



ENCUENTRO DE CIUDADES
POR EL AGUA PÚBLICA



EL AGUA
NO ES UN
NEGOCIO
RED AGUA PÚBLICA

Aspectos jurídicos de la remunicipalización



Eulio Ávila Cano Secretario e Interventor-Tesorero de Admón. Local.
Titular del Organo de Apoyo a la Junta de Gobierno Local. Ayuntamiento de Fuenlabrada (Madrid)
Ex Pte. y actual Vocal del Comité Ejecutivo Unión de Directivos Territoriales de Europa (UDITE)
Madrid, 4 noviembre 2016

GESTIÓN PÚBLICA DIRECTA

- **REMUNICIPALIZACIÓN** entendida como:
 - recuperar la gestión directa de servicios públicos locales que en la actualidad se prestan de forma indirecta.
- **DIFERENCIAS PROCEDIMENTALES** entre la decisión administrativa en **2 tipos de remunicipalización**:
 - **REINTERNALIZACIÓN DE UN SERVICIO** (art. 85.2 LRBRL) Competencia propia por Ley. Excluido por tanto del mercado.
 - **Ejercicio de la INICIATIVA LOCAL EN LA ACTIVIDAD ECONÓMICA** (art. 86.1 LRBRL y 128.2 CE). (No es objeto de esta ponencia). Expte. municipalización. Sentencias del TS de 21 de diciembre de 2000, 1 de febrero 2002 y de 12 de julio de 2005; STSJ de Castilla y León de 5 de junio 2001; STSJ de Andalucía de 25 de febrero de 2002; STSJ País Vasco 26 de diciembre 2003; STSJ de Cataluña de 28 de diciembre de 2007
- **DISTINCIÓN** entre
 - Contratos **de servicios**/ Organo de contratación (DA 2ª TRLCSP). (Ej. Limpieza de edificios)
 - Contratos **de gestión de servicios** públicos (Concesiones). Pleno 22.2.f) y 123.1.k) LRBRL.

La forma de gestión 85.2 LRBRL

85.2. Los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse **de la forma más sostenible y eficiente** de entre las enumeradas a continuación:

A) Gestión directa:

- a) Gestión por la propia Entidad Local.
- b) Organismo autónomo local.
- c) Entidad pública empresarial local.
- d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.

Solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) y d) cuando quede acreditado mediante **memoria justificativa** elaborada al efecto **que resultan más sostenibles y eficientes 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.

La forma de gestión 85.2 LRBRL

- Sutilmente se introduce el **principio de subsidiariedad de la gestión pública**.
- **Comisión Nacional de la Competencia** (Informe 13-3-2013, IPN 88/13) sobre el APL de LRSAL:
 - *“La CNC estima que el APL debería establecer la obligación para las entidades locales de decidir entre gestión directa e indirecta de la forma más favorecedora posible de la competencia”*
- **La Autoridad Catalana de la Competencia**, en un Informe emitido en relación a un proceso de municipalización del servicio de suministro de agua, Ref. Num. OB 19/2015 de 26 de marzo de 2015:
 - *“atendiendo a los efectos restrictivos de la competencia –de la opción por la gestión directa mediante medio propio- resulta necesario justificar tanto la necesidad como la proporcionalidad de hacer uso de este mecanismo, es decir, debería valorarse en qué medida el mercado presta o puede prestar el servicio objeto del encargo y en qué condiciones (básicamente precio y calidad) lo puede hacer, **teniendo que descartar el acudir a la figura del medio propio siempre que sea potencialmente posible obtener el servicio en términos de relación calidad/precio más favorables que las que ofrece el medio propio”**”.*

