'acord amb el procediment garantista i amb cauteles excepcionals del repetidament referit article 97 TRRL.

En darrer terme, el Tribunal Constitucional, en la Sentència 41/2016, de 3 de març (FJ 9), va considerar que en el cas de l'article 26.1 LRBRL, els municipis no només estan directament titularitzats (i obligats) a prestar els serveis, de manera que aquesta obligació del municipi té la correspondència amb un dret del veí a exigir-la, sinó també que:

*<<Esta obligatoriedad, que viene impuesta por la ley, no se compatibiliza bien con la tramitación de un expediente administrativo en los términos previstos en el artículo 97 del TRRL, **siendo evidente que ese expediente no es necesario**>>.*

És a dir, per a l'Alt Tribunal és un contrasentit que la llei obligui a prestar un servei i que, al mateix temps, pugui obligar a haver d'exercir una iniciativa pública econòmica per un camí tortuós per poder exercir-lo o prestar-lo.

En conclusió, l'abastament domiciliari d'aigua potable és una competència bàsica o servei mínim a prestar de forma obligatòria per tots els municipis, d'exercici irrenunciable per part d'aquests, essent un servei essencial de titularitat pública, que l'Ajuntament en exercici de llibertat d'elecció municipal fonamentat en els valors polítics del govern local, bona administració, responsabilitat, eficàcia, eficiència, les condicions tècniques, les condicions de qualitat i les condicions econòmiques per a la gestió, ha de poder prestar en la forma de gestió directa, sense més dificultats burocràtiques i justificatives que si opta per la forma de gestió indirecta. A aquest efectes, són innecessàries les cauteles excepcionals de l'article 97 del TRRL.

6. RECUPERAR L'AUTONOMIA LOCAL COM A EXPRESSIÓ DE LA PARTICIPACIÓ CIUTADANA I EL PRINCIPI DEMOCRÀTIC

La prestació per l'ens local és un senyal d'identitat de determinats serveis públics, que representen un mínim bàsic d'intervenció comunitària i que neixen com a resposta directa a les necessitats socials de la ciutadania i requereixen de la proximitat i vinculació amb la població. El principi democràtic de participació dels ciutadans en les decisions en un doble sentit: la major possibilitat de participació directa de la ciutadania en la presa de decisions i la major capacitat dels representats democràtics d'adoptar les decisions de gestió.

L'Estatut d'Autonomia de Catalunya, a l'art. 86.1, estableix el principi d'autonomia municipal, vinculant-lo amb la participació ciutadana:

«El municipi i l'autonomia municipal

1. El municipi és l'ens local bàsic de l'organització territorial de Catalunya **i el mitjà essencial de participació de la comunitat local en els afers públics.»**

La jurisprudència destaca la connexió entre el principi democràtic i l'autonomia local, com es pot veure a la STC 132/2012, de 19 de juny (rec. Inconstitucionalitat 6433-2000):

«El carácter representativo de los órganos a los que corresponde la dirección política de los entes locales constituye una exigencia inherente a este concepto de autonomía local. Una exigencia que, en el plano normativo, se traduce en la atribución constitucional del gobierno y administración municipal a alcaldes y concejales electos (art. 140 CE) y del gobierno de las provincias a corporaciones «de carácter representativo» (art. 141.2 CE). (...)

Por reunir **la condición de órganos representativos, son los únicos facultados para dirigir la acción de las Administraciones locales en ejercicio de ese núcleo de la autonomía local que, según dijimos en la STC 193/1987, de 9 de diciembre, FJ 4, «consiste, fundamentalmente en la capacidad de decidir libremente, entre varias opciones legalmente posibles, de acuerdo con un criterio de naturaleza esencialmente política** (STC 4/1981, fundamento jurídico 3)»

El municipi, com a institució més propera a la ciutadania, és també la que més facilita la participació ciutadana directa en els assumptes públics (la màxima expressió de la qual són els Ajuntaments amb consell obert). Per tant, la titularitat municipal de determinats serveis públics i la seva gestió directa té una estreta relació amb la participació ciutadana en els assumptes públics (art. 23.1 CE), amb el principi democràtic de l'art. 1 de la Constitució i, per tant, amb la qualitat democràtica. Això es fa més evident quan s'incorpora la participació ciutadana directa en la planificació de polítiques públiques i en la gestió dels serveis públics municipals.

Amb les modificacions que es proposen, annexes a aquest informe, es pretén recuperar

el tradicional principi de llibertat d'elecció del mode de gestió, del qual era paradigma l'art. 30 del Reglament de Serveis de les Corporacions Locals (Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales).