Requisitos cambio forma de gestión

- Estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. **Art. 135 CE y LOEPSF.**
- Decidir la forma de gestión del servicio es una decisión **DISCRECIONAL**, pero se requiere
- Acreditar que es más **sostenible y eficiente** en términos de rentabilidad económica y recuperación de la inversión que las otras formas de gestión directa e indirecta. (análisis de costes-beneficios en comparación con los costes-beneficios de otras formas de gestión).
- **La sostenibilidad ha de ser de la Hacienda Local, no necesariamente del proyecto económico del servicio concreto. La eficiencia ha de referirse a los costes del servicio.**
- **Requisitos formales:** En caso de EPE o sociedad mercantil pública: **Memoria justificativa** de lo anterior en donde también conste: asesoramiento recibido y se incluyan **informes sobre el coste del servicio y del inventor** local (de legalidad y no de oportunidad STC 143/2013) (sostenibilidad financiera art. 4 LOEPSF),
- **Competencia del Pleno** (art. 22.2 .f) y 123.1.k) LRBRL).

LIMITACIONES EPES Y SOCIEDADES LRSAL

- cumplimiento del mandato de estabilidad presupuestaria – art. 135 CE – LEPSF – art. 116 BIS LRBRL y DA novena LRBRL:
- **paralización de creación de empresas locales o participación en ellas** como medida de racionalización organizativa cuando se formula un ***plan económico-financiero*** o se ha elaborado un ***plan de ajuste***,
- incluso disolución de las existentes dependiendo de ciertas condiciones previstas en la DA 9 LRBRL

GESTIÓN PÚBLICA DIRECTA

- La decisión puede llevarse a cabo:
 - **Al finalizar el plazo** previsto en el contrato de gestión de servicios externalizado.
 - En este caso simplemente hay que instruir el expediente oportuno con antelación suficiente a la finalización del contrato en el que se acredite que la gestión directa es más sostenible y eficiente (art. 85.2 LRBRL)
 - **Con motivo de la resolución del contrato:**
 - Puede ser
 - Por incumplimiento de las condiciones esenciales del contrato.
 - De mutuo acuerdo o mediante otras causas de resolución previstas RDL 3/2011
 - **Durante la ejecución del contrato.**
 - Por razones de interés público. **Rescate.**

Causas de resolución del contrato 223 trlcsp

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

Resolución por incumplimiento del contratista

- Habrá que estar a lo dispuesto en los Pliegos.
- En todo caso, deben existir circunstancias de incumplimiento de **condiciones esenciales**. Y las mismas deberían figurar expresamente en el pliego o el contrato, sin que sea posible, *a posteriori*, recalificar como tales a ciertas obligaciones.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Burgos de 10 de diciembre de 2010 (recurso 242/2009),
- Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2004 (recurso de casación núm. 4589/1999),
- Dictamen del Consejo Consultivo de la Junta de Castilla y León, 1541/2011,

Resolución por incumplimiento del contratista

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

Causas de resolución del contrato TRLCSP

- 286. Son causas de resolución del contrato de gestión de servicios públicos, además de las señaladas en el artículo 223, con la excepción de las contempladas en sus letras d) y e), las siguientes:
 - a) La demora superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega al contratista de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato.
 - b) **El rescate** del servicio por la Administración.
 - c) La supresión del servicio por razones de interés público.
 - d) La imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato.
- 287.2. **Por razones de interés público** la Administración podrá acordar el rescate del servicio **para gestionarlo directamente**

REQUISITOS JURÍDICOS

Si el contrato de concesión no se ha extinguido, procede su revocación: **RESCATE DE CONCESIÓN**. (art. 286.b) y 287.2 TRLCSP).

Debe procederse a ella de acuerdo con el principio de proporcionalidad.

Acto de naturaleza expropiatoria porque se trata de privación de derechos fundamentales garantizados en los arts. 38 y 33 CE (STS 8 de abril de 1999) (numerosos dictámenes Consejo de Estado) (doctrina prácticamente unánime)

- Expropiación LEF de 16 de diciembre de 1954, Art. 128.1 CE Art. 33.3 CE

Procedimiento:

Órgano competente: Pleno normalmente en concesiones de servicios.

Audiencia y Dictamen preceptivo de órgano consultivo si hay oposición.

Requisitos jurídicos

- Además de los **cálculos económicos, técnicos**, que son **esenciales**, se puede y se debe abundar en las
- ***Ventajas de la remunicipalización:***
- Aumento de la calidad del servicio,
- Eliminación de los costes adicionales al suprimirse la maximización del beneficio
- control directo en su prestación.
- Se evita las posibilidad de corrupción en la contratación (que en muchas ocasiones no se da en la adjudicación, sino después en la falta de control de la ejecución).
- Principio democrático de participación de los ciudadanos en las decisiones.
 - En un doble sentido:
 - Mayor posibilidad de participación directa de la ciudadanía en las tomas de decisiones.
 - Mayor capacidad de los representantes democráticos de adoptar las decisiones de gestión.

REQUISITOS JURÍDICOS

E igualmente en los

Problemas de la privatización

- complejidad y opacidad en los contratos,
- encarecimiento de los precios,
- Insuficiencia de control público,
 - déficit democrático,
- casos de corrupción en la adjudicación, etc.

(Urgente necesidad de legislar para anular contratos en los que se hayan producido delitos relacionados con la corrupción

- **Intentar siempre hacer referencia al caso concreto del servicio que se pretende internalizar.**

REQUISITOS JURÍDICOS

- Estas motivaciones se pueden apoyar en los estudios que conocemos, entre otros:
- Anexo **Banco Mundial** sobre la gestión del agua en muchos países, llega a la conclusión de que "no hay ninguna diferencia estadísticamente significativa entre los proveedores públicos y privados con respecto a su eficiencia económica" (World Bank, 2004).
- De hecho, **los Planes de ajuste** de una Entidad Local, **en su caso**, pueden justificar la no externalización (por ejemplo, Anexo III de la Orden HAP/537/2012, de 9 de marzo, Medida 7: Contratos externalizados que considerando su objeto pueden ser prestados por el personal municipal actual).
- Mencionar el informe del Tribunal de Cuentas, en su INFORME núm. 1010, de fiscalización del sector público local, ejercicio 2011
- El resto de estudios en Europa y a nivel mundial.

REQUISITOS JURÍDICOS

- Pero insistimos en que además de la motivación puramente política o ideológica, que por supuesto han de formar parte de la motivación, **sobre todo** y muy importante **hay que acudir a razones de interés público y a la eficiencia y sostenibilidad financiera**, para no caer en vicios de nulidad o ilegalidad.
- Acreditando recogiendo los principios de
- Eficacia y principio de buena administración: art. 103 CE, Tratado de la UE.
- Eficiencia: 135 CE, LOEPSF.
- Que en ningún caso se incurra en arbitrariedad: art. 9 CE. (que no es una decisión tomada en base a “la libre voluntad”, sino sujeta a las reglas y principios citados (SSTS 29-9-1980, 7-10-1999 y 4-11-1997))

REQUISITOS JURÍDICOS

- Motivación que es mas sostenible desde un punto de vista
 - Económico
 - Ambiental
 - Social
- En cuanto al principio de buena administración:
 - Que los actos sean proporcionales a sus fines.
 - Que se traten los asuntos de manera equitativa, imparcial y objetiva.
 - Los beneficios que reporte a la sociedad (económicos, ambientales y sociales) superarán los costes que le infrinja (también de todos los tipos)
- Y eso ha de acredita fundamentalmente con **argumentos técnicos, demostrables traducidos en cifras siempre que sea posible.**

REQUISITOS JURÍDICOS

- La decisión de REINTERNALIZAR es una decisión **sometida al control judicial**.
- - **PARÁMETROS DE EFICIENCIA ECONÓMICA** (principio de eficiencia no sólo funciona como mandato de optimización jurídico-constitucional, ex art. 31 CE en conexión con el art. 53.3 CE, sino también como regla aplicable al caso o criterio necesario de control judicial .
- Tengase en cuenta que **se trata de una proyección a futuro**, pero que ha de ser justificada, previsible y razonable (puede incluir incremento de la demanda con sus mayores ingresos, menores costes en bajas por motivos de salud laboral si mejoran las condiciones), pero siempre razonadamente.
- - **Supuestos similares fiscalizados judicialmente:**
- en aplicación del art. 12.5.b) LRSU y en relación al servicio público de gestión de residuos, aplicado por STSJ de Andalucía 30-6-15, STSJ Baleares 15-6-15 y alguna otra del TSJ País Vasco: casos de control de la eficiencia de la decisión exteriorizada mediante una memoria justificativa con el resultado de anulación.