«Artículo 30.

*Las Corporaciones locales tendrán **plena potestad para constituir, organizar**, modificar y suprimir los servicios de su competencia, tanto en el orden personal como en el económico o en cualesquiera otros aspectos, con arreglo a la Ley de Régimen local y a sus reglamentos y demás disposiciones de aplicación»*

I per aquests motius, en l'annex del present informe es proposen les modificacions legislatives tendents a eliminar els requisits procedimentals que envaint l'autonomia local limiten la llibertat d'elecció municipal.

ANNEX DE MODIFICACIONS NORMATIVES

Antecedents legislatius

- Constitució espanyola
- Llei 27/2013, de 27 de desembre, de racionalització i sostenibilitat de l'administració local
- Decret legislatiu 2/2003, de 28 d'abril, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya
- Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases del règim local
- Reial decret legislatiu 781/1986, de 18 d'abril, mitjançant el qual s'aprova el Text refós de les disposicions legals vigents en matèria de règim local
- Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic

Introducció

L'organització i la gestió dels serveis públics locals i el debat sobre la reinternalització dels mateixos es tracta d'un fenomen de dimensió europea. En aquest context, és important no perdre de vista el principal pressupòsit constitucional en joc, l'autonomia local, i la seva vinculació amb les decisions sobre la forma gestió dels serveis públics.

En aquest sentit, la Llei 27/2013, de 27 de desembre, de racionalització i sostenibilitat de l'administració local –LRSAL–, sota el pretext de valoracions tècniques amb aspiracions de neutralitat, i amb l'excusa de la sostenibilitat financera, expressa una opció ideològica que va comportar una sensible involució en matèria d'autonomia local en l'organització dels serveis.

Aquest element, l'organització de l'ens local i la seva potestat electiva en la modalitat de prestació dels serveis, està directa i íntimament relacionat amb el dret a l'autonomia reconegut constitucionalment, i que reconeix, també, la Carta Europea de l'Autonomia Local en el seu article tercer del literal següent:

<<Por autonomía local se entiende el derecho y la capacidad efectiva de las Corporaciones locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos público, en el marco de la Ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes>>.

Fins i tot, recentment, la Directiva del Parlament Europeu i del Consell 2014/14/UE, de 26 de febrer, ha reconegut de forma expressa i taxativa el principi de llibertat de les autoritats nacionals, regionals i locals, per "decidir la millor forma de gestionar la prestació de serveis", havent, això sí, de garantir als ciutadans "un alt nivell de qualitat, seguretat i accessibilitat econòmica".

L'accessibilitat econòmica deriva, indefectiblement, de la sostenibilitat financera en la prestació del servei, i aquesta sostenibilitat no pot resultar, única i exclusivament, del principi d'estabilitat pressupostària que ha evolucionat normativament des de la reforma de l'article 135 de la CE cap a posicions limitatives de l'autonomia financera i, en conseqüència, de l'autonomia política. Sigui com sigui, no es tracta d'eliminar els principis de sostenibilitat en l'assignació de recursos públics sinó d'adoptar una interpretació no centralista, i tanmateix, que deixi d'infravalorar el principi d'autonomia.

En conseqüència, aquestes modificacions legislatives estableixen les vies necessàries perquè les decisions sobre la forma gestió del servei públic d'abastament d'aigua –i dels serveis públics reservats, en general– garanteixin l'autonomia local, més enllà de què la doctrina constitucional hagi beneït la LRSAL, i tanmateix es flexibilitzin en el seu procediment administratiu d'elecció i d'assumpció, avui excessivament burocràtic, i únicament cenyit a criteris d'estabilitat pressupostària, essent aquesta opció d'una gran dosi política.

A.- Decret 179/1995, de 13 de juny, mitjançant el qual s'aprova el Reglament d'obres, activitats i serveis.

Addició

Article 159

Expedient per a la implantació del servei

159.1 La creació d'un servei s'ha d'instrumentar mitjançant una memòria justificativa, un projecte d'establiment i un reglament que n'estableixi el règim jurídic de la prestació. En el cas de tractar-se de serveis reservats per la normativa sobre règim local, serà suficient la memòria justificativa i el reglament regulador del règim jurídic de la prestació.

Modificació

Article 162

Règim de prestació

162.1 Els serveis locals poden prestar-se en règim de lliure concurrència i els serveis essencials reservats, a més, en règim de monopoli.

162.2 En ambdós casos, n'hi ha prou amb l'acord d'aprovació definitiva pel ple de la corporació, adoptat sobre la base de l'expedient aprovat a què es refereixen els articles 159 i 160 d'aquest Reglament.