INDEMNIZACIÓN

- Artículo 288 TRLCSP. Efectos de la resolución.
- 1. En los supuestos de resolución por causa imputable a la Administración, esta abonará al concesionario en todo caso **el importe de las inversiones realizadas** por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la obra objeto de la concesión, **atendiendo a su grado de amortización**. Al efecto, se aplicará un criterio de amortización lineal de la inversión.
- 4. sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, la Administración indemnizará al contratista de **los daños y perjuicios** que se le irroguen, **incluidos los beneficios futuros que deje de percibir**, atendiendo a los resultados de la explotación en el último quinquenio y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquélla, habida cuenta de su grado de amortización.

Procedimiento

- debe iniciarse con la **justificación del interés público** que motiva el rescate,
- importancia de la valoración del **coste de la operación**, que se fijará por el procedimiento expropiatorio del **artículo 41 LEF**.
- asumido el servicio **se decidirá la forma de gestión, que en todo caso debe ser directa**.
- En el caso de que exista oposición del concesionario se deberá solicitar **Informe del órgano consultivo autonómico o del Consejo de Estado** (artículo 211, 3-a del RDL 3/2011, y artículo 8,3 de la ley 5/2005 de la ley de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña, y artículo 275,3 del Decreto legislativo 2/2003, ley municipal y de régimen local de Cataluña).
- El carácter preceptivo de este Informe ha sido recordado por la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 2003, rec. casación 5496/1998,

PROCEDIMIENTO 265 ROAS Cataluña

- “1. El interés público en que se funde el rescate de la concesión tendrá que estar **justificado técnica y jurídicamente antes** de que el presidente de la corporación ordene el inicio del expediente.
- 2. De los informes técnicos y jurídicos emitidos se dará traslado al concesionario para que formule las **alegaciones** que crea conveniente en defensa de sus derechos, en un plazo de **quince días**.
- 3. El rescate de la concesión deberá ser aprobado por **acuerdo plenario** de la corporación, la cual fijará un **plazo de ejecutividad no inferior a seis meses e instará al contratista a que formule una valoración de la indemnización que crea que le corresponde percibir**.

PROCEDIMIENTO 265 ROAS Cataluña

- 4. En el mismo acuerdo *se nombrará un interventor técnico* para que las obras y las instalaciones afectadas pasen a la corporación en las condiciones que señale el pliego de cláusulas o, en su defecto, el acuerdo plenario.
- 5. *Si la corporación aceptare la valoración, se cerrará el expediente* por lo que respecta a la indemnización. *Si hubiere desacuerdo*, el trámite de determinación del *justiprecio* se seguirá en pieza separada, conforme al procedimiento de expropiación forzosa, *no afectando a la ejecutividad del acuerdo de rescate*.
- 6. Una vez ejecutivo el acuerdo de rescate, la Corporación prestará el servicio mediante cualquiera de las fórmulas de gestión directa que prevé la legislación aplicable, sin perjuicio de la posibilidad de suprimirlo”.

Posibilidad de convenio

- el artículo 265,5 del mismo ROAS, precepto que contempla la **posibilidad de determinar la cuantía de la indemnización mediante convenio**: *“Si la corporación aceptare la valoración, se cerrará el expediente por lo que respecta a la indemnización. Si hubiere desacuerdo, el trámite de determinación del justiprecio se seguirá en pieza separada, conforme al procedimiento de expropiación forzosa, no afectando a la ejecutividad del acuerdo de rescate”*.
- La **sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 1096/2011 de 3 de mayo** ha admitido esta posibilidad en una concesión demanial y ha concluido que este convenio es uno de los supuestos de convenios excluidos de la aplicación de la legislación contractual.