Supressió

Article 183

Procediment per a la prestació en règim de monopoli

Article 185

Efectes de l'aprovació del monopoli

La prestació del servei en règim de monopoli comporta la declaració d'utilitat pública i la necessitat d'ocupació dels béns afectes al servei.

185.2 Quan es requereixi l'expropiació d'empreses s'ha de notificar als interessats amb sis mesos d'anticipació, almenys. L'expropiació afecta els elements d'aquelles que es trobin directament relacionats amb el funcionament del servei o que siguin necessaris per al seu desenvolupament normal.

185.3 El rescat de les concessions, si s'escau, es regula pel que estableixen els articles 263 i següents d'aquest Reglament.

B.- Decret legislatiu 2/2003, de 28 d'abril, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya.

Modificació

Article 244

Activitat econòmica i servei essencial

Quan l'activitat econòmica té per objecte prestar un servei públic essencial reservat per llei als ens locals, serà suficient la memòria justificativa i el reglament regulador del règim jurídic de la prestació. L'adopció de la iniciativa es regeix pel procediment establert per l'article 243.2, amb les particularitats següents:

- a) Han de formar part de la comissió d'estudi representants dels usuaris.
- b) S'ha de determinar la forma de gestió del servei, dins les establertes per la llei.
- c) La memòria ha d'incloure un projecte de tarifes del servei.

Modificació

Article 245

Règim de prestació dels serveis

245.1 Els serveis essencials que han estat reservats per llei als ens locals es poden prestar en règim de lliure concurrència o en règim de monopoli.

245.2 En ambdós casos, l'aprovació definitiva correspon al ple.

245.3 Per a l'exercici dels serveis essencials reservats es pot utilitzar qualsevol de les formes de gestió establertes per la llei.

245.4 L'exercici en règim de monopoli comporta, si és necessària l'expropiació, la declaració d'utilitat pública i la necessitat d'ocupació dels béns afectes al servei.

C.- Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases del règim local.

Supressió

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 alguna de las formas 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.

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.

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.

Modificació

Artículo 86.

1. Las Entidades Locales podrán ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas, siempre que esté garantizada la sostenibilidad y eficiencia del ejercicio de sus competencias y la calidad de los servicios que se ejerzan, que deberán justificarse en el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida.

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, del acuerdo de aprobación del pleno de la correspondiente Corporación local.

Modificació

Art. 97.

1. Para el ejercicio de actividades económicas por las Entidades locales se requiere:

a) Acuerdo inicial de la Corporación, previa designación de una Comisión de estudio compuesta por miembros de esta y por personal técnico.

b) Redacción por dicha Comisión de una memoria relativa a los aspectos social, jurídico, técnico y financiero de la actividad económica de que se trate, en la que deberá determinarse la forma de gestión, entre las previstas por la Ley, y los casos en que debe cesar la prestación de la actividad. Asimismo, deberá acompañarse un proyecto de precios del servicio, para cuya fijación se tendrá en cuenta que es lícita la obtención de beneficios aplicable a las necesidades generales de la Entidad local como ingreso de su Presupuesto, sin perjuicio de la constitución de fondos de reserva y amortizaciones.

c) Exposición pública de la memoria después de ser tomada en consideración por la Corporación, y por plazo no inferior a treinta días naturales, durante los cuales podrán formular observaciones los particulares y Entidades, y

d) Aprobación del proyecto por el Pleno de la Entidad local.

2. Para la ejecución efectiva en régimen de monopolio de las actividades reservadas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, se requerirá el cumplimiento de los trámites previstos en la misma

E.- Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic.

Supressió

Article 284. Àmbit del contracte de concessió de serveis.

1. L'Administració pot gestionar indirectament, mitjançant un contracte de concessió de serveis, els serveis de la seva titularitat o competència sempre que siguin susceptibles d'explotació econòmica per particulars. En cap cas es poden prestar mitjançant concessió de serveis els que impliquin exercir l'autoritat inherent als poders públics.

2. Abans de procedir a contractar una concessió de serveis, en els casos en què es tracti de serveis públics, se n'ha d'haver establert el règim jurídic, que determini l'abast de les prestacions a favor dels administrats, i que reguli els aspectes de caràcter jurídic, econòmic i administratiu relatius a la prestació del servei.

Article 279

Apartat c)

c) El rescate de la explotación de las obras por el órgano de contratación. Se entenderá por rescate la declaración unilateral del órgano contratante, adoptada por razones de interés público, por la que dé por terminada la concesión, no obstante la buena gestión de su titular, para su gestión directa por la Administración.