Nueva Directiva 2014/23

- la normativa comunitaria no establece ningún criterio rector.
- La Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero en su artículo 2,1 dispone que “la presente Directiva reconoce el **principio de libertad de administración** de las autoridades nacionales, regionales y locales, de conformidad con el Derecho nacional y de la Unión. **Dichas autoridades tienen libertad para decidir la mejor forma de gestionar la ejecución de obras o la prestación de servicios**, en particular garantizando un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios en los servicios públicos. Dichas autoridades **podrán optar por realizar sus funciones de interés público con recursos propios o en colaboración con otras autoridades o confiarlas a operadores económicos**”.

Nueva Directiva 2014/23

- **“Artículo 44. Resolución de concesiones**
- *Los Estados miembros se asegurarán de que los poderes y entidades adjudicadores tengan la posibilidad, con arreglo a condiciones determinadas por la legislación nacional aplicable, de **poner fin a una concesión durante su período de vigencia, siempre que se cumpla alguna de las condiciones siguientes:***
- *a) que una modificación de la concesión suponga una nueva adjudicación, de conformidad con el artículo 43;*
- *b) que el contratante se encuentre, en el momento de la adjudicación del contrato, en una de las situaciones contempladas en el artículo 38, apartado 4, y, por lo tanto, hubiere debido ser excluido del procedimiento de adjudicación de la concesión;*
- *c) que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictamine, en un procedimiento conforme con el artículo 258 del TFUE, que un Estado miembro ha incumplido sus obligaciones con arreglo a los Tratados debido a que un poder adjudicador o entidad adjudicadora de dicho Estado miembro ha adjudicado una concesión sin ajustarse a las obligaciones que le imponen los Tratados o la presente Directiva”.*
- **Se excluye el rescate por razones de interés público.**

Nueva Directiva 2014/23

- La nueva **Directiva de “concesiones” (Directiva 2014/23)** es, sin duda, una novedad, por lo que supone de ampliación del objeto de la regulación comunitaria frente a las prácticas nacionales (y de depuración conceptual en el ámbito de los servicios públicos).
- Generó una **importante contestación** y exigirá un esfuerzo de trasposición.
- Informes de
 - Comité de las Regiones. Diario oficial 13 de septiembre de 2012 (C 277/74)
 - Comité Económico y Social. Diario oficial 26 de junio de 2012 (C 191/84)
 - alertan de
 - la complejidad de la regulación, así como de
 - la necesidad de precisar a qué tipo de concesiones afectaría al ser tan diversa la regulación en los Estados miembros.
 - Parlamento Europeo. Informe de 25 de octubre de 2011 sobre modernización contratación.
 - Plazo orientativo de **5 años** (solo mayor cuando se acredite que es necesario para la recuperación de la inversión).

Parlamento Europeo

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

Compatibilidad Directiva 2014/23

- Aún en el caso hipotético de que la trasposición del art. 44 ya citado de la Directiva recogiera que ya no es una forma de resolución del contrato el rescate de la concesión, entiendo que nada impediría su **expropiación** ex art. 33 CE y Ley de Expropiación Forzosa, como medio de expropiación forzosa y no como instrumento ínsito en el derecho contractual.
- En todo caso, lo dispuesto en el art. 2.1 de la Directiva que establece el principio de libertad de elección por la Administración de la forma de gestión de los servicios y la Resolución del Parlamento Europeo de 8 de septiembre de 2015 (en este caso referida a garantizar el rescate del servicio de suministro de agua) entiendo han de ser tenidos en cuenta como criterios a la hora tanto de trasponer la Directiva, como de interpretar el derecho por los tribunales nacionales y el TJUE.
- Principio de **autonomía local** y de autoorganización (CEAL, 137 CE, art. 4 LRBRL)



EL AGUA
NO ES UN
NEGOCIO
RED AGUA PÚBLICA

Muchas gracias

avila.eulalio@gmail.com

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